

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DO LARGO DE SÃO FRANCISCO

CATHERINE ONAOLAPO OLATOKUNBO FASORANTI

**PRESUNÇÃO DE CULPA: UM ESTUDO SOBRE O RECONHECIMENTO DE PESSOAS
NO BRASIL**

SÃO PAULO
2023

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DO LARGO DE SÃO FRANCISCO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL

TESE DE LÁUREA

CATHERINE ONAOLAPO OLATOKUNBO FASORANTI

NÚMERO USP 11325500

**PRESUNÇÃO DE CULPA: UM ESTUDO SOBRE O RECONHECIMENTO DE
PESSOAS NO BRASIL**

Tese de Láurea apresentada ao Departamento de
Direito Processual da Universidade de São Paulo
– USP, como requisito parcial para obtenção do
título de bacharel em Direito.

**Orientador: Professor Dr. Gustavo Henrique
Righi Ivahy Badaró**

SÃO PAULO
2023

CATHERINE ONAOLAPO OLATOKUNBO FASORANTI

**PRESUNÇÃO DE CULPA: UM ESTUDO SOBRE O RECONHECIMENTO DE
PESSOAS NO BRASIL**

Tese de Láurea apresentada ao Departamento de
Direito Processual da Universidade de São Paulo
– USP, como requisito parcial para obtenção do
título de bacharel em Direito.

Orientador: Professor Dr. Gustavo Henrique Righi
Ivahy Badaró

São Paulo, ____ de _____ de ____.

Universidade de São Paulo

Faculdade de Direito

Departamento de Direito Processual

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

Prof. _____



Survival of the Fattest - Escultura de Jens Galschiøt

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pela saúde, determinação, conquista dos meus objetivos e por me ajudar a vencer todos os obstáculos ao longo da graduação.

Agradeço à minha mãe, Kikelomo, por toda sabedoria e paciência em me educar, por ser a minha constante motivação e amparo para todas as horas. O respeito e admiração que tenho por você não pode ser transcrito. Sem você, eu com certeza não conseguiria ter ingressado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, não estaria aqui e não teria forças para me reerguer nos momentos difíceis.

Agradeço aos meus irmãos Steve e Alexander, por todo apoio e, principalmente, por ouvirem minhas infundáveis indagações, ansiedades e críticas ao sistema punitivo. Agradeço aos meus amigos que estiveram comigo nesses últimos anos, por tornar a São Francisco um lugar confortável, pelas conversas, momentos de descontração e compreensão, que foram essenciais ao longo da graduação.

Docente dedicado e estudioso, querido orientador Professor Gustavo Badaró, agradeço pelas aulas e obras excelentes de Processo Penal, que me despertaram para a importância da defesa, inconformismo com as injustiças do sistema criminal, além de terem contribuído para a escolha do tema do presente trabalho. Agradeço pela orientação ao longo da escrita, indicações bibliográficas e, especialmente, por acreditar na pesquisa e importância do tema.

Deixo registrado o meu agradecimento ao Instituto de Defesa do Direito de Defesa – Marcio Thomaz Bastos (IDDD), que apesar do sistema criminal falido, não desiste de lutar para que um dia, todas as pessoas tenham direito à uma defesa ativa e ao processo justo.

A inquietação do Instituto com as ilegalidades também foi um fator motivador para a escolha do tema do trabalho. Sou grata também à equipe do IDDD, que me acolheu desde o primeiro dia, me ensinou e me ouviu em todos os momentos. Agradeço ao Innocence Project Brasil, que também me mostrou de perto o grave problema das condenações de inocentes no nosso país e me preparou para o árduo trabalho de buscar provas para reverter condenações injustas.

Por fim, agradeço à Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, a Velha e Sempre Nova Academia, universidade de qualidade, gratuita e, sobretudo, pública, universidade inestimavelmente importante para a minha trajetória e formação.

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo apresentar o reconhecimento de pessoas como meio de prova no processo penal, tratando das questões afetas às provas dependentes da memória, sua suscetibilidade a falhas, a credibilidade do reconhecimento frente ao alto grau exigido pelo *standard* probatório do processo penal e os aspectos de um reconhecimento tido como justo. Partindo desse pressuposto, analisa-se criticamente a disciplina legal do reconhecimento de pessoas no Código de Processo Penal (CPP), especificamente quanto à previsão do artigo 226 e a sua aplicação pelos Tribunais brasileiros, através da pesquisa jurisprudencial, com enfoque nos julgados oriundos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) e Superior Tribunal de Justiça (STJ), bem como a decisão proferida no *habeas corpus* n. 598.886/SC, do STJ, e os seus desdobramentos no cenário atual.

Palavras-chave: processo penal; reconhecimento de pessoas; meio de prova.

FASORANTI, Catherine Onaolapo Olatokunbo. **Presunção de culpa: um estudo sobre o reconhecimento de pessoas no Brasil**. 2023. Monografia (Graduação em Direito – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023).

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
METODOLOGIA.....	13
1. ESTUDOS DA PSICOLOGIA DO TESTEMUNHO ACERCA DA MEMÓRIA HUMANA E AS FALSAS MEMÓRIAS.....	14
2. MÉTODOS DE RECONHECIMENTO	37
2.1 ÁLBUM DE SUSPEITOS.....	38
2.2 IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL.....	39
2.3 SHOW-UP	40
2.4 LINE-UP (ALINHAMENTO).....	41
2.5 RETRATO FALADO	45
3. REPETIBILIDADE DO PROCEDIMENTO DE RECONHECIMENTO	47
4. RECONHECIMENTO COMO MEIO DE PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.....	51
5. APLICAÇÃO DA LEI PELOS TRIBUNAIS NACIONAIS À LUZ DO HABEAS CORPUS N. 598.886.....	56
6. ANÁLISE CRÍTICA.....	79
6.1 ASPECTOS DE UM RECONHECIMENTO JUSTO.....	79
6.2 A ELASTICIDADE DA EXPRESSÃO “SE POSSÍVEL” DO ARTIGO 226, INCISO II, DO CPP..	83
6.3 RECONHECIMENTO E STANDARD PROBATÓRIO	91
6.4 RECONHECIMENTO E SELETIVIDADE PENAL	95
6.5 RECONHECIMENTO E ERRO JUDICIÁRIO	102
7. CONCLUSÃO	105
GLOSSÁRIO	108
REFERÊNCIAS	111
APÊNDICE – PROCESSOS ANALISADOS	119

INTRODUÇÃO

O erro judiciário e a condenação de inocentes são problemas que sempre se mostraram presentes no sistema de justiça criminal. Em abril de 1989, na cidade de Nova York, Estados Unidos, os jovens Korey Wise (16 anos), Kevin Richardson (14 anos), Yusef Salaam (15 anos), Antron McCray (15 anos) e Raymond Santana (14 anos), quatro negros e um latino-americano, respectivamente, foram presos sob a acusação do estupro e brutal agressão de Patricia Ellen Meili (Trisha), de 28 anos à época, que havia saído para uma corrida no Central Park.

Após serem coagidos e torturados, tanto física, quanto psicologicamente, em interrogatórios ininterruptos, sem a presença de seus responsáveis legais e defensores, as “confissões” dos garotos foram gravadas e, não obstante a ausência de DNA que combinasse com aquele coletado na cena do crime, todos foram condenados a penas entre 5 e 15 anos (Capuano, 2022). O caso se tornou símbolo da discriminação racial da polícia e da Justiça dos Estados Unidos, além de representar a violência que é empregada nos interrogatórios para obtenção das “confissões”.

Após a revelação do verdadeiro culpado, Matias Reyes, que confessou a autoria do crime em 2001, “*The Central Park Five*” ou “Os cinco de Nova York”, como os garotos ficaram conhecidos, foram absolvidos em 2002, processaram a cidade de Nova York em 2003 e apenas em 2014 receberam a indenização devida, no valor de 40 milhões de dólares.

No Brasil, o conhecido caso dos “Irmãos Naves” foi um dos maiores erros já cometidos pelo Poder Judiciário brasileiro, quando Sebastião José e Joaquim Rosa Naves foram condenados em 1937 pelo assassinato de Benedito, um crime que nunca ocorreu. As provas se fundamentaram unicamente em “confissões” prestadas pelos acusados Sebastião e Joaquim à Autoridade Policial obtidas mediante tortura.

Inicialmente, à Sebastião José e Joaquim Rosa foi imposta a pena de 25 anos e meio de prisão, que, após Revisão Criminal, foi reduzida para 16 anos. Em 1952, Benedito reapareceu vivo, episódio esse intitulado “A ressurreição de Benedito”. O reconhecimento da inocência dos irmãos, porém, veio somente em 1953 com a anulação da sentença judicial, sendo que Sebastião e seu advogado ainda lutaram até 1960 para conseguir processar o Estado, a fim de garantir a indenização cabida.

As condenações injustas que ocorreram no caso “Os cinco de Nova York” e dos “Irmãos Naves”, que são tidas como referências históricas no estudo do tema, hoje ocorre diariamente

no Brasil, sendo ainda, sistematicamente normalizado, na medida que tem como legitimador o próprio sistema de justiça criminal, materializado nas decisões condenatórias proferidas pelos magistrados.

Decidir pela absolvição ou condenação em um processo exige que o julgador tenha, ao menos, o mínimo de cuidado e rigor, especialmente no que concerne à produção de prova e seu exame, uma vez que não se pode esquecer, que a liberdade e a honra do acusado estão em risco, no mínimo.

Dessa forma, é necessário que o magistrado esteja em um estado de inquietude quanto a possibilidade de condenar um inocente e cometer um erro judiciário. Assim, entre o erro de condenar inocente e o erro de absolver culpado, se persiste a dúvida, é evidente que se deve evitar a condenação de um inocente, na medida em que é, inequivocamente, pior que absolver um culpado.

O que ocorre, na verdade, é que em face dessa dúvida quanto a condenar ou absolver, ao invés de lançar mão do *in dubio pro reo*, exculpando assim o acusado, conforme impõe o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal e o artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, o que se sucedem são decisões condenatórias sem fundamento em um mínimo conjunto de provas, desobedecendo o *standard* probatório exigido pelo Processo Penal.

Decisões essas que somente se satisfazem com o “tenho 100% de certeza” afirmado pela vítima ou testemunha e que consta no sucinto auto de reconhecimento elaborado pela Autoridade Policial, ou ainda, “reconheceu sem sombra de dúvidas” e, não raramente, uma foto sem nenhum parâmetro, sugestionada, que é extraída das redes sociais.

Se observa, assim, que a relação entre o Poder Judiciário e os agentes da segurança pública vai de encontro com aquilo que deveria existir em um Estado Democrático de Direito: garantia da presunção de inocência que só pode ser afastada quando perante provas robustas e devidamente fundamentadas.

O Judiciário, dessa forma, prefere condenar somente com base no reconhecimento, realizado pela vítima, testemunha ou policial, mesmo com provas frágeis, quando não controversas e obtidas por meios ilegais, chancelando violações perpetradas pelos agentes públicos durante o processo.

Isso reflete um caráter punitivista, onde a condenação, ao invés de ser exceção, é a regra, especialmente quando se analisa o teor do julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São

Paulo (TJSP), como será tratado posteriormente, em que costumeiramente são proferidos mais decretos condenatórios do que absolutórios no tocante ao reconhecimento de pessoas, desrespeitando assim a jurisprudência, em especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

E, não suficiente, o erro judiciário denuncia a burocratização das funções e atividades cotidianas do sistema de justiça, a seletividade penal, além da contribuição ativa para o encarceramento em massa, que tem como alvo os jovens, negros, da periferia e de baixa escolaridade.

Como exemplo de um caso que relaciona o álbum de suspeitos, a citada ausência de parâmetros para a escolha das fotos que compõem esse álbum e o racismo, é trazido para discussão a foto do ator estadunidense Michael B. Jordan, astro do filme “Pantera Negra”.

A foto foi exibida em um procedimento de reconhecimento fotográfico conduzido pela Polícia Civil do Ceará, durante as investigações da chacina da Sapiranga, que ocorreu na data de 25 de dezembro de 2021 e deixou cinco mortos em Fortaleza.

Michael B. Jordan, apesar de morar a uma distância de mais de 6.000 km, constava no álbum de suspeitos, como o suspeito n. 2, o que prova que nem a distância e ainda menos a fama, o deixou imune de possivelmente ser “reconhecido” como autor de um crime pela vítima ou testemunha.

Em uma primeira leitura acrítica, o que parece ser um fato inusitado e até mesmo jocoso, denuncia a generalização que o sistema de justiça criminal brasileiro perpetua: a criminalização da figura do negro, sempre vinculando-a à periculosidade, o que permite que a cor da pele seja majoritariamente o único critério pelos quais investigadores, vítima, testemunha e juiz se norteiam.

Tal conduta demonstra o quão fácil um indivíduo pode integrar o referido álbum de suspeitos, a falta de parâmetros mínimos que orientem a inclusão ou exclusão dos “suspeitos” desse álbum, o desconhecimento acerca da fonte das fotos e ainda, sobre como são utilizadas essas imagens.

Como sustenta a psicóloga Professora Lilian Milnitsky Stein, referência na Psicologia do Testemunho, a prova dependente da memória, no processo penal, como o reconhecimento e o testemunho são irrepetíveis pois, “se uma cena de crime não pode ser modificada para não comprometer a investigação, porque não ter o mesmo cuidado com a memória da testemunha?” (Cecconello, Avila, Stein. 2018, p. 1057-1073).

Assim, diante da falta de protocolos na fase de coleta de provas testemunhais e de reconhecimento, é gerado um risco para a criação de falsas memórias.

A Psicologia do Testemunho, nesse sentido, entende que a memória humana tem sim a capacidade de guardar informações por anos, tais como lembranças de uma viagem. Porém, essa mesma memória humana tem suas limitações permitindo a recordação de informações que não aconteceram, assim como tem o potencial de reconhecer um inocente como sendo um culpado.

Em vista disso, não é válido considerar a memória humana como uma câmera ou uma filmadora que capta o momento, armazenando e mantendo-o intacto, como menciona Lilian. Retoma-se, assim, a tese do reconhecimento de um suspeito é irrepetível, na medida em que a memória humana é falha, assim como o próprio processo de repetição do reconhecimento pode contaminar a memória da vítima ou testemunha que “reconhece”. Uma vez que a vítima ou testemunha identifica o suspeito como sendo o autor do crime, este rosto se vincula à memória do evento, de modo que, repetir o mesmo procedimento sejam duas vezes, sejam dez vezes, não trará nenhum benefício, visto que o mesmo rosto é o que sempre será reconhecido, dado que houve a contaminação da memória.

A presente Tese de Láurea tem o intuito de discutir sobre o reconhecimento de pessoas como meio de prova admitido pelo Direito Processual Penal, na busca da “verdade real dos fatos” durante a investigação e na instrução processual penal, especialmente nos casos em que é o único meio de prova possível de ser produzido.

A introdução do presente trabalho tem como objetivo contextualizar historicamente a questão do reconhecimento de pessoas e o erro judiciário, além de definir, de maneira geral, o que será abordado ao longo da tese. Em seguida, discute-se acerca da metodologia aplicada durante a pesquisa, notadamente baseada na seleção de obras que tratam da Psicologia do Testemunho, do reconhecimento de pessoa como meio de prova no processo penal e sua validade. Ademais, será feita uma análise da jurisprudência nacional quanto ao tema, com um maior enfoque nos julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP).

O **capítulo 1** traz um panorama da evolução dos estudos da Psicologia do Testemunho acerca da memória humana, capítulo esse composto pelo exame da memória, sua estrutura e funcionamento, bem como suas fases de formação pelo corpo humano, desde a primeira, de aquisição; a segunda, de retenção; e a terceira, de recuperação. A partir desse estudo, é possível

compreender os fatores que podem influenciar e, por conseguinte, contaminar a memória. Dentro desse aspecto, também será feita uma abordagem acerca das variáveis, que se dividem em variáveis do sistema e variáveis de estimação, sendo que as primeiras dizem respeito a aspectos que podem ser controladas pelo sistema, como por exemplo, a montagem de um procedimento de reconhecimento por *line-up* (alinhamento). As variáveis de estimação, por sua vez, se relacionam a condições que não podem ser controladas pelo sistema, por isso, somente podem ser estimadas, como por exemplo, a luminosidade do local do crime. Por fim, será descrita a análise sobre como ocorrem as falsas memórias, dado que a memória pode ser contaminada previamente, durante ou após o reconhecimento.

No **capítulo 2**, serão abordados os métodos que podem ser empregados para a realização do procedimento de reconhecimento fotográfico, dividindo-se em álbum de suspeitos, identificação criminal, *show-up*, *line-up* (alinhamento) e retrato falado. O **capítulo 3**, por sua vez, discute a possibilidade de repetição do procedimento, tendo como ponto de partida que a incidência das variáveis de estimação, variáveis do sistema e das falsas memórias não permitem que os reconhecimentos sejam isentos de mácula, justamente em razão da sua suscetibilidade de contaminação.

O **capítulo 4** trata brevemente da disciplina do reconhecimento de pessoas como meio de prova no Código de Processo Penal (CPP) pelos artigos 226 e seguintes. O **capítulo 5** tratará da aplicação, em especial, do inciso II do referido artigo, pelos Tribunais nacionais, em especial, Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), sendo também feita uma contraposição do cenário prévio e posterior à decisão proferida pelo Ministro Rogério Schietti no *habeas corpus* n. 598.886/SC, tido como *leading case* no tocante a admissibilidade do reconhecimento, na medida em que traz, como fundamentação, os pressupostos da Psicologia do Testemunho. Por fim, o **capítulo 6** traz uma análise crítica do instituto do reconhecimento de pessoas, discutindo os aspectos de um reconhecimento tido como justo, à luz dos avanços da Psicologia do Testemunho, bem como alerta para a elasticidade do termo “se possível” empregado na redação legislativa do artigo 226, inciso II, do CPP, que permite a relativização da observância ao procedimento previsto em lei.

Ademais, trata-se de igual modo, que o reconhecimento de pessoas, a despeito de ser realizado de forma justa, por si só, não pode servir de fundamentação para condenação de um indivíduo, porque não atinge o elevado grau no *standard* probatório exigido pelo processo penal. Ainda, no mesmo capítulo, é feita uma análise da relação entre o reconhecimento, a seletividade penal e o erro judiciário.

METODOLOGIA

A metodologia é composta pelo estudo do entendimento doutrinário referente a Psicologia do Testemunho, pelo exame de casos, estatísticas, pesquisas e relatórios, com enfoque no reconhecimento pessoal e prova testemunhal, no intuito de demonstrar como os erros se materializam nos processos criminais. Cada caso trará aspectos do procedimento de reconhecimento, informações dos autos de reconhecimento, depoimentos da vítima ou testemunha, utilização do álbum de suspeitos, análise do perfil dos “reconhecidos” e exame da fundamentação das decisões. Ainda no âmbito das decisões, serão analisadas aquelas que legitimam o reconhecimento como único meio de prova, com enfoque nos julgados proferidos em sede de Apelação Criminal, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), os quais mantêm condenações e reiteram o argumento da possibilidade de relativização da aplicação do procedimento instituído no artigo 226 do Código de Processo Penal (CPP).

Será feita também uma contraposição com decisões paradigmáticas do Superior Tribunal de Justiça (STJ), especialmente a decisão do *habeas corpus* n. 598.886/SC, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, o marco de mudança do entendimento jurisprudencial, quanto a insuficiência do reconhecimento como único meio de prova, bem como a nulidade de reconhecimentos fotográficos frágeis e o acolhimento da concepção de deficiência da memória humana sustentada pela Psicologia do Testemunho.

Em relação ao aspecto teórico, serão abordados procedimentos de reconhecimento de pessoas utilizados em outros países, especialmente aqueles empregados nos Estados Unidos¹ e que podem ser observados pelo Brasil, diante da necessária alteração da redação legislativa referente ao procedimento constante no Código de Processo Penal. Ademais, também serão examinados estudos acerca da Psicologia da Mente Humana, especificamente relacionada à Psicologia do Testemunho e seus protocolos, efeito da outra raça, visão de túnel, variáveis de estimativa e variáveis do sistema e distorções da memória. A questão do reconhecimento de pessoas e o atingimento do *standard probatório* serão tratados, assim como sua relação com a garantia da presunção de inocência no ordenamento jurídico, o racismo, seletividade do sistema de justiça e erro judiciário.

¹ A escolha dos Estados Unidos como o principal parâmetro para fins comparativos de procedimento de reconhecimento se deu em razão do seu *status* como um país com grande acúmulo de estudos relacionados à Psicologia do Testemunho, que orientam as reformulações nas normas que tratam sobre o reconhecimento de pessoas, como por exemplo, as boas práticas para evitar reconhecimentos injustos. Ademais, os Estados Unidos também desenvolvem documentos públicos relevantes para o enfrentamento e mudança de práticas no sistema criminal (cf. capítulo 6.2 - Elasticidade da Expressão “se possível” do artigo 226, inciso II, do CPP).

1. ESTUDOS DA PSICOLOGIA DO TESTEMUNHO ACERCA DA MEMÓRIA HUMANA E AS FALSAS MEMÓRIAS

A memória humana e a sua análise incorporam variados ramos científicos, dos quais é possível destacar a Psicologia, Filosofia e Neurologia. À luz da análise do reconhecimento de pessoas, os estudos acerca da falibilidade e da não confiabilidade da memória humana partem do pressuposto de que o indivíduo não “percebeu, armazenou e, posteriormente, evocou, com exatidão, os fatos assim como eles ocorreram na realidade” (Kagueiama, 2021, p. 81) e ainda, que não teria a capacidade de relatar os fatos com todos os pormenores, riqueza de detalhes, do exato modo que ocorreu, ocasionando os erros honestos ou ainda, os erros desonestos.

Embora dotado de inteligência ímpar, oriundo de um processo de evolução contínuo ao longo da história, o ser humano ainda não atingiu o grau máximo de apreensão dos fatos, a ponto de captá-los exatamente da forma que ocorreram. Isso se deve a existência de múltiplos fatores que degradam a apreensão do evento e moldam a memória, desde a mera desatenção, até a influência do subjetivismo inerente à cada um (Stein; Ávila, 2015, p.18).

No que concerne aos erros honestos e desonestos, nota-se que são produtos dos fatores involuntários e voluntários de contaminação (Kagueiama, 2021, p. 97) que, ao lado da fragilidade e mutabilidade da memória humana, convergem para que a memória seja prejudicada no seu processo de funcionamento e fases de formação.

Historicamente, os estudos da Psicologia do Testemunho têm início em 1908, com o psicólogo alemão Hugo Münsterberg, sendo que somente na década de 80 e 90 ascendeu uma literatura científica que estuda as variáveis que influenciam no testemunho e reconhecimento (Wells *et al.*, 2000 *apud* Stein; Ávila, 2015, p. 19). A proeminência do ramo da Psicologia do Testemunho permitiu assim que duas vertentes fossem consolidadas: Testemunho (Toglia *et al.*, 2007 *apud* Stein; Ávila, 2015, p. 19), que se refere à memória humana e sua atuação na recordação de eventos pelas testemunhas; e o Reconhecimento (Lindsay *et al.*, 2007 *apud* Stein; Ávila, 2015, p. 19), que estuda a memória de reconhecimento que viabiliza a identificação de um suspeito pela testemunha ou vítima.

Em vista da sua relevância, os estudos da Psicologia do Testemunho contribuíram para um giro paradigmático de mudanças legislativas e adoção de protocolos de procedimento para um reconhecimento justo ao redor do mundo. Em termos conceituais, tem-se que a memória é “um conjunto de processos que permitem manipular e compreender o mundo” (Stein; Ávila, 2015, p. 19) ou ainda, é tida como “o coração do testemunho e do reconhecimento” (Stein; Ávila, 2015, p. 18), uma vez que, quanto maior a apreensão dos fatos, com mais detalhes e

verossimilhança, maior também será a sua contribuição na realização do reconhecimento correto, que conduzirá próximo ao que realmente ocorreu.

Memória também pode ser considerada um fenômeno biológico, fundamental e altamente complexo (Ávila; 2013 *apud* Kagueiama, 2021, p. 82) ou também, “um resultado de um complexo processo de percepção, armazenamento e de evocação de uma informação aprendida” (Purves; 2012 *apud* Kagueiama, 2021, p. 82). A memória, conforme o exposto, integra o rol de funções primordiais do ser humano, sendo imprescindível para qualquer ato da vida, como acordar, comer, andar, ir trabalhar e atividades rotineiras ou que exigem maior concentração, além da construção de identidade própria, exercício das faculdades mentais, armazenamento de vivência e aprendizado.

Ocorre, contudo, que embora o indivíduo se lembre de fatos marcantes, como a primeira viagem à um lugar desejado, por exemplo, ainda assim, o evento pode ser modificado, visto que a memória é flexível e continuamente moldável. O processo de transmissão de informações do mundo externo para o interno está sujeito a mudanças e imperfeições, vez que os neurônios perdem ou alteram as informações ao traduzi-las (Izquierdo, 2011 *apud* Kagueiama, 2021, p. 84).

Outrossim, o processo de recordação de informações também é fator que incide na alteração da memória, uma vez que, diante da contínua interação entre o evento passado e o presente, há esquecimento, adição e associação de conteúdo diverso ao evento lembrado e, que muitas vezes, não corresponde ao evento real, causando desta forma uma distorção.

Logo, a memória não pode ser imaginada como perfeita e imune a falhas (Schacter; Loftus, 2013 *apud* Stein; Ávila, 2015, p. 18), pois a própria percepção, apreensão e compreensão do fato em curso, em um determinado momento, é originalmente equivocada. O ato de registrar e compreender a realidade, na verdade, é o “registro de uma experiência pessoal da realidade” (Sousa, 2016 *apud* Kagueiama, 2021, p.85) e, ademais disso, como elenca o mesmo autor, a memória não funciona como um gravador, em que o ato de recordar seria como encontrar a fita e reproduzi-la, sendo que inclusive, uma gravação não é totalmente isenta de falhas, na medida em que também pode ser modificada.

No tocante a estrutura e funcionamento da memória humana ou memória biológica, ela é classificada em memória de curto prazo, de longo prazo, declarativas e de procedimento (Kagueiama, 2021, p. 87), e composta pela combinação de informações originárias de diversas fontes que influenciam de forma positiva ou negativa o ato de recordação de um evento (Schacter; Loftus, 2013 *apud* Stein; Ávila, 2015, p. 18).

O processo de memorização envolve três complexas etapas, que operam sempre na mesma ordem, em qualquer hipótese: a aquisição (ou codificação), armazenamento e recuperação (Baddeley, 2011b *apud* Stein; Ávila, 2015, p. 19). Nessas fases, a memória está suscetível à incorporação, mudança e reconstrução, uma vez que não é estática e intocável, mas sim, faz parte de um processo ativo, contínuo e dinâmico (Wise, Safer; 2012 *apud* Kagueiama, 2021, p. 94), o que justifica a sua propensão a erros, falhas e lacunas.

Mesmo após ser consolidada, a memória ainda pode ser transformada (Dalmaz; 2004 *apud* Kagueiama, 2021, p. 84), pois o próprio ato de recordar um evento, traz a memória para um âmbito de reconstrução, sendo que novas informações podem ser adicionadas, esquecidas ou excluídas. O estado psicológico do indivíduo, quando apercebe o evento e o codifica, é um fator de relevante influência e de modulação da memória, uma vez que fatores como estresse, ansiedade, emoções, nível de atenção impactam na capacidade de armazenamento de novas memórias (Ávila, 2013 *apud* Kagueiama, 2021, p. 82). Assim, a primeira fase (codificação) já nasce contaminada, posto que o indivíduo pode não dedicar a atenção necessária ao evento, o que já é terreno fértil para lacunas que, posteriormente, o próprio cérebro buscará preencher em razão do inconformismo natural com o vazio.

O armazenamento (segunda fase), no mesmo sentido, é sujeito “a perdas, transformações e interferências externas e internas” (Kagueiama, 2021, p. 95) e, por fim, a recuperação da memória (terceira fase) também é contaminada pelo esquecimento dos fatos, incorporação de informações alheias e, inclusive, por perguntas sugestivas em interrogatórios. Em vista desse entendimento é possível assim consolidar que “quando se reproduz a lembrança de um acontecimento, repete-se não só a sensação da realidade já percebida, mas também, a própria reação perceptiva daquela realidade” (Trindade; 2012 *apud* Kagueiama, 2021, p. 85).

De acordo com os conceitos da Psicologia do Testemunho, a formação da memória é composta por três fases, como já mencionado. A primeira fase do processo de formação da memória é denominada aquisição ou codificação e consiste na percepção do evento com ao menos um dos órgãos sensoriais, tal como cheiro, sons, imagens (Kagueiama, 2021, p. 94) e “transformação do fato vivenciado (estímulo) em uma forma que possa ser retida pelo cérebro, isto é, pelo sistema cognitivo” (Stein; Ávila, 2015, p. 15). Não corresponde, porém, a um registro total do evento ocorrido, mas sim, à seleção dos fatos e interpretação, conforme as subjetividades do indivíduo e incorporação desse evento na memória, pois, primeiramente “são analisadas as características físicas ou sensoriais dos estímulos” e, em seguida, ocorre o

confronto pelo cérebro, das informações novas com as informações que já estão armazenadas na memória (Craik; Lockhaert, 1972 *apud* Kagueiama, 2021, p. 94).

Assim, para que a memória possa funcionar tal qual um gravador de vídeo, ela depende da chamada persistência e força do traço de memória (Kagueiama, 2021, p. 94), que poderiam conduzir à uma codificação completa, demandando o uso de 100% de todos os órgãos sensoriais. Como sabido, nenhum indivíduo é capaz de perceber a ocorrência de um evento por inteiro, em decorrência das limitações humanas, da seletividade e subjetividade que afetam a compreensão humana. Desde o evento que seja parte da rotina, como por exemplo ir ao trabalho até aquele que envolve um crime, como um roubo, todos envolvem um estado menor ou maior de estresse, trauma, ansiedade e emoção, expectativas e estereótipos, além do estado emocional. Essa somatória de fatores certamente influencia na forma da codificação de um determinado evento.

O processo de verificação da realidade pelo indivíduo, desta forma, não é denominado percepção, mas sim, apercepção, na medida que, enquanto a percepção é um processo imparcial e isento de influências, a apercepção é justamente o contrário. Já que leva em conta os fatores limitantes humanos e a subjetividade, além do juízo de valor (bagagem existencial) formado (Trindade, 2012 *apud* Kagueiama, 2021, p. 85), o apercebimento reconhece que cada indivíduo tem uma forma particular de notar a realidade, incluindo os fatores mencionados que podem ser prejudiciais ao processo de formação da memória.

A retenção ou armazenamento é a segunda fase do processo de formação da memória, sendo ela voltada para a conservação ou preservação da informação ou evento selecionado na memória. Em relação a classificação dos tipos de memória, pelo decurso temporal de armazenamento (Kagueiama, 2021, p. 95), há uma subdivisão em memória de curta duração e a memória de longa duração. A memória de curta duração se divide em memória imediata, caracterizada pela capacidade de armazenar informações e eventos em andamento por alguns segundos e a memória de trabalho ou operacional, que viabiliza a manutenção da memória por alguns segundos ou minutos. Nesse último caso, à título de exemplificação, conservar um número de telefone apenas pelo tempo suficiente para discá-lo no telefone e realizar a ligação, sendo que minutos depois ele é esquecido, caracteriza uma memória operacional (Mourao Junior; Faria, 2015 *apud* Kagueiama, 2021, p. 88).

A memória de longa duração ou longo prazo diz respeito ao “armazenamento da informação recebida pelo período de dias, semanas, meses, anos ou, até mesmo, por toda a vida” (Purves, 2012 *apud* Kagueiama, 2021, p. 88). Assim, essas memórias demandam tempo

para se consolidar no cérebro, a fim de se firmar e se tornar permanente e, do mesmo modo, são suscetíveis a inúmeros fatores que distorcem o seu teor ou conduzem à perda total.

Exemplo tal, é o momento no qual o indivíduo presencia um assalto e, em decorrência da alteração emocional, sua memória já nasce distorcida, de modo que na ocasião, pode não conseguir ver o rosto do roubador. Dias depois, ao ler um jornal, esse mesmo indivíduo visualiza a foto de um suspeito e associa essa foto ao roubador, autor do assalto (Stein; Ávila, 2015, p. 20). Assim, semelhante ao processo de codificação, a fase de retenção é igualmente suscetível a distorções, especialmente diante da exposição à grande quantidade informações posteriores ao evento, o que pode gerar as falsas memórias, na qual o indivíduo relata o evento, acreditando fielmente na veracidade da sua memória, quando na verdade, se trata se um equívoco.

Elizabeth Loftus (1998, p. 60), especialista no estudo das falsas memórias, denomina que o contato com informações posteriores ao evento e a busca da testemunha em moldar a sua memória e combinar a sua narrativa de acordo com a nova informação, é o chamado *jumble of versions* (troca de versões, em tradução livre).

A última fase do processo de formação da memória é a recuperação, caracterizada como a “busca e resgate da informação armazenada” (Stein; Ávila, 2015, p. 20) e é composta tanto pela recordação, em que se busca, “diretamente uma informação da memória a partir de pistas” (Stein; Ávila, 2015, p. 20) ou pelo reconhecimento, momento da comparação de uma “informação dada com a memória para verificar se essa nova informação corresponde a memória ou não” (Stein; Ávila, 2015, p. 20). A recordação pode ser classificada em recordação livre, em que o indivíduo, conforme recorda as informações do evento, é capaz de reproduzir livremente a sua versão do ocorrido, ao passo que a recordação com pistas é caracterizada pelo fornecimento de pistas, sugestões, indicações ou informações ao indivíduo para que este relembre o fato.

A título de exemplificação, quando um sujeito é vítima de um roubo em uma rua e no dia seguinte é chamado à delegacia para prestar depoimento, se ele narra os fatos livremente, à medida em que lembra, há a recordação livre. Todavia, se a vítima, durante o seu relato, é inquirida com perguntas sugestivas como “a barba do roubador era longa?” ou ainda, “a arma era preta ou cor metálica”, a recordação é com pistas.

A recuperação, conforme exposto, corresponde então aos momentos pós-evento, especialmente quando a vítima ou testemunhas são chamadas à delegacia para prestar depoimento, ocasião em que o indivíduo busca lembrar o ocorrido, seja pela evocação livre,

causado pelo reencontro com os estímulos armazenados, ora pessoas, cheiros, vozes (Sousa; 2016 *apud* Kagueiama, 2021, p. 96), seja pela recordação com indícios, como por exemplo, quando a testemunha interrogada é inquirida com perguntas fechadas/sugestivas, onde se questiona a presença ou não de elementos específicos no evento.

O fornecimento de estímulos e dicas para a vítima ou testemunha durante a sua inquirição, assim, não deve ser admitida no processo penal, pois o que se busca, justamente, é a reconstrução dos fatos, próximo do modo conforme ocorreram. As “pistas” fornecidas, a maneira de formular uma pergunta (perguntas tendenciosas, como se “a arma era preta a cor metálica”), a forma de condução de um interrogatório ou ainda, os gestos daquele que interroga, desse modo, influem diretamente na narrativa do evento, posto que podem contaminar e distorcer a memória, não sendo assim benéfica para o processo e ainda, podem levar às condenações injustas e de inocentes (Ramos, 2018, p. 222-223).

A partir desses pressupostos, trata-se, a partir de agora, dos chamados fatores de contaminação da memória, que podem operar em qualquer fase do processo de memorização, vale dizer, tanto na aquisição (ou codificação), armazenamento ou recuperação.

Na fase de aquisição da memória, “a primeira fase do processo de formação da memória, que envolve a percepção e a codificação da informação sensorial percebida” (Kagueiama, 2021, p. 94), diversos elementos são responsáveis por moldar o evento percebido, resultando na divergência entre o que realmente ocorreu daquilo que o indivíduo recorda (Turtle, 2003; Lindsay, 2007; Well, 2003 *apud* Stein; Ávila, 2015, p. 19). A atenção é caracterizada como o “processo de filtragem pelo qual a informação é apreendida pelo sistema visual ou por outro sistema perceptivo”, como olfativo ou auditivo, e selecionada para posterior processamento (Albright; 2017 *apud* Kagueiama, 2021, p. 97).

Logo, é notável que a atenção desempenha um papel determinante no que concerne ao traço do evento na memória, levando em consideração que quanto mais desatento o indivíduo estiver, menor a probabilidade de lembrança da totalidade do evento ocorrido. É necessário destacar, porém, que a atenção que o indivíduo dedica a um evento, em que pese aumente a sua durabilidade, não necessariamente implica maior verossimilhança (The British Psychological Society, 2008 *apud* Stein; Ávila, 2015, p. 22).

Ao lado da atenção humana, que é cognitivamente limitada, o elemento surpresa do crime também é de relevante influência, pois a atenção normalmente está dirigida para outras preocupações e a vítima não espera que será roubada e, igualmente, a testemunha não espera presenciar um sequestro. A atenção depende assim da intensidade/destaque do estímulo, na

medida em que quanto maior e mais destacado o evento é, se comparado ao evento rotineiro, maior a probabilidade de ser apercebido (Kagueiama, 2021, p. 98). Do mesmo modo, o fator interesse deve ser medido nesse cenário porque, quanto maior o interesse no objeto da percepção, maior a chance de ele ser fixado na memória do que por aqueles que não estão interessados, mas sim, distraídos.

Se o autor do roubo portava uma arma de fogo, é provável que a vítima tenha dividido a sua atenção entre a arma e o rosto do roubador, não sendo raro os casos em que a vítima não consegue nem ao menos descrever um traço do autor do delito, em vista do fato que sua atenção estava totalmente voltada ao objeto. É o chamado efeito foco na arma (*weapon focus effect*) (Pickel; 2009, p. 277-295), que ocorre pelo medo e estresse de ter uma arma apontada para si, além da iminência de ser baleado, de forma que a vítima perde a atenção em relação às características do autor do delito (Fawcett *et al.*, 2013, p. 35-66).

A falta de atenção, dessa maneira, degenera as lembranças do ocorrido, juntamente com o tempo de exposição ao evento: quanto menor a duração do evento, menor a chance de que a vítima ou testemunha forneça um maior número de detalhes. A emoção e o estresse igualmente são fatores distintivos que se contrapõem ao evento neutro, pois trazem uma carga emocional ao evento e ativam outros sentimentos como medo, cólera, tristeza, desprezo e surpresa (Kagueiama, 2021, p. 101).

São “coleções de respostas cognitivas e fisiológicas acionadas pelo sistema nervoso que preparam o organismo para comportar-se frente a determinadas situações” (Rohenkohl, 2010 *apud* Kagueiama, 2021, p. 101). O estresse, portanto, é uma reação normal, especialmente diante de eventos negativos, inesperados e violentos, causando inclusive aumento da pressão arterial (Aharonian; Bornstein, 2008 *apud* Kagueiama, 2021, p. 102-103) sendo comum que o organismo reaja e o indivíduo desmaie ou fique em estado de choque.

Em ocasiões nas quais as emoções são grandes e vívidas, elas são capazes de gerar trauma, definidos como “a resposta que as pessoas têm sobre um evento extremamente negativo, ameaçador, seguido de alta excitação corporal e sensação de perda de controle” (Toglia *et al.*, 2007 *apud* Stein; Ávila, 2015, p. 21), o que pode desencadear, em alguns casos, o Transtorno de Estresse Pós-Traumático. Ao mesmo tempo em que estudos revelam que vítimas e testemunha podem se recordar de maneira mais fácil dos elementos centrais do evento, quando dotados de grande carga emocional, como as características de uma arma (cor e tamanho, por exemplo), há possibilidade que ocorra a chamada síndrome amnésica.

A síndrome diz respeito à uma amnésia, ora o esquecimento provocado pelas alterações e desequilíbrios de neuro-hormônios, os quais são responsáveis pelo bloqueio da formação e processamento da memória em um determinado evento (Frank, Landeira-Fernandez, 2006 *apud* Kagueiama, 2021, p. 104). É possível também que a reação humana instintiva de sobrevivência seja ativada e a vítima só consiga pensar em maneiras de se manter viva (Wise, Safer, 2012 *apud* Kagueiama, 2021, p. 104).

Os estereótipos e as expectativas, por sua vez, são considerados filtros subjetivos, que variam de indivíduo para indivíduo, por conta da múltipla e diversa compreensão do mundo externo por cada pessoa, o que também se aplica a compreensão do evento delituoso. Variam desde experiências pessoais, contexto, sujeitos, eventos e ainda, reações esperadas em situações semelhantes (Albright, 2017 *apud* Kagueiama, 2021, p. 105). Esses filtros têm a capacidade de direcionar o enfoque do indivíduo para determinados elementos, ignorar outros e ainda, atribuir significado diverso a um evento ou informação.

Uma pesquisa experimental conduzida em 1998, na Suécia, por Lindholm e Christianson (1998, p. 710-723) trouxe, como uma de suas várias conclusões, que havia uma maior chance que um indivíduo acertasse a identidade do autor do delito quando este era etnicamente semelhante àquele, materializando o fenômeno denominado *cross-race effect* ou *own race bias*. Não bastante, a mesma pesquisa revelou ainda a maior propensão de que um imigrante fosse reconhecido como autor do delito, quando comparado à um sueco (na época, as estatísticas apontam que os imigrantes praticavam um índice maior de crimes se comparados aos suecos), o que comprova o poder de influência da expectativa no processo perceptivo (Baddeley; Anderson; Eysenck, 2011 *apud* Kagueiama, 2021, p. 106).

Assim, se a “raça da testemunha e do suspeito” forem as mesmas, maiores as chances que aquela possa reconhecer com mais precisão o suspeito, se comparado com testemunha e suspeito de raças diferentes (Malpass, 2015 *apud* Stein; Ávila, 2015, p. 29). Semelhante conclusão incide nas questões de gênero, na qual há uma maior possibilidade de um reconhecimento mais preciso, se testemunha e suspeito forem do mesmo sexo (Cutler; Penrod; 1995; Wright; Sladden, 2003 *apud* Stein; Ávila, 2015, p. 29).

Estereótipos, ainda, se mostram como um importante fator de influência no reconhecimento. Na medida em que, quando um indivíduo presencia um roubo com a fuga dos suspeitos, embora não tenha apreendido muitos detalhes ou tenha visto o rosto de algum dos roubadores, devido ao estereótipo caracterizado por: “assaltantes são homens, usam disfarce, usam roupas escuras, exigem dinheiro e tem um carro para fugir” (Eysenck, 2011b *apud* Stein;

Ávila, 2015, p. 29), ao ser chamada para reconhecer, a testemunha pode fornecer essas informações equivocadas e generalistas.

A capacidade de percepção da testemunha, como a distância entre a pessoa e o objeto percebido, como por exemplo, a arma, também exerce um papel relevante dentre as condições objetivas de percepção do evento (Kagueiama, 2021, p. 107). A distância necessária para reconhecer varia em um gráfico de “maior distância mínima exigida para menor: pessoa conhecida da testemunha, pessoa com características marcantes, pouco conhecida, ou nunca antes vista” (Gorphe, 1971 *apud* Kagueiama, 2021, p. 108).

Assim, em uma comparação, para reconhecer uma pessoa que já é conhecida da testemunha, como amigo ou parente, a distância pode ser maior, enquanto para uma pessoa nunca vista pela testemunha, a distância exigida deve ser menor. Ângulo de visão, posição ocupada pela testemunha (Gorphe, 1971 *apud* Kagueiama, 2021, p. 108) e a luminosidade interferem conjuntamente na percepção do acontecimento, tendo em vista que ambientes com penumbra, chuva, névoa, pouca luz e escuridão alteram a capacidade de compreensão do autor pela testemunha, de modo que as lacunas podem ser preenchidas pelas subjetividades, e, possivelmente conduzir a erros.

Certamente, uma vítima de um roubo de dia, com boas condições de clima e que prestou atenção no indivíduo poderá descrever que o roubador estava usando um moletom preto e tinha barba rala, enquanto uma vítima que sofreu um roubo em uma noite chuvosa e em uma rua pouco iluminada dificilmente poderá afirmar a cor da roupa do suspeito.

Na fase de retenção do conhecimento apreendido pela testemunha, diversos elementos podem incidir na “força do traço” do evento para alterar a memória, gerando as falsas memórias, objeto de análise que será pormenorizado mais à frente. Ainda nessa fase, as interferências do contato entre testemunhas, denominada *memory conformity* (conformidade de memória), marcada pelo prévio contato e discussão entre as testemunhas logo após o evento, influem, geralmente de forma negativa, na narrativa do ocorrido, em face das distorções e erros que podem causar na memória (Gorphe, 1971 *apud* Kagueiama, 2021, p. 108).

O mero fato de conhecer outras versões do mesmo fato pode ser empecilho na fase de recuperação da memória original do evento, quando não, em alguns casos, trazem à tona as narrativas uniformes, onde as testemunhas combinam uma mesma versão entre si, que será contada muitas vezes, desde o inquérito até a audiência (Gabbert; Fiona *et al.* 2012 *apud* Kagueiama, 2021, p. 122-123), podendo ser até enganosas (*post-event misinformation*) (Ramos, 2018, p. 208).

Pesquisas empíricas revelaram a tendência de que um indivíduo pode adquirir os mesmos erros de uma outra testemunha, após o contato e discussão entre ambas acerca do mesmo evento (Ramos, 2018, p. 208). A conformidade pode ser justificada por uma escolha voluntária ou involuntária da testemunha em aderir à uma outra versão dos fatos, ignorando a sua própria, não implicando no fato que esta tem a vontade de contar uma versão falsa, mas sim, acredita que a outra versão é mais confiável.

Outra justificativa ainda, é a formação das falsas memórias, informação adquirida após o evento, que suprime a informação original, e a chamada pressão normativa, materializada em uma pressão que a testemunha sente em contar uma versão em conformidade com a versão majoritária, dado o receio de uma desaprovação social (Gabbert; Fiona et. al. 2012 *apud* Kagueiama, 2021, p. 123-124). A influência informacional, situação na qual a testemunha acredita que a sua memória seria menos confiável em comparação com a memória de uma outra testemunha, especialmente, quando esta possivelmente foi exposta a um maior estímulo sensorial que aquela, também é uma hipótese para criação de falsas memórias. Ainda, no tocante à influência informacional, a existência alguma relação, seja de amizade ou de relacionamento amoroso entre as testemunhas cria uma maior probabilidade do “efeito de conformidade”. A qualidade da pessoa da testemunha influencia igualmente, posto que depoimentos de policiais, por exemplo, tendem a ser mais valorizados em relação aos dos parentes ou amigos (Gabbert; Fiona et. al. 2012 *apud* Kagueiama, 2021, p. 123-124).

Outro fator é o decurso do tempo, caracterizado como “quantidade de tempo que decorre entre o momento em que o indivíduo apercebe o fato original, ora o crime e a tentativa de identificação do suspeito em um procedimento de reconhecimento, como o *line-up*, *show-up* ou retrato falado” (tradução própria) (Dysart; Lindsay, 2007, p. 361-376). Aliado ao também ao esquecimento, são, dessa forma, fatores naturais, inevitáveis e inerentes à memória, porque quanto mais tempo passa do dia do evento, mais o “traço” é enfraquecido (Kagueiama, 2021, p. 126). Memórias não são permanentes e intactas (Baddeley *et al.*, 2011 *apud* Kagueiama, 2021, p. 126) e o processo de “decadência do traço” é natural, e ainda, o acúmulo e contaminação com memórias semelhantes interfere na lembrança do evento.

Por conta desse aspecto, o princípio da duração razoável do processo deve ser aplicado devido ao grande decurso do tempo entre o dia do evento. Isto é, o dia em que o depoimento foi prestado em sede policial e o dia da oitiva em audiência não raro leva meses ou anos, o que interfere no “traço”, gerando lacunas que resultam na contaminação.

Na fase de recuperação da memória, ora o momento da tomada do depoimento, observa-se que a contaminação pode ocorrer tanto na fase de inquérito, quanto na fase processual: um erro de memória cometido durante uma oitiva em sede policial, pode ser reiterado durante a oitiva em audiência. Se observa, face ao exposto, o papel do decurso do tempo na fase de recuperação da memória, bem como o preenchimento e o fenômeno da interferência (Kagueiama, 2021, p. 127). Frequentemente, inúmeras ações penais somente têm início meses ou até anos após o primeiro depoimento na delegacia e, ainda, é costumeiro que a testemunha não consiga nem ao menos se recordar do teor do conteúdo relatado na ocasião.

Se o esquecimento dos fatos que compõem a narrativa do evento são nocivos, o dano é maior tendo em vista que, mesmo inconscientemente, a testemunha busca preencher lacunas de memória recorrendo às suas subjetividades “experiências, estereótipos e inferências plausíveis”, acreditando que um determinado fato ocorreu, quando na verdade, é uma falsa memória (Baddeley *et al.*, 2011 *apud* Kagueiama, 2021, p. 128). Assim, quanto maior o decurso do tempo, maior a probabilidade de interferência, causando a “perda da força do traço”, de modo que o traço original, ora o evento original, passa a se tornar inacessível (Baddeley *et al.*, 2011 *apud* Kagueiama, 2021, p. 128).

Ainda no processo de recordação, a forma de inquirição do entrevistador, seja o delegado de polícia, seja o juiz, pode conduzir à uma sugestionabilidade interrogativa, expressão criada por Clark e Gudjonsson e que diz respeito à “extensão na qual em uma interação social fechada, as pessoas aceitam as mensagens comunicadas durante uma inquirição formal, apresentando, como resultado, uma alteração em sua resposta ou em seu comportamento” (Clark; Gudjonsson, 1986 *apud* Kagueiama, 2021, p. 130). Desse modo, a sugestionabilidade interrogativa é formada, pelo menos, por cinco elementos básicos:

- (i) interação social fechada (ambiente fechado, entrevistador como uma figura de autoridade, pouca participação ativa do entrevistado, e pouca ou nenhuma tomada de controle por parte do entrevistado); (ii) o procedimento de inquirição (comunicação entre duas pessoas, entrevistador e entrevistado, sobre fatos pretéritos percebidos, praticados ou vividos pelo entrevistado); (iii) perguntas com estímulos sugestivos; (iv) alguma forma de aceitação da mensagem sugestiva; e (v) uma resposta comportamental do entrevistado (Clark; Gudjonsson, 1986 *apud* Kagueiama, 2021, p. 130).

A sugestionabilidade também pode ocorrer com perguntas que indicam ou antecipam a resposta desejada por aquele que interroga, de forma que o entrevistado muda o seu comportamento e versão dos fatos durante a entrevista (alteração) ou cede diante de uma sugestão dada pelo entrevistador (cedência) (Ávila, 2013 *apud* Kagueiama, 2021, p. 130). A

forma pela qual o entrevistador formula a pergunta é um fator de relevância na sugestionabilidade, podendo levar à erros e falhas de memória. Importante analisar que a imparcialidade do julgador deve ser garantida, enquanto que, não obstante o Ministério Público tenha a função de defesa da ordem jurídica e do regime democrático, em muitas ocasiões, seus questionamentos possuem um forte viés acusatório. É o chamado viés confirmatório (*confirmation bias*) (Bruck; Ceci, 1999 *apud* Kagueiama, 2021, p. 132), no qual o entrevistador já possui uma tese consolidada, ou no sentido da culpa, ou no sentido da absolvição, bem como em relação a ocorrência ou não de um determinado fato.

Logo, todos os seus atos são direcionados para confirmar essa tese e se fecham os olhos para argumentos que a confrontam, fenômeno esse denominado visão de túnel (*tunnel vision*). É comum ainda, que o entrevistador demonstre sua posição, no sentido de concordar ou discordar com o relato da testemunha, através de “acenos, sorrisos ou feições” (Kagueiama, 2021, p. 141).

As perguntas sugestivas (*leading questions*), ora “perguntas que dirigem as respostas da testemunha, levando-a a responder de acordo com a expectativa ou viés sustentado pela autoridade” (Ramos, 2018, p. 222), podem ser feitas inconsciente ou conscientemente tanto pelo juiz, delegado de polícia ou promotor de justiça e, ao lado da sua posição de “poder”, conhecimento e domínio dos fatos, induz a testemunha a depositar uma confiança e muitas vezes, alterar a sua narrativa por acreditar que pode ter cometido um equívoco. Nesse cenário, aliado à uma postura incisiva e agressiva do entrevistador, o inquirido pode vir a ter medo de discordar da versão narrada por aquele, vindo a concordar com o viés ou sugestões do entrevistador (*acquiescence bias*) (Sousa, 2016 *apud* Kagueiama, 2021, p. 134).

Em relação às perguntas formuladas, elas podem ser classificadas em abertas ou fechadas. As perguntas abertas admitem que a testemunha narre livremente o evento, permitindo uma ampla margem de respostas, reduzindo, consequentemente, as chances de que o entrevistador conduza a narrativa através da sugestionabilidade. Imagine que um indivíduo foi vítima de um roubo no dia anterior e, no dia seguinte, ao se dirigir à delegacia, o entrevistador inicie o interrogatório com perguntas como: “conte o que lembra desse dia?” ou ainda, “como ocorreu o roubo?”.

As perguntas fechadas, por sua vez, limitam o campo de baliza da resposta, quando não trazem novas informações para a testemunha. Suponha que o indivíduo foi vítima de um roubo à mão armada, em uma madrugada chuvosa e em uma rua escura, porém, não conseguiu visualizar se o objeto era uma arma de fogo ou uma faca. Ao se dirigir à delegacia, durante o

interrogatório, o entrevistador faz as seguintes perguntas: “a arma era um revólver na cor metalizada?” (perguntas de sim/não), “a arma era um revólver ou uma metralhadora” (perguntas de múltipla escolha/alternativa), “o roubador estava com que trajes?” (perguntas descritivas sobre tempo, pessoas, situações ou objetos) (Sousa, 2016 *apud* Kagueiama, 2021, p. 134).

Conforme elucida Luis Felipe Pires de Sousa (2016 *apud* Kagueiama, 2021, p. 134), as perguntas fechadas são terreno fértil para a sugestibilidade, na medida em que convergem a narrativa da testemunha para se adequar à vontade do entrevistador e ainda, induzem aquela a responder dentro do indicado, especialmente nas perguntas de sim/não, mesmo que o fato observado não se encaixe nas hipóteses, bem como possuem um alto potencial de contaminação da memória. Pesquisas empíricas demonstram que o mero fato de perguntas de sim/não já conterem uma resposta, transmite uma carga à testemunha que se vê obrigada a responder “sim” ou “não”, ao invés de uma outra resposta ou, simplesmente, “não sei” (Waterman *et al.* 2001 *apud* Kagueiama, 2021, p. 136).

Não bastante, a escolha do vocabulário, que em um primeiro olhar parece ingênua e irrelevante, na verdade, tem o poder de influir na forma de condução da entrevista e da resposta da testemunha, de modo que esta pode narrar sua versão buscando combiná-la com a que crê ser a certa, conforme sugestões do entrevistador. Ao lado dos elementos de sugestibilidade interrogativa, destaca-se a repetição de perguntas “em uma mesma inquirição ou em inquirições diferentes, ou a formulação de uma pergunta confirmatória após a resposta” (Kagueiama, 2021, p. 138-139), como por exemplo “você tem certeza de que isso realmente aconteceu desse jeito?”.

Essas repetições, consciente ou inconscientemente, reduzem o grau de certeza que a testemunha tem acerca do que conta, aumentando a sua insegurança, o que pode levar a alterar sua versão no sentido de conformá-la com a do entrevistador, através das pistas que este oferece, o que, por fim, altera a memória, distorcendo-a, acrescentando elementos novos e omitindo outros.

Os *feedbacks*, por fim, são caracterizados como “um sinal comunicado pela autoridade entrevistadora à testemunha, após essa responder a uma pergunta ou a uma série de perguntas, cuja finalidade é a de reforçar ou modificar subsequentes respostas da testemunha” (Clark; Gudjonsson, 1986 *apud* Kagueiama, 2021, p. 140). Eles podem ser positivos ou negativos, variando conforme a convergência ou não das respostas da testemunha em relação àquilo que o entrevistador espera: os positivos implícitos são materializados em elogios e gentilezas, sendo que os explícitos podem ser cumprimentos e estímulos expressos, como por exemplo

“exatamente”, ou ainda, “você está indo bem” (Clark; Gudjonsson, 1986 *apud* Kagueiama, 2021, p. 140).

Os *feedbacks* negativos, por sua vez, são implícitos quando são transmitidos por gestos, balançar de cabeça ou repetição de pergunta, e os explícitos se materializam quando o entrevistador informa à testemunha que ela pode estar mentindo ou cometendo um equívoco, demonstrando a desaprovação do entrevistador (Clark; Gudjonsson, 1986 *apud* Kagueiama, 2021, p. 140). Um experimento conduzido com 2400 participantes concluiu que o efeito de confirmar o reconhecimento com “bom, você identificou o suspeito” foi relevante no resultado (Douglass; Steblay, 2006).

Em vista do exposto, nota-se que a prova dependente da memória não é capaz de refletir de forma fiel os fatos, tal como ocorreram e, devido aos fatores de contaminação, ela se torna um meio débil de produzir provas em um processo penal. A cada fase de estruturação da memória, vale dizer, aquisição, retenção e recuperação, observa-se que a formação e posteriormente, a evocação da memória não caminham junto, em muitos casos, com a realidade do evento. É necessário, dessa forma, uma análise crítica desse meio de prova, quanto à sua possibilidade de contaminação, bem como buscar minimizá-los.

Ainda no contexto de fatores que são aptos a contaminar e modificar a memória, destacam-se as chamadas variáveis. Gary L. Wells (1978, p. 1546-1557), psicólogo e um dos pioneiros no estudo e pesquisa sobre a memória da testemunha, em sua obra intitulada “*Applied eyewitness-testimony research: System variables and estimator variables*”, propõe uma distinção entre duas variáveis a serem analisadas no depoimento testemunhal: as variáveis do sistema (*system-variable – SV*) e as variáveis de estimação (*estimator-variable – EV*).

As variáveis do sistema dizem respeito a variáveis que são manipuláveis em processos criminais, como por exemplo a estrutura de um procedimento de reconhecimento em *line-up*. O estudo dessas variáveis busca reduzir as imprecisões das testemunhas durante o relato e no reconhecimento. Variáveis de estimação, por sua vez, não podem ser controladas pelo sistema, por isso, são estimadas, como por exemplo, as características da testemunha. Assim, somente podem ser utilizadas para argumentar ou para desacreditar a testemunha.

Wells trouxe essas premissas a partir do paradigmático caso “*Neil v. Biggers*” (409 US 188, 1972) e ainda, no caso “*Manson v. Braithwaite*” (432 U.S. 98, 1977). No primeiro caso, Mr. Biggers foi condenado por supostamente ter, à noite, levado uma mulher para uma floresta deserta e a estuprado por aproximadamente meia hora. A vítima inclusive, chegou a narrar que

“a lua estava brilhando forte, uma lua cheia”². Ainda em depoimento, ela forneceu uma descrição genérica do abusador: “gordo, flácido, com pele lisa, cabelo peludo e uma voz jovem” e, posteriormente acrescentou que seu agressor teria entre 16 e 18 anos de idade, 1,80 de altura e entre 81 e 90 kg.

A polícia mostrou então um álbum de fotografias, porém, a vítima não conseguiu identificar o suspeito dentre as fotos. Durante os 7 meses que sucederam o dia do ocorrido, a vítima passou por vários procedimentos de reconhecimento, tanto *line-ups*, quanto *show-ups*, sendo apresentadas entre 30 e 40 fotos. Após esses 7 meses, a polícia apresentou, pessoalmente à vítima, Mr. Biggers, que estava detido por outra ocorrência, e, inclusive, ao suspeito foi dito que repetisse a frase que o agressor disse no momento do crime (“silêncio ou eu mato vocês”).

Mr. Biggers foi condenado somente com base nesse reconhecimento, embora a vítima, em nenhum momento, tivesse afirmado certeza quanto à culpa do suspeito.³ A defesa apelou contra a decisão sucessivamente, até que o caso chegou à Suprema Corte dos Estados Unidos, que reconheceu a sugestionabilidade do procedimento (o *show-up* como meio de alta sugestionabilidade já tinha sido questionado no caso “*Stovall v Denno*” 388 US 293 de 1967), porém, sustentou que o procedimento era confiável. Diante desse e outros casos, foi estabelecido nos EUA critérios a serem seguidos, com o intuito de analisar a confiabilidade ou não de um procedimento de reconhecimento de pessoas, sendo eles os seguintes:

(i) oportunidade da vítima de ver o criminoso durante o crime; (ii) o grau de atenção da vítima; (iii) a acurácia da descrição prévia do criminoso feita pela vítima; (iv) o grau de certeza demonstrada pela vítima quando confrontada; (v) o tempo decorrido entre o crime e a condução do reconhecimento” (Wells *et al.* 1998, 603-647, tradução própria)⁴.

Isto posto, o reconhecimento equivocado pode ser motivado tanto por fatores relacionados ao delito, bem como as próprias limitações inerentes à memória humana (variáveis

² “When the victim screamed, her 12-year-old daughter came out of her bedroom and also began to scream. The assailant directed the victim to **“tell her [the daughter] to shut up, or I’ll kill you both.”** She did so, and was then walked at knifepoint about two blocks along a railroad track, taken into a woods, and raped there. She testified that “the moon was shining brightly, full moon.” After the rape, the assailant ran off, and she returned home, the whole incident having taken between 15 minutes and half an hour.”

³ “She then gave the police what the Federal District Court characterized as **“only a very general description,”** describing him as **“being fat and flabby with smooth skin, bushy hair and a youthful voice.”** Additionally, though not mentioned by the District Court, she testified at the habeas corpus hearing that she had described her assailant as being between **16 and 18 years old and between five feet ten inches and six feet tall, as weighing between 180 and 200 pounds, and as having a dark brown complexion.”**

⁴ Cf: The Court in Biggers and Braithwaite stressed five criteria: (a) the opportunity of the eyewitness to view the offender at the time of the crime, (b) the witness’s degree of attention, (c) the accuracy of the witness’s prior description of the offender, (d) the level of certainty displayed by the witness at the identification procedure, and (e) the length of time between the crime and the identification procedure.

de estimação), quanto pelos fatores que dizem respeito aos procedimentos e a sua forma de condução no sistema de justiça criminal (variáveis do sistema) (Wells *et al.*, 1998, 603-647).

A confiabilidade do reconhecimento de pessoa como meio de prova, depende principalmente do procedimento utilizado, de como foi conduzido e de que modo a resposta foi obtida. Há uma multiplicidade de variáveis, tanto de estimação, quanto do sistema, que atuam nas fases de formação da memória (aquisição, retenção e recuperação).

Assim, tendo que o reconhecimento é um meio com baixa confiabilidade e, com base nos avanços da Psicologia do Testemunho ao longo dos anos, é possível estabelecer parâmetros de segurança para um procedimento de reconhecimento justo e adequado às novas premissas científicas do funcionamento da memória.

Adentrando nos pormenores das variáveis, para melhor distinguir as de estimação em relação das do sistema, tem-se que, inicialmente, que as informações armazenadas pela memória não são estáticas tal qual uma gravação original que é armazenada em um arquivo, que pode ser transmitida e retransmitida inúmeras vezes, salvo se sofrer interferências ou modificações.

As informações recordadas geralmente são aquelas ao qual o indivíduo direcionou a sua atenção durante o evento e, é nesse momento que as variáveis de estimação influem na memória (Cecconello; Stein, 2020, p. 174).

Assim, as variáveis de estimação são elementos que afetam a qualidade do evento recordado pela memória e não estão sob o controle do sistema de justiça, na medida que variam de acordo com a individualidade e subjetividade da vítima ou testemunha.

Elas se dividem em fatores do crime, como condições de percepção, efeito foco na arma, o tempo de exposição, a familiaridade, circunstâncias que causaram impacto, o número de autores do delito, bem como abrangem os fatores pessoais de quem vivenciou o evento e que, posteriormente, irá reconhecer o autor, como condições psicológicas, idade, raça, gênero e crenças (Cecconello; Stein, 2020, p. 174).

É evidente, dessa forma, que as variáveis de estimação, uma vez que não estão sob o controle do sistema, independem dos esforços das autoridades, como policiais ou juízes. Porém, elas devem ser conhecidas para que, caso a caso, sejam elencadas, verificadas e mensuradas, a fim de constar o seu grau de incidência e influência no evento e, posteriormente, no reconhecimento de pessoas (Matida; 2020).

O sistema não consegue controlar se o delito ocorreu de noite ou pela manhã, se o autor portava uma arma ou não e se eram vários os autores. Do mesmo modo, não consegue evitar

que o decurso do tempo contribua para o esquecimento, muito menos que, na fase de recuperação, elementos sejam adicionados, alterando as percepções do evento original.

Um estudo realizado em 2017 (Einsen *et al.*, 2017 *apud* Cecconello, Stein; 2020, p. 175):

[...] em que as testemunhas assistiam à um crime encenado e posteriormente ouviam outra testemunha dizer que o assaltante tinha uma tatuagem no pescoço (quando na verdade não tinha), uma semana após o crime, 34% das testemunhas reconheceram corretamente o assaltante enquanto 43.8% reconheceram um suspeito inocente que possuía tatuagem no pescoço.

Assim, uma vez que a memória é contaminada, o indivíduo não mais consegue distinguir memória verdadeira da falsa (Bernstein; Loftus, 2009; Schacter; Loftus, 2013 *apud* Cecconello; Stein, 2020, p. 175).

De igual modo, a resposta da testemunha é igualmente importante ao modo como foi obtida (Cecconello; Stein, 2020, p. 176), vez que o complexo processo de formação e consolidação da memória pode alterar a prova obtida mediante depoimento testemunhal. Ao contrário das variáveis de estimação, as variáveis do sistema são justamente influenciadas pelos atores do sistema de justiça.

As variáveis do sistema, então, podem ser caracterizadas por: apresentação de fotografia do suspeito por WhatsApp, oferecimento de feedbacks positivos ou negativos, forma de condução do procedimento de reconhecimento (*show-up*, *line-up* ou álbum de suspeitos), repetição do procedimento e sugestionabilidade por parte de quem o conduz (Matida; 2020).

Nesse sentido, se observa a ocorrência da chamada eclipse verbal (*overshadowing effect*), quando o suspeito ainda não foi localizado e solicita-se à testemunha que se dirija à delegacia e descreva o suposto autor do delito.

Contudo, estudos experimentais concluíram que, “se comparado a indivíduos que não descreveram, indivíduos solicitados a descrever o rosto do criminoso apresentam menor probabilidade de reconhecer corretamente o suspeito” (Meissner; Brigham, 2001; Meissner; Sporer; Susa, 2008 *apud* Cecconello; Stein, 2020, p. 176).

Isso se deve ao fato de que, ao descrever o rosto do suspeito, a testemunha pode alterar a representação mental que tem em sua memória, essa é uma das razões pelas quais as perguntas fechadas devem ser evitadas, dado seu alto potencial contaminador de relatos (Murphy; Greene, 2016; Oxburgh; Myklebust; Grant, 2010 *apud* Cecconello; Stein, 2020, p. 176).

A frase “a primeira impressão é a que fica” traduz um pouco do que é o reconhecimento de pessoas, pois, “ao olhar a face de uma pessoa, o cérebro leva menos de um segundo para formar uma primeira impressão” (Freeman; Penner; Saperstein; Scheutz; Ambady, 2011; Todorov, 2012; Willis; Todorov, 2006 *apud* Cecconello; Stein, 2020, p. 176).

Então, se o indivíduo for apresentado algemado, com roupas de um detento, há uma maior probabilidade que a testemunha o “reconheça” como sendo o autor do delito (Wells; Seelau, 1995), porque reconhecerá o réu e não o suspeito (Davis; Valentine, 2009; Watkin, 2003; Dysart; Lindsay; Dupuis, 2006; Colloff; Wade; Strange, 2016 *apud* Cecconello; Stein, 2020, p. 176).

Adentrando na questão das falsas memórias, conceitualmente, ela é considerada o fenômeno em que o indivíduo se recorda de um evento que, na verdade, nunca ocorreu, ou ainda, que ocorreu, porém, de forma parcial (Kagueiama, 2021, p. 112) e é nessa caracterização que se faz a distinção com as memórias verdadeiras.

Segundo Elizabeth Loftus (1998), novas informações invadem o indivíduo tal como um Cavalo de Troia, especialmente porque não é possível perceber o seu alto potencial de influenciar, como ela afirma: “a ideia mais assustadora é que aquilo em que nós acreditamos com todo nosso coração pode não ser necessariamente a verdade” (Neimark, 1996 *apud* Stein, 2010, p. 21).

Ao se recordar de uma memória falsa, o próprio cérebro não é capaz de distinguir a memória real do evento daquilo que é falso (Bernstein; Loftus, 2009 *apud* Stein; Ávila, 2015, p. 23). Inclusive, a testemunha pode chorar, se emocionar ou até mesmo desmaiar ao se recordar de uma memória falsa (Stein; Ávila, 2015, p. 23), devido ao seu potencial de alto detalhe, inclusive se comparado às memórias verdadeiras.

As falsas memórias são formadas, tanto por conta da influência externa, quanto interna, entre a fase de codificação da memória e até a fase de evocação da lembrança (Kagueiama, 2021, p. 112), ora os períodos mais propensos à formação das falsas memórias, em razão da maior maleabilidade da memória às contaminações nessas fases.

Elas são divididas em “espontâneas e sugestivas: as falsas memórias espontâneas são criadas por processos internos do próprio sujeito” (Kagueiama, 2021, p. 112), como confusão ou interpretação equivocada (Kagueiama, 2021, p. 113).

Elas também são denominadas auto sugeridas, pois ocorrem em decorrência do próprio funcionamento da memória, sem que algum agente externo interfira (Stein, 2010, p. 25). À

título de exemplificação, em um roubo, a vítima pode vir a afirmar que viu o rosto do suspeito, quando na verdade, ela não pôde ver pois ele estava encapuzado.

À medida em que a “força do traço” se esvai com o decurso do tempo (Kagueiama, 2021, p. 113), as lacunas passam a ser completadas com informações que a testemunha obtém posteriormente, hipótese em que por estereótipos, pode incorporar “senso comuns”, como por exemplo, “todo roubo é cometido com uma arma de fogo, logo, também fui assaltada com uma arma de fogo”. Assim, a inferência ou interpretação é incorporada como parte da memória referente ao evento original (Stein, 2010, p. 25).

As falsas memórias sugestivas ou sugeridas, por sua vez, se formam com base na sugestionabilidade do meio externo, influenciando na consolidação da memória, como por exemplo, uma “informação falsa inadvertidamente incluída em um questionamento em juízo, ou comentada por outra testemunha” (Stein, 2010 *apud* Stein, 2010, p. 25).

Ou ainda “devido à aceitação de uma falsa informação posterior ao evento ocorrido e a subsequente incorporação na memória original” (Loftus, 2004 *apud* Stein, 2010, p. 26), caracterizando o efeito da sugestão de falsa informação.

Comumente, quando jornais noticiam um delito, surgem novos elementos aos quais a vítima ou testemunha não tinha contato e, ao incorporá-la à memória, ela passa a lembrar de determinado fato como verídico, é o chamado “efeito da falsa informação” (Loftus, 2003 *apud* Kagueiama, 2021, p. 114).

O efeito da falsa informação pode ser apresentada tanto deliberadamente, no qual o emissor tem a intenção de fixar uma memória falsa ou fatos falsos à uma memória verdadeira (Kagueiama, 2021, p. 114), quando por exemplo, a vítima está sendo interrogada e o investigador pergunta: “mas você tem certeza de que o suspeito não tinha uma barba longa?”, ou ainda de forma involuntária (acidental).

Seres humanos são especializados em reconhecer rostos familiares, ao passo que faces vistas apenas uma vez, são propensas a serem equivocadamente reconhecidas (Bruce; Young, 2012 *apud* Kagueiama, 2021, p. 114) e, quando uma informação é corroborada por outra pessoa, a tendência é de uma maior consolidação e fixação da falsa memória (Loftus, 1997 *apud* Kagueiama, 2021, p. 115).

Nesse contexto, o chamado efeito da sugestionabilidade na memória é definido como:

[...] uma aceitação e subsequente **incorporação na memória de falsa informação posterior a ocorrência do evento original**. Essa definição implica alguns pressupostos quanto à sugestão, tais como: a não consciência do processo, bem como

o fato de ela ser resultado de uma informação apresentada posteriormente ao evento em questão (Gudjonson, 1986 *apud* Stein, 2010, p. 26) (grifos próprios).

Relevante pontuar que as falsas memórias não são sinônimos de mentiras: naquela, o indivíduo acredita piamente que viveu o evento tal como se recorda. Nesta, o indivíduo dolosamente distorce a narrativa do evento, tendo a plena consciência que está mentindo.

Ademais, ao contrário das falsas memórias, que ocorrem por falhas e contaminação no processo da memória, as mentiras não são resultado de equívocos (VRIJ, 2008 *apud* Stein; Ávila, 2015, p. 23). As mentiras se opõem também aos chamados erros honestos, hipótese esta em que a testemunha não tem a intenção de mentir e ainda, acredita que o seu depoimento está correto pois corresponde ao que de fato vivenciou.

Porém, como exposto, diante da ocorrência das falsas memórias, involuntariamente, o indivíduo pode ter a memória contaminada, não sendo mais capaz de distinguir informações originais das informações obtidas pós-evento. Nesse sentido, ainda que a testemunha não tenha mentido ou possua motivos para tal, não significa que o depoimento seja verídico.

Na esfera de estudo, há quatro teorias proeminentes que visam elucidar o fenômeno das falsas memórias: a Teoria Construtivista, a Teoria dos Esquemas, a Teoria do Monitoramento da Fonte e a Teoria do Traço Difuso.

A Teoria Construtivista, derivada do Paradigma Construtivista, parte da premissa que a memória é um sistema único, formado pela “compreensão, interpretações e inferências da pessoa sobre os eventos percebidos e não pela lembrança do evento em si” (Kagueiama, 2021, p. 116).

A memória então é o resultado de um processo, com a apreensão do significado e não da experiência em si, o que varia de indivíduo para indivíduo (Bransford; Franks, 1971 *apud* Stein, 2010, p. 27).

Desse modo, a memória, é na verdade, uma sobreposição de novos fatos e elementos em relação aos antigos, alterando-os e dando origem à falsa memória (Brust; Neufeld; Stein, 2010 *apud* Stein, 2010, p. 27). Ainda sob a análise dessa teoria, a essência da memória é conservada, ao passo que os detalhes são perdidos (Brust; Neufeld; Stein, 2010 *apud* Stein, 2010, p. 27).

A crítica, porém, segue no sentido que a teoria é equivocada quando prevê a noção de “memória única”, pois a memória episódica (do evento) e a memória como produto da interpretação sobre o evento divergem da memória semântica (Kagueiama, 2021, p. 117), o que pode gerar uma falsa memória.

Ademais, a despeito da teoria sustentar que somente o significado da experiência é armazenado, sem as informações específicas, estudos posteriores afirmam que a informação tal como foi exatamente apreendida pode não ser memorizada da mesma forma, sendo assim esquecida ou mantida na memória e recuperada posteriormente.

A Teoria dos Esquemas, por sua vez, entende a memória como esquemas mentais, os quais “reúnem conceitos gerais sobre o que esperar em cada situação” (Barlett, 1932; Pozo, 1998 *apud* Stein, 2010, p. 29). As falsas memórias, para essa teoria, são “resultado do processo de compreensão de uma nova informação, conforme os esquemas mentais pré-existentes em cada indivíduo” (Stein, 2010, p. 28).

A principal crítica é que a teoria se baseia em uma visão única de memória, isto é, “tanto as informações verdadeiras como as falsas têm a mesma base representativa e, portanto, seriam armazenadas e recuperadas como uma única informação” (Reyna; Lloyd, 1997 *apud* Stein, 2010, p. 28). Firma, assim, o entendimento que todas as memórias são entendimentos e interpretações derivadas de informações específicas do evento, visto que estas não existem mais. Estudos posteriores contestaram essa teoria com resultados de que as informações literais e as derivadas de interpretações foram recuperadas isoladamente.

A Teoria do Monitoramento da Fonte, no que lhe diz respeito, entende o fenômeno como “resultados de uma má-distribuição ou confusão entre fontes de informação” (Reyna; Lloyd, 1997 *apud* Stein, 2010, p. 28), sendo que esta última se refere à pessoa, local ou situação em que a informação foi introduzida, e, a sua identificação depende de “um monitoramento da realidade vivenciada” (Brust; Neufeld; Stein, 2010 *apud* Stein, 2010, p. 28).

Em vista do exposto, as falhas nesse processo de monitoramento desencadeariam uma confusão ou erro em relação às fontes de informação, de modo que o indivíduo não mais tem a capacidade de diferenciar a fonte de informação original dos produtos que dela surgem, tanto interferências externas, quanto internas (Kagueiama, 2021, p. 117).

Com base nessa teoria, as falsas memórias são oriundas de “erros de julgamento acerca da fonte de informação e não de distorções de memória” (Brust; Neufeld; Stein, 2010 *apud* Kagueiama, 2021, p. 117), o que exclui os erros por familiaridade, por exemplo, quando “um sujeito reconhece como já vista uma palavra nova, apenas pelo fato de tê-la associado com outras palavras semelhantes apresentadas anteriormente” (Huang, 2009 *apud* Kagueiama, 2021, p. 117).

As críticas à essa teoria são as seguintes: (i) a ideia do “monitoramento da fonte como um processo de julgamento que envolve a avaliação de características da informação e não uma

distorção da memória” (Brainerd; Reyna, 2005 *apud* Stein, 2010, p. 32); e a (ii) interpretação da “memória como dependente da fonte”, posto que resposta sobre a “fonte real ou imaginária da informação” se originam de um “único julgamento de memória” (Brainerd; Reyna, 2005 *apud* Stein, 2010, p. 32).

A Teoria do Traço Difuso, por sua vez, entende que a memória atua com base em dois sistemas diversos: a memória literal (*verbatim representation*) e a memória de essência (*gist representation*) (Kagueiama, 2021, p. 118) e, assim, as duas formas de memória são formadas a partir do mesmo evento, seus procedimentos porém, divergem (Brust; Neufeld; Stein, 2010 *apud* Kagueiama, 2021, p. 118), posto que são processadas paralela e independentemente. Assim:

Segundo essa Teoria, as pessoas armazenam separadamente representações literais e de essência de uma mesma experiência, **as literais capturam os detalhes específicos e superficiais** (p. ex., “bebeu um guaraná”, “comeu um hambúrguer com queijo”), e as de **essência registram a compreensão do significado da experiência**, que pode variar em nível de generalidade (p. ex., “bebeu um refrigerante”, “comeu um sanduíche”; “comeu um lanche”) (Stein, 2010, p. 33-34) (grifos próprios).

Os detalhes específicos e rasos são processados e armazenados pela memória literal, ao passo que a interpretação e compreensão dos significados dos momentos são geridos pela memória de essência (Brust; Neufeld; Stein, 2010 *apud* Kagueiama, 2021, p. 118).

A recuperação dessas memórias é igualmente diferente, dado que as pistas permitem a recuperação das memórias de traços literais, como por exemplo a “menção de itens integrantes da experiência vivida”, ao passo que a menção a itens associados, que não fazem parte da experiência vivida, viabilizam a recuperação da memória de essência (Kagueiama, 2021, p. 118).

A memória literal tem seu traço esvaído mais rápido se comparado com a memória de essência, de maneira que, quanto mais o tempo decorre, menos se consegue acessar seus traços (Brainerd; Reyna, 2002 *apud* Kagueiama, 2021, p. 118). Nesse contexto, as falsas memórias ocorrem quando “são evocados traços de memória de essência, em detrimento de traços de memória literais” (Reyna; Lloyd, 1997 *apud* Kagueiama, 2021, p. 118), os quais são primordiais para a lembrança do evento.

A evocação ocorre pelo fornecimento de pistas que auxiliam na recuperação da memória, pois os traços literais ou foram esquecidos, estão no processo de esquecimento ou ainda, são de difícil acesso.

Assim, a recuperação da memória de essência, quando contém lacunas acerca dos detalhes do evento, abrem portas para a incorporação de fatos que não ocorreram, pela mera similaridade, familiaridade ou plausibilidade (Brust; Neufeld; Stein, 2010 *apud* Kagueiama, 2021, p. 119).

As falsas memórias podem ser formadas também pela “interferência de uma falsa informação na recuperação dos traços literais ou pela evocação de memórias de um contexto equivocado” (Kagueiama, 2021, p. 119). Elas são proporcionalmente exacerbadas à medida em que aumenta o tempo entre o evento original e as interferências pós-evento, porquanto os detalhes específicos se dissiparam e da tendência maior a incorporar as informações posteriores (Brust; Neufeld; Stein, 2010 *apud* Kagueiama, 2021, p. 119).

As críticas à Teoria do Traço Difuso são as seguintes: (i) dificuldade de avaliação dos casos em que as falsas memórias são produto de “processos mais abstratos e reflexivos que seria explicadas pelo caráter difuso do traço de essência”; (ii) pouca análise em relação aos “erros subjacentes à confusão de memória para detalhes superficiais de duas fontes de informação”; e ainda (iii) “discussão da divisão da memória em traços (há estudos que analisaram a recuperação de detalhes perceptuais duradouros)” (Stein, 2010, p. 38).

É relevante destacar o papel da mídia na formação das falsas memórias, bem como das redes sociais, na medida em que elas viabilizam o compartilhamento de fatos, notícias, opiniões e comentários, que tem o potencial de contaminar a memória, especialmente na fase de retenção (Kagueiama, 2021, p. 120), na qual a lembrança ainda não está consolidada e é passível de modificações.

Não raro, nos noticiários e mídias sociais, circulam fotografias do suspeito, além do fato de que as testemunhas se contatam entre si, incorporando novos elementos à memória e, posteriormente, ao depoimento e reconhecimento.

Quando a mídia noticia um evento, é normal que se parta do seguinte pressuposto: “se a informação está sendo divulgada, é porque ela é verídica”, o que cria um cenário de persuasão da testemunha se comparado à outras fontes (Loftus; Banaji, 1989 *apud* Kagueiama, 2021, p. 120).

Não bastante, a transmissão da mesma informação ou notícia inúmeras vezes em reportagens televisivas, especialmente nos programas policiais criam as memórias vívidas e intensas (*flashbulb memories*), em que a testemunha narra o fato, com detalhes que não necessariamente correspondem à realidade tal como ocorreu ou foi apreendida no momento (Loftus; Banaji, 1989 *apud* Kagueiama, 2021, p. 121).

2. MÉTODOS DE RECONHECIMENTO

Quando ocorre um crime, especialmente quando não há vestígios ou outros meios de produção de provas, o reconhecimento de pessoas, “pela vítima ou testemunha, pode ser um fator determinante se o criminoso for identificado, preso ou condenado” (Lindsay *et al.*, 2007 *apud* Stein; Ávila, 2015, p. 27).

Ao ser chamada para o reconhecimento, a vítima ou testemunha irá buscar em sua memória, as lembranças do evento e as características que conseguiu apreender no momento e assim, “com base nesta memória resgatada, deverá compará-la com cada um dos integrantes do alinhamento, verificando algum deles são compatíveis, ou seja, se a memória do assaltante na hora do assalto é a mesma de algum daqueles alinhados” (Eysenck, 2011b *apud* Stein; Ávila, 2015, p. 27).

O procedimento de reconhecimento pode ser conduzido de três maneiras: simultâneo, sequencial ou exibição unipessoal (*show-up*). É necessário, porém, destacar que a Psicologia também analisa o processo humano na tomada de decisão (Lampinem; Neushatz; Cling, 2012), em face do fato de que, ao estar diante de diversos indivíduos em um alinhamento, a testemunha realiza processos de julgamento, com uma estratégia relativa ou absoluta.

A estratégia absoluta diz respeito à hipótese em que a testemunha decide acerca da culpa ou inocência com base em um critério fixo, isto é, não se firma se um dos sujeitos que compõem o alinhamento é “mais” ou “menos” semelhante à descrição original do suspeito, mas sim, se “é” ou “não é”.

Em contrapartida, em uma estratégia relativa, a testemunha compara um por um dos sujeitos do alinhamento para que possa assim concluir qual deles mais se parece com o suspeito, o que é um terreno fértil para reconhecimentos falsos posto que a testemunha buscará achar alguém para encaixar na imagem da memória que possui sobre o suposto autor do delito (Wells; Wixted, 2017).

Reconhecimentos equivocados de suspeitos pelas testemunhas oculares contribuíram para cerca de 69% das 375 condenações errôneas nos Estados Unidos, anuladas por provas de DNA pós-convicção, segundo dados do Innocence Project dos EUA (CNJ, 2022c, p. 155). Logo, em vista da necessidade de diminuir as chances de erros judiciários (Mcgrath; Turvey, 2014 *apud* Stein; Ávila, 2015, p. 28), há pesquisas e estudos atuais que buscam caminhos para um reconhecimento justo (Lindsay *et al.*, 2007; Sporer; Malpass; Koehnken, 2014 *apud* Stein; Ávila, 2015, p. 28), as quais serão abordadas mais à frente.

2.1 Álbum de Suspeitos

Na fase investigativa, composta pelos inquéritos policiais (IPs), é comum nos reconhecimentos de pessoa realizados na Delegacia de Polícia, que seja apresentado um álbum fotográfico à vítima ou testemunha, contendo fotos de pessoas, majoritariamente, sem parâmetros, conforme destacam Stein e Ávila (2015, p. 53):

[...] O emprego de álbum de fotos é uma prática típica da Polícia Civil para o reconhecimento por parte de testemunhas e vítimas: o álbum com **dezenas ou até mais de uma centena de fotos** é entregue para vítima e/ou testemunha folhar até que encontre o suspeito. Via de regra, inexistem **preocupações em relação à atualidade das fotos ou uma loja de dados digitalizado**. O problema do uso desse tipo de prática com álbum de fotos é o **risco de levar a falsos reconhecimentos, devido à falta de controle em relação às características das pessoas nas fotos, o número muito elevado de fotos e ainda a carência de instruções adequadas para a aplicação do procedimento** (grifos próprios).

Estudos recentes buscam instituir os seguintes critérios:

[...] inclusão dessas fotografias, qualidade delas, testagem empírica de quão equilibrado e não enviesado está o conjunto de fotos selecionado (teste de *fairness*), além das instruções específicas que devem ser dadas à testemunha por alguém que não possui informações sobre a identidade do suspeito (duplo cego)” (Stein e Ávila, 2015, p. 53).

É notável assim, que as fotografias apresentadas não necessariamente correspondem à descrição apresentada pela vítima ou testemunha, pois o que unem os suspeitos é a semelhança dos crimes cometidos.

Ao mesmo tempo que apresentar um único rosto pode ser danoso para o procedimento de reconhecimento e para a memória, apresentar muitas fotos ao mesmo tempo é igualmente prejudicial, posto que “os processos cognitivos ficam sobrecarregados, devido às múltiplas comparações que devem ser feitas, e a capacidade de reconhecer corretamente o criminoso é dificultada” (Leach; Cutler; Van Wallendael, 2009; Mcallister; Stewart; Loveland, 2003 *apud* Cecconello, Stein; 2020, p. 177).

Ademais disso, a testemunha parte do pressuposto de que, se o sujeito está no álbum, é porque algum crime ele já deve ter cometido, e assim, consciente ou inconscientemente, tem maior propensão a necessariamente reconhecer o suspeito, inclusive um inocente, dentre aqueles que lhe foram apresentados (Osborne; Davies, 2014 *apud* Cecconello; Stein; 2020, p. 177).

2.2 Identificação Criminal

A identificação criminal é regrada pela lei 12.037/2009, a qual traz que o processo de identificação criminal inclui a identificação datiloscópica, fotográfica e a tipagem de perfil genético (essa última acrescentada pela lei 12.654/2012), sendo que, à nível constitucional, a lei é regida pelo artigo 5º, inciso LVIII (Constituição Federal de 1988).

Logo, a referida garantia constitucional não é absoluta, na medida em que admite exceções, desde que previamente dispostas em lei e observe a proporcionalidade, dado que a medida restringe o direito à intimidade (Badaró, 2021, p. 214), no caso, essas exceções constam no artigo 3º, da referida lei.

Em relação à aplicação da lei nº 12.037/2009, conciliando-a com a previsão do artigo 226 do CPP, Guilherme Madeira Dezem entende que a interpretação conjunta de ambos os dispositivos justifica que o reconhecimento fotográfico seja reconhecido como meio de prova atípica ao invés de irritual, na medida em que o artigo 3º traz limitações para o uso de fotografia, de modo que só será admitida nos seguintes casos:

Desta forma, somente será admissível a utilização do reconhecimento fotográfico nas seguintes hipóteses: a) impossibilidade de reconhecimento pessoal; b) aplicação analógica do procedimento do art. 226 do CPP; c) observância das hipóteses de admissibilidade previstas na Lei 12.037/2009 (DEZEM, 2016, p. 252).

No tocante ao álbum de suspeitos mantidos nas Delegacias, há outro posicionamento de que não há regramento específico a fim de trazer uma formalização, o que vulnerabiliza o meio de prova, especialmente porque não há padronização de “qualidade e resolução da foto, tamanho da foto, ângulo retratado, ausência de expressões corporais da pessoa retratada”, abrindo margem para a precariedade do reconhecimento (Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 2022, p. 242).

Assim, não é válido que a manutenção de álbuns fotográficos seja fundamentado no argumento de discricionariedade policial, que não ilimitada, e acabe por violar princípios constitucionais fundamentais do acusado, especialmente quando há uso abusivo da imagem do suspeito, de forma que é obrigatória a motivação “para assegurar a garantia da ampla defesa e do contraditório prevista no art. 5º, LV, da CF/88. Assim, sempre que for indispensável para o exercício da ampla defesa e do contraditório, a motivação será constitucionalmente obrigatória” (Meirelles, 2016, p. 110).

2.3 Show-up

O procedimento de *show-up* trata da apresentação de apenas um suspeito para a testemunha e questionar se ele é ou não é o criminoso (Stein; Ávila, 2015 *apud* Cecconello; Stein, 2020, p. 177), o que na prática, equivale à um “teste de verdadeiro ou falso”, na medida em que a testemunha compara o rosto do suspeito apresentado na foto à sua representação mental e conclui se é a mesma pessoa ou não (Clark, 2012; Clark; Godfrey, 2009 *apud* Cecconello; Stein, 2020, p. 177).

O *show-up*, é assim, um procedimento não recomendável, diante do alto índice de sugestionabilidade e indução, pois, considerando as limitações da memória, além das variáveis de estimacão, um suspeito inocente pode ser “reconhecido” pelo mero fato de ser semelhante ao real autor do delito (Agricola, 2009; Eisen; Smith; Olaguez; Skerritt-Perta, 2017; Dekle, 2006; Fitzgerald; Price, 2015; Yarmey; Yarmey; Yarmey, 1996 *apud* Cecconello; Stein, 2020, p. 177).

Esse método de reconhecimento, muitas vezes, “é utilizado quando a polícia tem praticamente certeza de que a pessoa é culpada ou quando o suspeito for conhecido da testemunha” (Stein; Ávila, 2015, p. 28) ou ainda, quando o suspeito é preso em flagrante. Conforme concluem Stein e Ávila (2020):

Mesmo nestas condições, o suspeito deve ser apresentado à testemunha/vítima **fora de um contexto sugestivo** que seria, por exemplo, **aparecer dentro de uma viatura, ou estar algemado com policiais ao lado** (Identifying the Culprit, 2014). Já os especialistas (Lindsay *et al.*, 2007) são unânimes em **não recomendar a técnica de show-up**, em função do potencial bastante grande de **erro de reconhecimento** (Lawson; Dysart; 2014) (grifos próprios).

Assim, o *show-up* somente deve ser utilizado em ocasiões excepcionais, em que o suspeito deve ser apresentado imediatamente à testemunha, sob pena de desencadear falsas memórias.

Em regra, o “reconhecimento fotográfico, não deve ser realizado apenas com uma fotografia, mas sim preparado um conjunto com várias fotografias” (North Carolina Department of Justice, 2008; Massachusetts Major City Chiefs, 2010; Wisconsin, 2010; New York State Justice Task Force, 2011; Virginia Department of Criminal Justice Services, 2014 *apud* Cecconello; Stein, 2020, p. 177). Por fim, é recomendável que os indivíduos (alinhamento pessoal) ou fotos (alinhamento fotográfico) sejam apresentados à testemunha de forma sequencial, um/uma por vez, isto é, de forma separada.

2.4 Line-up (alinhamento)

O alinhamento justo, no cerne dos pressupostos para um reconhecimento justo, parte da hipótese que o suspeito seja apresentado juntamente com outros indivíduos sabidamente inocentes (*fillers*) (Wells, 1978; Wells *et al.*, 2020 *apud* Cecconello; Stein, 2020, p. 180), visando diminuir o risco dos falsos reconhecimentos e, caso um *filler* seja identificado como o autor do delito, o reconhecimento da testemunha ou vítima equivalerá a um não-reconhecimento. O alinhamento deve seguir dois outros princípios fundamentais:

(i) nenhum rosto que compõe o alinhamento deve se destacar em relação aos outros integrantes; e (ii) dentre os integrantes que compõem o alinhamento, os não-suspeitos, isto é, aqueles que são sabidamente inocentes, devem necessariamente atender às descrições do suspeito (Malpass *et al.*, 2007 *apud* Cecconello; Stein, 2020, p. 180).

Assim, uma forma de certificar se a composição do alinhamento é justa, seria por meio do Teste de Equidade (*fairness test*, Malpass; Lindsay, 1999 *apud* Cecconello; Stein, 2020, p. 180):

Solicita-se que indivíduos do mesmo grupo étnico do suspeito e que não saibam nada sobre o caso leiam individualmente as descrições dadas pelas testemunhas e identifiquem quais rostos do line-up são alternativas plausíveis. **Se algum dos rostos foi escolhido em maior frequência que os demais, significa que o alinhamento não está justo** (Malpass *et al.*, 2007 *apud* Cecconello; Stein, 2020, p. 180) (grifos próprios).

O alinhamento pode ser realizado de forma simultânea, hipótese em que o suspeito e não-suspeitos são apresentados à testemunha ao mesmo tempo, ou ainda, sequencialmente, em que é apresentado um rosto por vez à testemunha, e, ao final, se inquirir à ela qual é o suspeito. Nesse último caso, se a testemunha desejar olhar novamente uma foto, é necessário que todos sejam reapresentados. Ambos os métodos são comprovadamente eficazes para um reconhecimento justo, desde que obedeçam às premissas elencadas inicialmente.

Diante do exposto, a testemunha tem três alternativas: (i) reconhecer o suspeito como autor do delito; (ii) reconhecer um *filler* (indivíduo sabidamente inocente); ou (iii) não reconhecer ninguém. Wooten *et al.* (2020), em uma pesquisa experimental, analisou as hipóteses de alinhamento simultâneo com 3, 6, 9 e 12 fotos e foi constatado que para além de 3

membros compondo o alinhamento, não havia vantagens ou desvantagens, desde que todos possuam as mesmas características.

Contudo, recentemente, outras pesquisas comprovaram que “o *line-up* simultâneo resulta em um maior número de reconhecimentos corretos que o *line-up* sequencial, sem aumentar a probabilidade de um falso reconhecimento” (Clark, 2012; Wixted; Wells, 2017 *apud* Cecconello; Stein, 2020, p. 177), sob o fundamento de que a testemunha sentiria uma pressão de estar chegando ao fim do procedimento sem ter reconhecido ninguém e assim, apontar alguém, mesmo diante da dúvida. É recomendável que o suspeito seja apresentado com pelo menos 6 indivíduos sabidamente inocentes e no máximo 12 (Wells; Memon; Penrod, 2006 *apud* Cecconello; Stein, 2020, p. 177), ou ainda, na inviabilidade de ser apresentado com 6, que seja apresentado com outros 5 indivíduos que não são suspeitos (Matida; Cecconello, 2021).

Em síntese, tomando como ponto de partida as pesquisas realizadas, defende-se aqui o posicionamento de que o procedimento justo deve ser realizado com no mínimo 5 indivíduos, por alinhamento e simultaneamente apresentados, na medida em que com 5 ou mais *fillers*, há, conseqüentemente, uma ampliação do campo de possibilidades de identificação do suspeito e, possivelmente, a testemunha pode “ignorar características semelhantes a todos os rostos (e.g., cor do cabelo) e prestar mais atenção em características que diferem entre os rostos, (e.g., nariz), verificando qual rosto possui características mais semelhantes ao rosto do criminoso” (Cecconello; Fitzgerald; Stein, 2022, p. 184). De igual modo, a quantidade de *fillers* maior que 9 traz um número alto de rostos em um mesmo procedimento de reconhecimento, o que pode influenciar no processo cognitivo da vítima/testemunha, na medida em que demanda um maior esforço para relembrar os traços do suspeito e comparar com as fotos o que, inclusive, pode contaminar a memória.

Ainda, tão importante quanto a quantidade de *fillers*, é o fato de que eles devem ser selecionados a partir da semelhança do suspeito, de modo que, se este possuir barba longa, tatuagem e nariz largo, essas mesmas características deverão ser replicadas ou cobertas nos *fillers*, dado que nenhuma característica do suspeito deve destacá-lo em relação aos outros (Wells *et al.*, 2020 *apud* Cecconello; Stein, 2020, p. 177). Ademais, as fotografias devem obedecer a um padrão de qualidade, tanto de iluminação, brilho, sombra, entre outros. O reconhecimento por *line-up* pode ocorrer tanto pessoalmente, com a apresentação pessoal do suspeito e *fillers*, quanto por fotografia. Além da qualidade das fotografias, é igualmente necessária, para ambos os casos, uma estrutura que impeça o contato entre as testemunhas, para que evitem comentar entre sobre o evento ou reconhecimento (Paterson; Kemp, 2006 *apud*

Cecconello; Stein, 2020, p. 177). Caso o reconhecimento seja realizado pessoalmente, um vidro espelhado deve ser utilizado para que a testemunha não seja vista pelos suspeitos e *fillers*.

Porém, em vista das impossibilidades logísticas, no tocante a salas adequadas, a busca de *fillers* semelhantes e disponibilidade desses para o reconhecimento no momento, o procedimento “pode ser realizado através de fotos, desde que, como exposto, apresentem qualidade, iluminação e ângulo semelhantes” (Jenkins; White; Montfort; Burton, 2011; Valentine; Fitzgerald, 2016 *apud* Cecconello; Stein, 2020, p. 177). Pesquisas comprovam a eficácia de ambos os métodos, se respeitadas as premissas e padronizações de foto (Valentine; Fitzgerald, 2016 *apud* Cecconello; Stein, 2020, p. 177), ou ainda, conforme Stein e Ávila (p. 30, 2015):

[...] o **alinhamento pessoal não é mais fidedigno que o alinhamento fotográfico**. O alinhamento **fotográfico é inclusive mais recomendado**, por facilitar a fundamental realização do teste de adequação e equilíbrio do alinhamento. [...] um alinhamento correto e justo é constituído de um suspeito e outros integrantes com características físicas semelhantes. Assim, um **banco digital de fotografias**, por exemplo, permite uma escolha mais precisa daqueles que comporão o alinhamento juntamente com o suspeito. Ao contrário, o alinhamento pessoal torna a escolha criteriosa de seus integrantes sujeita a disponibilidade dos mesmos, **o que na maioria das vezes nem sempre acontecerá** (Malpass, 2015) (grifos próprios).

Visando a aplicabilidade prática, é possível a introdução de bibliotecas digitais como um banco de fotos a serem utilizadas em *line-ups*, permitindo assim o acesso rápido às fotos, o que já é utilizado no Reino Unido e Estados Unidos (Wilcock; Kneller, 2011 *apud* Cecconello; Stein, 2020, p. 177). Nas hipóteses em que há mais de um suspeito, casos nos quais a polícia chegou a dois possíveis autores ou ainda, porque o crime possui uma pluralidade de autores, a recomendação é realizar diferentes alinhamentos, evitando, contudo, a repetição dos rostos dos suspeitos e *fillers* (Hobson; Wilcock, 2011 *apud* Cecconello; Stein, 2020, p. 177), além de ser necessária a mesclagem entre *line-ups* simultâneos e sequenciais.

Por exemplo: “criam-se diferentes *line-ups* simultâneos, um para cada suspeito, que são apresentados para a testemunha de forma sequencial (i.e., primeiro um *line-up*, depois o outro). Somente após ser apresentada ao todos os *line-ups* a testemunha é solicitada a fazer o reconhecimento” (Cecconello; Stein, 2020, p. 181). É necessário, de igual modo, que o reconhecimento seja realizado na fase do inquérito, posto que, no flagrante, não há um controle dos procedimentos que foram utilizados e ainda menos da incidência das variáveis de estimação

ou do sistema (Cecconello; Stein, 2020, p. 181). Deve se evitar ainda, que o reconhecimento seja realizado em juízo, dado que muitas vezes, o reconhecimento ocorre anos depois e ainda, a vítima ou testemunha não reconhece um suspeito, mas sim, um réu (Davis; Valentine, 2009; Watkin, 2003 *apud* Cecconello; Stein, 2020, p. 177).

No tocante aos vieses do sistema, recomenda-se a aplicação do chamado duplo-cego, método no qual “o responsável por conduzir o reconhecimento não sabe quem é o suspeito nem qual sua posição no alinhamento. Assim, o investigador do caso pode criar o *line-up* e solicitar a um colega que realize o reconhecimento com a testemunha” (Cecconello; Stein, 2020, p. 181).

É um meio que busca mitigar a sugestibilidade daquele que conduz o procedimento, que, mesmo inconscientemente, pode induzir à um falso reconhecimento e, é também uma garantia aos próprios investigadores para que não sejam acusados de indução de testemunha (Valentine; Fitzgerald, 2016 *apud* Cecconello; Stein, 2020, p. 181). Em síntese, conforme exposto, para prevenir um reconhecimento falso (Lindsay; Malpass, 1999 *apud* Cardozo, 2011, p. 16) (tradução própria) devem ser seguidas as seguintes diretrizes:

- i. somente um suspeito deve estar presente no *line-up*;
- ii. ao lado do suspeito, pelo menos 5 *fillers* devem ser incluídos nas fotos a serem apresentadas e pelo menos 4 *fillers* devem ser incluídos em um alinhamento presencial;
- iii. os *fillers* devem ser selecionados conforme se assemelharem às descrições do suspeito fornecidas pela testemunha, incluindo características relevantes como detalhes sobre o seu rosto, peso, porte ou ainda características únicas como cicatriz, tatuagem, etc., porém, devem ser diferentes o bastante entre si para serem minimamente discerníveis entre si; (iv) se a testemunha participou anteriormente de um reconhecimento de um outro suspeito envolvido no crime, os *fillers* apresentados devem ser diferentes daqueles utilizados no procedimento anterior;
- iv. se o alinhamento for fotográfico, as fotos utilizadas devem ser recentes, contendo as características do suspeito ao tempo do crime e não deve se destacar em relação às outras fotos;
- v. na hipótese de muitas testemunhas, o suspeito deve ser alocado em diferentes posições, tanto no alinhamento pessoal, quanto no fotográfico, além de que as testemunhas devem ser separadas antes, durante e depois de cada procedimento; e
- vi. não devem ser fornecidas informações relacionadas aos antecedentes e crimes praticados pelo suspeito ou informações que liguem o suspeito ao crime à testemunha, durante o procedimento.

Se observa assim, diante do exposto, “que a técnica mais recomendada é o alinhamento simultâneo fotográfico desde que observados os critérios de testagem da adequação (*fairness*) do alinhamento e da aplicação “duplo-cego” por parte de quem conduz o reconhecimento” (Stein; Ávila, 2015, p. 30).

2.5 Retrato Falado

O retrato falado, ao lado dos outros métodos de reconhecimento, também é um meio de prova que depende da memória, portanto, suscetível a erros, porque descrever alguém que nunca se viu antes e ainda, em um contexto cujo crime muitas vezes dura segundos ou minutos, pode conduzir à erro.

Em muitos casos, a polícia não parte de uma prévia construção da imagem do suspeito, então, é necessário um esboço de como este se parece. É fator determinante que as perguntas a serem feitas à vítima ou testemunhas não induzam ou forneçam sugestões que contaminem à memória delas.

Durante a descrição, ocasionalmente, a memória humana pode ampliar ou diminuir as características de um indivíduo (Conger, 2011), ao descrever que o suspeito tem uma barba, quando na verdade tem um bigode, uma face redonda, quando o real é uma face ovalada. Observa-se assim, naturalmente, diante da falibilidade da memória, que há uma diminuição da acurácia na descrição do suspeito, de forma que o próprio retrato falado não é originalmente dotado de acurácia.

Segundo Avril (2011), por estimação, um retrato falado feito à mão por um artista treinado, tem 9% de acurácia em termo de produzir uma semelhança em relação ao suspeito. Aqueles feitos por computador, por sua vez, são estatisticamente de qualidade pior, com 5% de precisão.

Isso se deve não à uma desqualificação daquele que deve reproduzir o retrato falado, mas sim, dos processos de recuperação da memória da vítima ou testemunha (Avril, 2011). No âmbito do reconhecimento de pessoas, o retrato falado se apresenta não como uma prova, mas sim, como um meio de prova para chegar à autoria (Papiloscopistas.org, 2008 *apud* Reis, 2019):

O Retrato Falado é usado e aceito como meio de prova, **desde que, esteja em consonância com o conjunto probante**. É um processo científico, uma vez que obedecendo uma metodologia e técnicas próprias visa atingir sempre o resultado esperado (grifos próprios).

Em síntese (Reis, 2019), é uma “técnica de desenho e de reprodução daquilo que é narrado pela vítima ou testemunha do fato delituoso em questão”, que é realizado através da descrição que a testemunha fornece, de detalhes da fisionomia do suspeito, principalmente os detalhes de “ordem cromática, como cor da íris, do cabelo e pele, morfológica, como altura” e porte físico, além dos complementares, como forma dos lábios e do queixo, tipo de cabelo,

barba, sobrancelha etc. (Reis, 2019 *apud* França, 2017, p. 228). Assim, os retratos são montados da seguinte forma:

O retrato dessas pessoas procuradas pode ser feito por meio artístico, do ident-kit e do photo-kit. O método artístico é feito por desenhistas que **tentam** reproduzir os aspectos físicos do procurado. O segundo é realizado por meio de películas transparentes que recebem partes do rosto, como o formato do nariz, dos olhos, da boca etc. O terceiro, melhor que o anterior, é feito por recortes de fotografias que se encaixam como peças de um **quebra-cabeças** (Reis, 2019 *apud* França, 2017, p. 228) (grifos próprios).

Os retratos, dessa forma, são montados por meio de uma técnica que mescla a comparação feita pela vítima ou testemunha entre a “imagem de olhos, nariz e boca de um acervo fotográfico com a imagem que tem formada em sua mente por decorrência do contato visual com o criminoso, e o desenhista, por sua vez, reproduzirá a descrição” (Magrani, 2017 *apud* Reis, 2019).

Não obstante seja possível o uso de computadores para montar os retratos, a técnica ainda é majoritariamente empregada manualmente, com desenhos realizados pelo perito forense, com base nas descrições fornecidas por vítima ou testemunha. Conforme elucida França (2018, p. 139), ao fornecer as características, o desenhista faz um esboço, devendo incluir traços individuais, desde brincos, bonés, até cicatrizes:

Esta formação deve ser considerada pela Autoridade Policial, principalmente por espelhar a visão primordial do suspeito, **o que pode servir, por exemplo, para descartar outros que divergirem das descrições fornecidas**. A partir do retrato falado, juntado aos autos, a Polícia Judiciária pode descartar suspeitos ou inclui-los, passando a trabalhar com maior economia de meios e em menor tempo (grifos próprios).

O uso do retrato falado, todavia, não pode dispensar o procedimento de reconhecimento fotográfico de pessoas ou o reconhecimento pessoal, sob pena do atingimento de um nível baixo no convencimento acerca da autoria do suspeito. Restaria então a questão: por que o retrato falado ainda é utilizado?

A resposta segue no sentido de que o papel da polícia não é fazer um retrato falado perfeito do suspeito: o principal objetivo é publicizar os crimes, receber pistas acerca do delito, bem como manter a população “em alerta” acerca do fato de que o suspeito está solto e ficar atento em relação às pessoas “suspeitas” (Lichtman, 2010 *apud* Conger, 2011).

3. REPETIBILIDADE DO PROCEDIMENTO DE RECONHECIMENTO

Na produção de prova, no processo penal, há uma premissa que parte do entendimento que a prova dependente da memória humana pode ser colhida reiteradas vezes, sem prejuízo algum (Cecconello; Avila; Stein, 2018, p. 1059), de modo que quanto maior o número de coletas, maior a probabilidade de veracidade. Contudo, a Psicologia do Testemunho destaca o cuidado necessário com esse meio de prova, em vista das falhas da memória que podem conduzir à condenação de inocentes e, conseqüentemente, aos erros judiciários.

Retomando o caso “*Neil v. Biggers*”, após o primeiro procedimento de reconhecimento, decorridos 7 meses, a polícia apresentou o Sr. Biggers, como suspeito, diretamente à vítima, que imediatamente o identificou como o autor do estupro. Nesse caso, a questão da repetição do reconhecimento após o primeiro, foi apontado como nocivo, porque a identificação não era confiável, devido ao lapso temporal entre o crime e o reconhecimento, além da técnica utilizada, o *show-up*.

Semelhante apontamento foi realizado em novembro de 1979, nos Estados Unidos, no caso de John Jerome White, um homem negro condenado pelo crime de assalto e estupro, após a vítima, uma senhora branca de 74 anos, realizar um reconhecimento, sem muita certeza, de John. Ocorre que, em um segundo procedimento, outra vez a foto de John foi apresentada juntamente com as de outros cinco suspeitos, ocasião em que a vítima o reconheceu com mais certeza (Innocence Project, 2007).

Novamente, agora em juízo, John foi reconhecido pela vítima, e, apesar de alegar sua inocência, foi condenado à prisão perpétua em 1º de janeiro de 1980. Somente após 27 anos da data do crime, mediante um teste de DNA, Jerome conseguiu confirmar sua inocência. Não bastante, através desse mesmo DNA a polícia conseguiu chegar ao culpado: um dos outros suspeitos que compuseram o alinhamento do reconhecimento de Jerome (The National Registry of Exonerations, 2016).

Diante desse e de outros casos, a Psicologia do Testemunho analisa que a sugestionabilidade e a repetição do procedimento de reconhecimento é capaz de induzir à erros, ao lado das variáveis de estimacão e do sistema. Assim, entender a influência da repetição do reconhecimento é essencial para a mudança no entendimento do procedimento, tanto na esfera legislativa, quanto na prática.

Importante lembrar que a formação da memória é composta pelas etapas de aquisição, retenção e recuperação, sendo limitada na apreensão integral dos eventos, motivada pelas

variáveis de estimação, como fatores emocionais, distância, luminosidade, entre outros, que não estão no controle do sistema de justiça, em que pese reflitam na formação da memória desde a primeira fase. Na fase de retenção ou armazenamento, a memória é suscetível ao esquecimento, especialmente pelo decurso do tempo, o que causa a diminuição da “força do traço”, impactando nos reconhecimentos realizados após anos da data do crime.

Por fim, a fase de recuperação é igualmente contaminável, por conta da maleabilidade da memória (Cecconello; Avila; Stein, 2018, p. 1061), de forma que as informações externas, obtidas através do contato com testemunhas, noticiários, mídias sociais ou por meio das variáveis do sistema, como a sugestionabilidade, podem alterá-la a ponto de que a testemunha não perceba a modificação da memória. Retomando o experimento já citado:

[...] Um exemplo é o experimento conduzido por Eisen *et al.*, em que os participantes assistiram a um vídeo de um carro sendo roubado por um homem careca e sem tatuagens, e **conversavam sobre o crime com outras testemunhas**. Uma das testemunhas era um “falso participante” (i.e., confederado) **treinado pelos pesquisadores para dizer aos demais** que o assaltante tinha uma tatuagem no pescoço.

Após uma semana os participantes deveriam reconhecer o perpetrador em um alinhamento de oito faces de homens carecas. Apenas 34% dos participantes reconheceram o verdadeiro perpetrador enquanto 43,8% dos participantes reconheceram um suspeito inocente que possuía tatuagem no pescoço. **Ou seja, para quase metade dos participantes, a informação incorreta obtida após o evento (tatuagem no pescoço), foi armazenada juntamente à memória do fato (rosto do perpetrador), levando a um reconhecimento falso** (Eisen, 2017 *apud* Cecconello; Avila; Stein, 2018, p. 1061) (grifos próprios).

Levando em conta a suscetibilidade de deterioração da memória, como uma evidência, a repetibilidade do procedimento não tem a capacidade de preservá-la ou ainda, garantir uma maior confiabilidade do reconhecimento (Cecconello; Avila; Stein, 2018, p. 1062).

Referente à sugestionabilidade, como exposto, uma pergunta fechada, com resposta de “sim ou não”, que entregue novos elementos e detalhes à testemunha, por si só, já tem o potencial de macular a memória desta, induzindo à falsa memória, como observado no seguinte estudo, quando ao expor participantes a um vídeo de um acidente automobilístico e questioná-los:

[...] Os resultados demonstraram que **a alteração de uma única palavra foi suficiente para modificar a memória das testemunhas**. Participantes questionados

“a que velocidade os carros estavam quando se **encostaram?**” responderam, em média, “**50km/h**”, enquanto participantes questionados “A que velocidade os carros estavam quando se **esmagaram?**” responderam, em média, “**65 km/h**”. Após esse experimento, diversos outros estudos verificaram que a forma como uma pergunta é feita pode levar uma testemunha a contradizer uma informação verdadeira relatada, **induzir seu relato, e até mesmo criar uma falsa memória**. Ou seja, apenas uma pergunta mal elaborada pode ser o suficiente para que a memória original da testemunha seja alterada de forma permanente (Loftus; Palmer, 1974 *apud* Cecconello; Avila; Stein, 2018, p. 1062) (grifos próprios).

Assim, o cuidado quanto à repetição do procedimento de reconhecimento de pessoa não se encontra na sua total vedação, mas sim, a utilização de “protocolos com validade científica, aplicado por um profissional com capacitação adequada à utilização deste” (Krix, 2015; Odinot, 2013 *apud* Cecconello; Avila; Stein, 2018, p. 1062), diante da noção de prova irrepitível, que uma vez contaminada, não é mais relevante o número de vezes que a testemunha reconheceu ou o grau da sua certeza, pois a prova já está viciada:

Quando a testemunha realiza um reconhecimento, **o cérebro tenta verificar a similaridade entre o rosto observado (suspeito), e a memória do fato (rosto do perpetrador)**. Se a vítima identifica o suspeito como **perpetrador do ato, esse rosto torna-se atrelado à memória do evento**.

Assim, a repetição do reconhecimento de um suspeito não resulta em nenhum benefício: **uma vez que um suspeito é reconhecido (seja ele inocente ou não), há maior probabilidade que esse mesmo rosto seja identificado em um novo reconhecimento subsequente** (Stebly, 2016 *apud* Cecconello; Avila; Stein, 2018, p. 1062) (grifos próprios).

Logo, não bastante, a repetição do procedimento gera a perigosa sensação de familiaridade da testemunha com o rosto do suspeito, induzindo à um sentimento de certeza quando à culpa daquele (Stebly, 2016 *apud* Cecconello; Avila; Stein, 2018, p. 1062), oriundo não da apreensão original do evento, mas sim, da reiterada exposição do rosto do suspeito, que pode, na verdade, ser um inocente.

Em uma breve pesquisa, é ainda notável na jurisprudência, uma admissão da prova testemunhal e do reconhecimento de pessoas como uma nova “rainha das provas” e segundo Perfecto Ibañez, no tocante à “credibilidade da testemunha normalmente se trabalha com a noção de que essa pessoa sempre trabalha com a intuição, uma função do sexto sentido que permite captar aquilo que a técnica não alcança” (Perfecto Ibañez; 2009 *apud* Cecconello; Avila; Stein, 2018, p. 1064).

Interessante pontuar que o procedimento de reconhecimento muitas vezes não começa na delegacia, através do álbum de suspeitos, *show-up* ou alinhamento, mas sim, uma prévia identificação, ainda no local do crime, sendo, portanto, o marco inicial da contaminação da memória, conforme demonstrado em pesquisa realizada no ano de 2015 (Stein; Ávila, 2015, p. 50):

[...] A fase pré-investigativa, identificamos **cinco formas de reconhecimento**. A primeira forma é o **reconhecimento na viatura**, em que vítimas e/ou testemunhas são colocadas dentro do carro da polícia e saem em busca dos suspeitos pela região, apontando caso os identifiquem, ou com viatura parada em que o reconhecimento é feito a partir do interior do carro. A segunda maneira é via **celular ou Whatsapp**, na qual o suspeito é fotografado pelo policial em seu telefone particular. O aparelho é levado até a vítima e/ou testemunha para que se reconheça o culpado, assim como via Whatsapp no qual a foto do suspeito é repassada para grupos de policiais. A terceira forma é **na rua** e pessoalmente com o suspeito frente a frente com a vítima e/ou testemunha. Independentemente da forma adotada, em caso de reconhecimento positivo por parte da testemunha/vítima, a polícia militar encaminha os envolvidos para registro da ocorrência na Polícia Civil (grifos próprios).

Majoritariamente, o método utilizado é o *show-up*, quando apenas uma foto é mostrada para a vítima, sem alinhamento e sem observância ao mínimo que está previsto na legislação. Em sede policial, foram observados o emprego dos seguintes procedimentos (Stein; Ávila, 2015, p. 50):

Foram descritos pelos policiais civis nove formas de reconhecimento de suspeitos por eles utilizados, são elas: **reconhecimento fotográfico realizado através de fotografia; retrato falado; vidro espelhado ou técnico, que permite à vítima e/ou testemunha virem o réu sem serem vistas; álbum de fotos, consiste na criação de álbuns de fotografia com imagens de pessoas “fichadas” por tipologia do delito (por exemplo, álbum com fotos de assaltantes na saída da loja)** (grifos próprios).

Assim, um reconhecimento, mesmo informal, é igualmente apto para afetar a memória da testemunha, trazendo contaminações irreversíveis para os reconhecimentos posteriores, ainda que estes venham a observar a técnica de entrevista cognitiva, derivada dos estudos científicos. O ideal, assim, é que o procedimento seja realizado uma única vez, obedecendo à um alinhamento justo, com *fillers* que possuam características semelhantes ao suspeito, de modo que esse não se sobressaia aos demais, com o intuito de diminuir as chances de um reconhecimento equivocado.

4. RECONHECIMENTO COMO MEIO DE PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

No Processo Penal, diante da dúvida sobre como se deram os fatos, no contexto em que o Ministério Público ou querelante sustenta a acusação, ao passo que o réu ou querelado, se defende, a prova permite a reconstrução dos acontecimentos, para verificação da forma como ocorreu, sendo essencial para análise, valoração fática e julgamento do processo.

Conforme elenca Gustavo Badaró, a verdade processual não corresponde à verdade real ou absoluta de como se deram os fatos, de maneira que, partindo do pressuposto no qual o conhecimento absoluto não é possível, a verdade do processo corresponde à um “elevado ou elevadíssimo grau de probabilidade de que o enunciado fático seja verdadeiro” (Badaró, 2021, p. 608), sendo, portanto, uma verdade relativa.

Assim, no processo de valoração do julgador, é possível a certeza quanto à ocorrência de um fato quando as provas “o fazem acreditar que o seu conhecimento é verdadeiro” (Badaró, 2021, p. 608), visto que a atividade do juiz é sempre recognitiva.

Prova é uma palavra que traz diversos significados, porém, no campo de Direito especificamente, de acordo com o mesmo autor (Badaró, 2007, p. 204), é possível destacar os três principais: (i) atividade probatória; (ii) meio de prova; e (iii) resultado probatório.

Referente ao ponto (i), tem-se que a atividade probatória é o “conjunto de atos praticados para a verificação de um fato. É a atividade desenvolvida pelas partes e subsidiariamente, pelo juiz, na reconstrução história dos fatos” (Badaró, 2007, p. 204). No que concerne ao ponto (ii), o meio de prova é o “instrumento por meio do qual se introduzem no processo as fontes probatórias” (Badaró, 2007, p. 204), como a prova testemunhal, por exemplo. Por fim, o ponto (iii) diz respeito a um “convencimento que os meios de prova geram no juiz e nas partes” (Badaró, 2007, p. 204).

O reconhecimento de pessoas ou coisas (artigos 226 a 228 do Código de Processo Penal – CPP), conforme entendimento exposto, é um meio de prova formal, pois é um instrumento que permite diretamente o convencimento do juiz acerca da ocorrência ou não de um determinado fato, sendo necessário assim atingir o chamado *standard* probatório, que corresponde à suficiência probatória.

Segundo Aury Lopes, o *standard* probatório é um “grau mínimo de prova” (2020, p. 574), ou ainda, está relacionado à um “grau de confiança que a sociedade crê que o juiz deveria

ter ao decidir” (Haack, 2014 *apud* Aury Lopes, 2020, p. 574). No contexto dos padrões probatórios, aquele com maior rigor é o de origem anglo-saxã, com os seguintes níveis:

(i) prova clara e convincente (*clear and convincing evidence*); (ii) prova mais provável que sua negação (*more probable than not*); (iii) preponderância da prova (*preponderance of the evidence*) e; (iv) prova além da dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*), sendo o último dotado de maior grau de exigência de prova e utilizado no processo penal” (Aury Lopes, 2020, p. 575).

Tendo como premissa que, em um Estado Democrático de Direito, o estado natural é inocência do indivíduo, que deriva do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo ele indisponível e irrenunciável (Aury Lopes, 2020, p. 576), tem-se como produto, que na acusação criminal, o ônus da prova cabe ao órgão acusador, conforme prevê o artigo 156 do Código de Processo Penal.

A culpa somente é consolidada com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, de acordo com o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, sendo, portanto, a exceção perante a regra de presunção de inocência.

Em síntese, somente uma prova robusta, confiável, certa, bem como aquela que observa os princípios da epistemologia judiciária válida para ser qualificada como a “prova além da dúvida razoável” e ainda, permitir que a presunção de inocência, seja invertida a partir da prova de autoria e materialidade do crime, alterando assim o *status* constitucional de inocência do acusado:

O **in dubio pro reo** é uma manifestação da presunção de inocência enquanto regra probatória e também como **regra para o juiz**, no sentido de que não só não incumbe ao réu nenhuma carga probatória, mas também no sentido de que **para condená-lo é preciso prova robusta e que supere a dúvida razoável. Na dúvida, a absolvição se impõe** (Aury Lopes, 2020, p. 576) (grifos próprios).

Em se tratando do reconhecimento de pessoas, tem-se que é um meio de prova formal disciplinado nos artigos 226 e seguintes do Código de Processo Penal Brasileiro (CPP), que versam sobre o procedimento em que a vítima ou testemunha é chamada para que, após a descrição do suposto autor do delito, venha confirmar sua identidade em meio à outras pessoas semelhantes.

Em síntese, se trata de uma comparação entre a recordação do evento presenciado com aquilo que deve ser reconhecido. Na medida em que é um procedimento formal, cujo passo a passo está descrito na lei, em tese, a forma de produção não admite informalidades judiciais, sendo que a observância é elemento essencial para validade, sob pena de nulidade do meio de prova (Badaró, 2021, p. 773).

Ocorre, porém, que na prática a teoria é outra, diante da cultura forense dos “reconhecimentos informais”, que não observam os parâmetros mínimos da lei, frequentemente conduzindo aos falsos reconhecimentos:

É uma perigosa informalidade quando um juiz questiona a testemunha ou vítima se “reconhece(m) o(s) réu(s) ali presente(s) como sendo o(s) autor(es) do fato”. **Essa “simplificação” arbitrária constitui um desprezo à formalidade do ato probatório, atropelando as regras do devido processo e, principalmente, violando o direito de não fazer prova contra si mesmo.**

Por mais que os tribunais brasileiros façam vista grossa para esse abuso, argumentando às vezes em nome do “livre convencimento do julgador”, a prática pode ensejar nulidade (Aury Lopes, 2020, p. 771) (grifos próprios).

O reconhecimento de pessoa é dividido em três fases, conforme interpretação da previsão legislativa: (i) descrição da pessoa; (ii) comparação da pessoa com outras pessoas semelhantes; e (iii) indicação da pessoa a ser reconhecida pela vítima ou testemunha (Aury Lopes, 2020, p. 771).

Segundo o artigo 226, inciso I, do CPP, primeiramente, “a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida” (Brasil, Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941, artigo 226, inciso I), de modo que a vítima ou testemunha deve fornecer o maior número possível de detalhes da pessoa que será reconhecida, sem que a tenha visto antes da descrição, desde a cor do cabelo, até, inclusive, elementos diferenciadores que se recorde, como tatuagem ou alguma marca distintiva:

[...] Questão crucial nesse ato é criar um cenário **cujo nível de indução seja o menor possível**, daí por que deverá o juiz atentar para a formação de uma roda de reconhecimento com pessoas de **características físicas similares (estatura, porte físico, cor de cabelo e pele etc.)**. A questão da vestimenta também deverá ser observada pelo juiz, para que não existam contrastes absurdos entre os participantes (Aury Lopes, 2020, p. 772) (grifos próprios).

Na segunda fase do procedimento, segundo o inciso II do mesmo artigo, “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” (Brasil, Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941, artigo 226, inciso II), se tratando assim de uma fase de comparação (Aury Lopes, 2020, p. 772), em que o suspeito deve ser colocado em meio à outras pessoas com características semelhantes, para que a vítima ou testemunha possa reconhecer.

Destaca-se, contudo, que a expressão “se possível” abre precedente para que a previsão legal não seja dotada de obrigatoriedade, de forma que, somente quando houver viabilidade, o suspeito será colocado entre semelhantes, caso contrário, mesmo que o dispositivo seja descumprido, o procedimento ainda será válido (Aury Lopes, 2020, p. 772).

Ademais, conforme elucida Gustavo Badaró (2021, p. 774), quando o inciso II menciona “qualquer semelhança”, não é válido que se admita que qualquer semelhança seja admitida, mas sim, “um conjunto de dados semelhantes” (Badaró, 2021, p. 774), de forma que caso não haja semelhança, o reconhecimento deve ser nulo, não podendo ser futuramente convalidado e admitido como meio de prova.

Na terceira e última fase, prevista no inciso 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” (Brasil, Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941, artigo 226, inciso III).

O inciso IV, por sua vez, determina que “do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais” (Brasil, Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941, artigo 226, inciso IV).

Por fim, o artigo 228 do CPP consagra que, na hipótese de multiplicidade de pessoas chamadas a efetuar o reconhecimento de pessoa, o mesmo deverá ser realizado separadamente, evitando a comunicação, em vista do risco de contaminação do meio de prova (Gustavo Badaró, 2021, p. 775).

No âmbito do reconhecimento de pessoas, o reconhecimento fotográfico é aceito como meio de prova válido, especialmente quando o reconhecimento pessoal não pode ser realizado. A despeito de não ter sido disciplinado pelo CPP, segundo Gustavo Badaró (2021, p. 776), o

reconhecimento fotográfico não é um meio de prova atípico, mas sim, irritual, dado que altera a previsão do inciso II do artigo 226 ao trazer a possibilidade de comparação fotográfica ao invés da comparação pessoal, caracterizando uma vulneração do procedimento probatório.

A lei 11.900/2009 também seguiu a linha de variações da forma de realização do reconhecimento, ao trazer alterações no Código de Processo Penal prevendo “a possibilidade de realização de interrogatório e outros atos processuais por sistema de videoconferência” (Brasil, lei nº 11.900, de 8 de Janeiro de 2009).

Permite também, conforme leitura do artigo 185, §8º da lei, que o procedimento de reconhecimento de pessoa possa ser realizado virtualmente, devendo ainda assim, observar o procedimento previsto no artigo 226 do CPP (Badaró, 2021, p. 774), de modo que o equipamento tecnológico permita a identificação daquele a ser reconhecido, estabilidade de conexão e garantia de isolamento daquele a ser reconhecido e os reconhecedores, a fim de evitar a contaminação.

Nessa linha, conforme julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), não há vedação no artigo 226 do CPP quanto à realização do reconhecimento pessoal por videoconferência, porém, é necessário que haja observância da lei, sob pena de nulidade:

O conjunto probatório produzido, como tal, restou frágil e insuficiente para embasar a condenação dos acusados. [...] Precariedade de reconhecimento fotográfico realizado no distrito policial, sem a devida confirmação com os demais elementos de prova coligidos na fase judicial. Reconhecimento em juízo realizado por videoconferência, em procedimento que não observou as disposições elencadas no art. 226 do Código de Processo Penal.

Dúvidas acerca da autoria não solucionadas a contento pela prova produzida nos autos, devendo beneficiar a defesa, em observância ao princípio do in dubio pro reo. **Absolvição como medida de rigor, nos termos do art. 386, Inciso VII, do Código de Processo Penal.** Recurso provido." TJSP; Apelação Criminal 1501968-49.2020.8.26.0047; Relator(a): Guilherme de Souza Nucci; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Data da Decisão: 28/01/2023; Data de Publicação: 28/01/2023 (grifos próprios).

5. APLICAÇÃO DA LEI PELOS TRIBUNAIS NACIONAIS À LUZ DO HABEAS CORPUS N. 598.886

Em uma breve pesquisa jurisprudencial, é possível notar que a mudança no entendimento dos tribunais estaduais e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) é recente, no tocante a necessidade de estrita observância da previsão do artigo 226 do Código de Processo Penal (CPP). É atual a superação da compreensão de que se tratava de uma “mera recomendação”, e assim, se entendia não ser necessária a observância estrita às formalidades, não acarretando, desse modo, a nulidade do ato. Ainda nesse cenário, as decisões proferidas pelos Magistrados eram sustentadas pelas mais diversas justificativas, tais como:

[...] ratificação em juízo do reconhecimento fotográfico realizado em sede policial; a tese de que as disposições do artigo 226 do CPP **são mera recomendação**, e não uma exigência legal; e a corroboração da prova de reconhecimento irregular por outros **frágeis elementos existentes nos autos**, ainda que contaminados (CNJ, 2022b, p. 15) (grifos próprios).

No que concerne a delimitação e recorte para a busca jurisprudencial, a seleção obedeceu ao primeiro requisito de que, necessariamente, devem ter sido proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). Primeiramente, porque São Paulo é o estado onde o trabalho foi produzido; segundo, de acordo com o Relatório “Justiça em Números de 2022”, produzido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o TJSP é o Tribunal Estadual com maior número de casos criminais novos (460.218), bem como de casos criminais pendentes (1.082.375) (p. 226).

Ainda, em 2022, segundo o relatório elaborado pelo Superior Tribunal de Justiça, dos 404.851 processos recebidos no STJ, 81.592 são derivados do TJSP, logo, corrobora o fato de que é o Tribunal Estadual com maior demanda (STJ, 2022b, p. 9).

Outro ponto que motivou a escolha dos julgados do TJSP para análise, é a sua conhecida cultura punitivista. Em primeiro lugar, de acordo com dados divulgados em dezembro de 2022 pelo Sistema Nacional de Informações Penais (SISDEPEN), a população carcerária atual é de 832.295 presos sendo que o maior número pertence a São Paulo, com 196.074 presos (SISDEPEN, 2020, p. 1). Assim, em São Paulo, se prende bem mais que em qualquer outro lugar no Brasil.

Em segundo, aqueles magistrados que atrevem a agir de forma mais “garantista” ou são tidos como “defensores de Direitos Humanos”, vale dizer, mantém a liberdade do acusado, relaxam a prisões ilegais, ou ainda, revogam prisões que não são mais necessárias, são punidos através de Processos Disciplinares no TJSP.

Aqui, são trazidos dois casos notáveis: o primeiro, em 2016, que resultou na punição da Desembargadora Kenarik Boujikian (à época, juíza substituta em 2º grau na 7ª Câmara Criminal do TJSP). A decisão que determinou a abertura do processo disciplinar (autos n. 2015/122.726) se fundamentou na vedação da possibilidade de concessão *ex officio* de liberdade a réus, sem que a decisão passe pela Turma Julgadora (fls. 8), pois a desembargadora, entre os anos de 2014 e 2015, concedeu a liberdade a réus presos por tráfico de drogas e que já haviam cumprido a pena imposta na sentença.⁵ Kenarik foi punida com a pena de censura por violação ao princípio da colegialidade. Somente em 2017, por decisão do CNJ, a condenação da magistrada foi anulada.⁶

O outro caso ocorreu em 2018, quando o TJSP aplicou a pena de censura ao juiz Roberto Luiz Corcioli Filho, no Processo Disciplinar 2016/95.822 (TJ-SP) sob o fundamento de que o juiz “ao promover a frequente libertação de menores infratores e criminosos, acarretou aumento na insegurança social e provocou o descrédito das instituições”.⁷ A condenação também só foi revertida pelo CNJ em 2021.

Igualmente relevante, é a questão de que em uma rápida busca manual no Banco de Sentenças do TJSP⁸, a fim de comparar o número de absolvições com o número de condenações nos crimes contra o patrimônio, os quais notadamente a prova testemunhal e o reconhecimento de pessoas preponderam como prova e meio de prova, respectivamente, foram aplicados os seguintes filtros: pesquisa livre: “condena”; “pesquisa por campos específicos” > classe: “processo criminal” (51 registros selecionados); assunto: “direito penal – crimes contra o patrimônio (67 registros selecionados); origem: 2º grau; tipo de publicação: acórdãos; ordenar por: data de publicação. As respostas para esse filtro totalizam 4176 condenações.

⁵ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/tj-abre-processo-juiza-soltou-presos.pdf>

⁶ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/cnj-suspende-concurso-tj-sp-kenarik.pdf>

⁷ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/downloadDocumento.seam?fileName=0004729-35.2019.2.00.0000&numProcesso=0004729-35.2019.2.00.0000&numSessao=325%C2%AA+Sess%C3%A3o+Ordin%C3%A1ria&idJurisprudencia=52225&decisao=false>

⁸ Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>

Para a absolvição, foi considerado o seguinte filtro: pesquisa livre: “absolve”; “pesquisa por campos específicos” > classe: “processo criminal” (51 registros selecionados); assunto: “direito penal – crimes contra o patrimônio (67 registros selecionados); origem: 2º grau; tipo de publicação: acórdãos; ordenar por: data de publicação. As respostas para esse filtro totalizam 2864 absolvições. Dessa forma, é fato: em crimes patrimoniais, o TJSP condena mais do que absolve.

Por fim, um outro aspecto relevante que influenciou na escolha dos julgados de São Paulo para análise, são as constantes manifestações de Ministros do STJ, no sentido de evidenciar a constante desobediência do TJSP a observância de jurisprudência consolidada em matéria criminal.

À título de exemplificação, no HC 500.080/SP (STJ), o Ministro Sebastião Reis Junior trouxe alguns dados significativos a fim de confirmar que há uma crescente discordância da Defesa, especialmente, da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, com as decisões do TJSP:

[...] Analisando a série histórica dos recebidos de acordo com os principais ramos de direito, o ramo Penal segue forte inclinação de alta desde 2014 com crescimento médio de 8% no período e com variação de 15% em 2019.

Se considerarmos apenas os **habeas corpus impetrados pela Defensoria Pública paulista** é possível perceber que em 2015, eles chegaram a um total de 3.109, total esse que só vem aumentando nos últimos anos 3.413 em 2016; 4.230 em 2017.5.201 em 2018; e 11.341 em 2019 (um aumento de quase 100% de um ano para o outro). E o que mais impressiona é que o percentual de habeas corpus concedidos integralmente ou em parte, que em 2015 era de apenas de 21%, chegou a 48% em 2019, o que nos **permite concluir que a discordância do Tribunal paulista com o STJ só tem aumentado ao longo dos últimos anos.**

Também é importante ainda salientar que as impetrações de responsabilidade da defensoria pública, em regra, cuidam dos menos favorecidos e nelas se discutem crimes que chamo "ordinários" (do nosso dia a dia, como tráfico, roubos, furtos, estelionatos, homicídios e latrocínios), **Ou seja, mais uma vez quem paga a conta em razão do descompasso entre as instâncias ordinárias e os Tribunais Superiores é a população menos favorecida.** É preciso mudar esse cenário com urgência (HC 500080/SP; Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior; Sexta Turma; Data de Julgamento: 04.08.2020; DJe: 12.08.2020) (grifos próprios).

Outro exemplo, foi no HC n. 801549/SP (STJ), o paciente Guilherme foi condenado à pena de 8 anos de reclusão, em regime inicial fechado e multa, pela prática dos crimes previstos nos artigos 33 e 35 da Lei n. 11.343/2006, e a fundamentação, tanto pelo juízo singular, quanto pelo Tribunal, trouxe o argumento de gravidade abstrata do crime para impor o regime inicial

fechado. Ao decidir pela concessão da ordem de HC, o Ministro Rogério Schietti Cruz, afirmou o seguinte:

Impõe o registro de que tal postura do órgão judicante de origem – repita-se: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo –, de **descumprimento deliberado e reiterado de decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal**, em nada contribui para a higidez do sistema de justiça criminal e **traduz menosprezo à jurisdição** da Suprema Corte do país, a quem compete, por definição da Lei Maior, a função de, em última análise, dar interpretação às normas constitucionais (HC 801549, Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz; Sexta Turma; DJe: 15.02.2023) (grifos próprios).

Em vista das motivações acima expostas, a busca jurisprudencial se concentrou na consulta de julgados de segundo grau no sítio eletrônico do TJSP, conhecido como Banco de Sentenças, especificamente, a consulta completa de segundo grau, dividida nos seguintes campos: (i) consulta completa; (i.i) pesquisa livre, com a possibilidade de inserção de filtros “e”, “ou”, “não” e aspas (“”).

Mais abaixo, no sítio eletrônico, é possível realizar a pesquisa pelos seguintes campos específicos: (i) ementa; (ii) número do recurso; (iii) número do registro; (iv) relator; (v) magistrado prolator; (vi) classe; (vii) assunto; (viii) comarca; (ix) órgão julgador; (x) data do julgamento; (xi) data de publicação; (xii) origem: 2º grau e/ou Colégios Recursais; (xiii) tipo de publicação: acórdãos, homologações de acordo e/ou decisões monocráticas; e (xiv) ordenar por: data de publicação ou relevância.

Para a presente pesquisa foram empregados os seguintes termos: “reconhecimento de pessoas” e “nego provimento”; “art. 226, CPP”, “inobservância” e “nego provimento”; “art. 226, CPP”, “recomendação legal” e “nego provimento”; “art. 226, CPP”, “nulidade” e “nego provimento”; “art. 226, CPP”, “HC 598886/SC” e “nego provimento”.

Para além dos termos, em relação aos campos específicos, para “classe”, foram selecionados, dentro de “processo criminal” os seguintes: Medidas garantidoras > Habeas Corpus Criminal; e Recursos: Apelação Criminal e Embargos de Declaração Criminal. Isso se deve a razão de que a “palavra final” dessas ações em segundo grau será do TJSP. Em outros dizeres, não seria útil a seleção de julgados do primeiro grau, dado que uma decisão condenatória proferida unicamente com base no reconhecimento de pessoa pode ser revertida

em segundo grau. Assim, o recorte objetivou justamente a seleção daqueles processos que em segundo grau houve a manutenção do decreto condenatório prolatado em primeiro grau.

Em relação ao assunto, dentro do ramo do Direito Penal, foram selecionados os seguintes crimes contra o patrimônio: furto; furto qualificado; roubo; e roubo majorado. Ademais, foram selecionados julgados recentes, do ano de 2018 a 2023. Por fim, no tocante à origem, somente aqueles oriundos do 2º grau e, em relação ao tipo de publicação, acórdãos e decisões monocráticas.

Dentre as numerosas sentenças, produtos da busca, foi feito o exame das decisões com foco, especialmente, naquelas que descrevem o artigo 226 do CPP como uma mera recomendação legal, relativizando o seu descumprimento, e também, naquelas que evidenciam que o reconhecimento da vítima bastaria, por si só, para ratificar toda e qualquer nulidade do procedimento e autorizar a condenação.

Inicialmente, em um contexto no qual não existia a decisão do STJ acerca da exigência de observância do texto de lei do CPP, e assim, os julgados seguiam no sentido da desnecessidade de observância integral ao disposto na lei, foram destacadas algumas decisões do TJSP que mostram o seu entendimento quanto ao tema.

O primeiro, é um recurso de Apelação Criminal, interposta em face da condenação proferida pelo juízo de piso, pelo crime de roubo cometido com emprego de arma de fogo e concurso de pessoas, que impôs ao acusado a pena de 05 anos e 04 meses de reclusão, em regime inicial fechado. O acórdão utilizou o argumento da ausência de nulidade diante da inobservância do artigo 226 do CPP, bem como colacionou pretérito julgado do STJ para embasar o entendimento:

[..] De outra banda, contrariamente ao alegado pela defesa, a inobservância às fórmulas previstas no art. 226 do Código de Processo Penal **não transformam o reconhecimento em prova ilícita**. “As disposições insculpidas no art. 226, do CPP, **configuram uma recomendação legal, e não uma exigência, não se tratando, pois, de nulidade**” (STJ, HC 134776/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 26/02/2013, DJe 07/03/2013). Segundo, pelos ensinamentos de Hélio Tornaghi: “Jamais, portanto, poderia aceitar-se como reconhecimento a identificação de uma pessoa insulada, sozinha. Isso, porém, não significa que o juiz não pudesse vir a convencer-se, mercê desse ato. Por não praticado pela forma prescrita em lei, ele não apenas seria frito, mas inexistiria como reconhecimento.

Em outras palavras: não teria havido o reconhecimento que a lei desejaria. Mas teria havido outro ato esse, apesar de tudo, o juiz se convencesse de sua valia, não haveria porque decidir contra a sua convicção (...) A lei prevê determinados meios de prova, mas não impede outra” (in ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. Da prova no processo penal. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 179) (TJSP; Apelação Criminal 0015852-84.2018.8.26.0050; Relator(a): Diniz Fernando; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Criminal; Data da Decisão: 16/12/2019; Data de Publicação: 19/12/2019) (grifos próprios).

Em outro, um *Habeas Corpus* impetrado como substitutivo de recurso próprio, em favor do Paciente, tendo como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao apelo defensivo, mantendo assim a condenação à pena de 6 anos, 6 meses e 12 dias de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática de roubo cometido com emprego de arma de fogo e concurso de pessoas, a vítima somente reconheceu o acusado em juízo, devido ao seu aparelho ortodôntico.

O julgado, assim, desconsiderou toda e qualquer possibilidade de que o decurso de 2 anos abriu portas para a contaminação da memória com outros elementos:

Ad argumentandum tantum, a jurisprudência deste Tribunal Superior admite o reconhecimento do acusado por meio fotográfico, **ainda que não observadas a totalidade das formalidades contidas no art. 226 do Código de Processo Penal**, sendo que, quando ratificado em juízo, sob a garantia do contraditório e ampla defesa, pode servir como meio idôneo de prova para fundamentar a condenação. No caso, durante o inquérito, a **vítima reconheceu o réu por fotografia e, em seguida, pessoalmente, tendo, de igual modo, reconhecido a motocicleta por ele utilizada na prática delitiva. Passados mais de 2 anos**, em juízo, a ofendida, embora tenha demonstrado, inicialmente, certa reticência ao reconhecer o acusado, **após ter requerido que ele abrisse a boca**, o que tornou visível o seu **aparelho ortodôntico**, respondeu, com segurança, que se tratava do autor do crime (TJSP; Apelação Criminal 0053059-54.2017.8.26.0050; Relator(a): Euvaldo Chaib; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Data da Decisão: 23/09/2020; Data de Publicação: 23/09/2020) (grifos próprios).

Em outro julgado de setembro de 2018 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a Defesa de Fabio da Silva Santos interpôs Apelação em face de sentença que julgou procedente a ação penal e condenou o apelante à pena de quatro anos e oito meses de reclusão e ao pagamento de onze dias-multa, por infração ao disposto no artigo 157, *caput*, do Código Penal, em regime inicial fechado.

A Defesa alegou a fragilidade probatória, especialmente do reconhecimento que não seguiu as regras do artigo 226, do Código de Processo Penal, vez que o acusado foi exposto pela mídia, o que levou à contaminação da memória da vítima e, conseqüentemente, à uma falsa memória.

No acórdão, o Relator entendeu que a fragilidade probatória não restou configurada, pois a vítima reconheceu o acusado tanto em sede policial, quanto em juízo. Ademais, também reiterou que o artigo 226 se trata de mera recomendação legal e não de uma exigência, de modo que o apelo não foi acolhido:

E como rotineiramente se destaca, **a palavra da vítima é relevante elemento probatório**, ainda mais quando, como na hipótese em exame, ela não é infirmada pela prova produzida pela defesa. Assim, em face do reconhecimento realizado pela ofendida, que descreveu a dinâmica do evento de forma coesa e harmônica, revela-se inviável o acolhimento. De outro lado, a regra do artigo 226 do Código de Processo Penal, que descreve as formalidades que devem ser observadas por ocasião do reconhecimento, **deve ser cumprida sempre que possível**. No caso dos autos, o apelante foi reconhecido inclusive em juízo, onde vigora o princípio do contraditório. **A condenação era então o desfecho natural da ação penal, nada nos autos autorizando concluir que eventual exposição na mídia de, alguma forma, maculado os reconhecimentos referidos** (TJSP; Apelação Criminal 0003406-62.2017.8.26.0348; Relator(a): Xavier de Souza; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Criminal; Data da Decisão: 26/09/2018; Data de Publicação: 02/10/2018) (grifos próprios).

Os julgados mencionados trazem um breve panorama do entendimento jurisprudencial majoritário acerca do procedimento de reconhecimento de pessoas, antes da decisão do HC n. 598.886/SC do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Contudo, como será pormenorizado mais em frente, a lógica de que o artigo 226 do Código Processo Penal não é vinculante e a sua inobservância não gera nulidade ainda impera, especialmente no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP).

Partindo agora para a análise da decisão que é o marco na mudança do entendimento acerca do reconhecimento de pessoas, traz se para discussão o *Habeas Corpus* n. 598.886, do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, que tem como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) e, de pano de fundo, a condenação dos réus Vânio da Silva Gazola e Igor Tártari Felácio, “cada um, à pena de 5 anos

e 4 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais multa, como incursos no art. 157, § 2º, II, do Código Penal” (HC 598886/SC; 2020).

A Defesa do Paciente Vânio sustentou que a sua condenação foi fundada somente em um reconhecimento fotográfico extrajudicial realizado pelas vítimas, que relataram que o roubador tem “a altura de 1,70 m, sendo que o Paciente possui 1,95 m de altura, ou seja, 25 centímetros a mais do que o afirmado pelas vítimas” (HC 598886/SC; 2020).

Mesmo oriundo de um caso que, em uma breve análise, parece ser incomum, a decisão veio para alinhar a divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o reconhecimento de pessoas como meio de prova, especialmente quanto à nulidade ou não da inobservância do procedimento descrito no artigo 226 do CPP.

Não obstante, conforme disposto no artigo 155 do CPP, o juiz possua a discricionariedade de formar a sua convicção, mediante a livre apreciação da prova produzida em contraditório (livre convencimento motivado) “**não pode ele, contudo, fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação**, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas” (Brasil, Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941, artigo 155) (grifos próprios).

O artigo 157 do mesmo diploma legal também vem para estabelecer uma limitação a esse livre convencimento motivado, ao versar sobre a inadmissibilidade das provas ilícitas no Processo Penal, bem como das provas dela derivadas, “salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras” (Brasil, Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941, artigo 157).

Partindo desse pressuposto, em relação ao reconhecimento de pessoas e coisas, em seu voto, o Relator sustenta a tese de que as formalidades do artigo 226 do CPP não são inúteis, e, trazendo a visão de Aury Lopes Junior, assenta que os cuidados não são meras formalidades, na medida em que conferem credibilidade à prova e, em um aspecto mais amplo, ao próprio sistema de justiça.

Logo, é impossível dissociar o reconhecimento de pessoas e a memória humana, especialmente quanto à falibilidade das provas dependentes da memória.

Assim, é um “fato certo e incontornável” (HC 598886/SC; 2020), dado que durante o procedimento de resgate, o fato pode ser distorcido no processo comparativo entre o passado e presente:

O valor probatório do reconhecimento, portanto, deve ser visto com **muito cuidado**, justamente em razão da sua alta suscetibilidade de **falhas e distorções**. Justamente por possuir, quase sempre, um alto grau de subjetividade e de falibilidade é que esse meio de prova deve ser visto com reserva (STJ; Habeas Corpus HC 598886 / SC; Relator(a): Rogerio Schietti Cruz; Órgão Julgador: 6ª Turma; Data da Decisão: 27/10/2020; Data de Publicação: 18/12/2020) (grifos próprios).

O falso reconhecimento é um fenômeno nocivo para o sistema de justiça criminal, sendo ainda uma das principais causas de erro judiciário, conforme dados de uma pesquisa do Innocence Project colacionados no voto do Relator, o qual retrata que:

[...] aproximadamente **75% das condenações de inocentes** se devem a erros cometidos pelas vítimas e por testemunhas ao identificar os suspeitos no ato do reconhecimento. Em 38% dos casos em que houve esse erro, **várias testemunhas oculares identificaram incorretamente o mesmo suspeito inocente** (STJ; Habeas Corpus HC 598886 / SC; Relator(a): Rogerio Schietti Cruz; Órgão Julgador: 6ª Turma; Data da Decisão: 27/10/2020; Data de Publicação: 18/12/2020) (grifos próprios).

No cenário brasileiro, alguns casos retratam que os reconhecimentos equivocados não ocorrem somente em casos pontuais, constituindo, dessa forma, um problema sistêmico, como cita o Ministro Rogério.

À título de exemplo, o ator Vinícius Romão de Souza foi preso em 2014, após ter sido reconhecido pela vítima como o suposto autor de um roubo.

Ocorre, porém, que em novo depoimento, a vítima afirmou que se enganou ao reconhecer Vinicius, e após passar 16 dias preso, a 33ª Vara Criminal do Rio de Janeiro concedeu a ordem de *habeas corpus* determinando sua liberdade.

Em 02 de setembro de 2020, o violoncelista Luiz Carlos Justino, jovem de 23 anos, foi preso em Niterói, Rio de Janeiro, por ter, supostamente, praticado um roubo no ano de 2017, juntamente com mais três pessoas e com emprego de arma de fogo, e, lastreado como prova, unicamente o reconhecimento fotográfico positivo realizado pela vítima também em 2017.

Em janeiro de 2014, Douglas Moreira, auxiliar de serviços gerais, foi preso por supostamente ter roubado um carro em Nova Iguaçu, após reconhecimento equivocado, pela vítima, de uma foto de Douglas, que os policiais retiraram do seu perfil no Facebook.

O Ministro Relator ainda menciona o caso de Antônio Claudio Barbosa de Castro, absolvido em 2019, após ser falsamente reconhecido por uma menina de 11 anos que “**ouviu a voz de Antônio** em um cabeleireiro e a **identificou** como pertencente ao homem que, dias antes, a abordara e estuprara em uma passarela na periferia de Fortaleza” (HC 598886/SC; 2020 *apud* Innocence Project Brasil, 2020, p; 28) (grifos próprios).

Da mesma forma que o reconhecimento de pessoas deve ser olhado à luz da Psicologia do Testemunho, também deve ser tomado como pressuposto a seletividade do sistema de justiça criminal brasileiro.

Em relatório divulgado pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro em setembro de 2020, 53 pessoas foram acusadas com base em reconhecimento fotográfico falho entre 2014 e 2020.

Quanto ao critério da cor da pele, “apenas 20% dos indivíduos eram brancos (**consta do referido relatório que a informação sobre a cor da pele foi retirada dos registros policiais**), o que sugere algo até intuitivo, o **racismo estrutural**” (HC 598886/SC; 2020) (grifos próprios).

Retornando ao caso dos autos, em que se desenvolve o *leading case*, a conclusão segue no sentido da presença de falhas e inconsistências no reconhecimento fotográfico, especialmente, quanto à chancela da autoridade judiciária, que, mesmo diante de meio de prova frágil, findou por condenar o acusado:

E, mais ainda, evidencia como a autoridade judiciária, ao sentenciar, se contentou com essa **prova tão frágil e eivada de vícios**, simplesmente se apegando a dados, portanto, absolutamente insuficientes para se afirmar a participação delitiva do acusado, além de uma dúvida razoável. Com efeito, o Juiz sentenciante, ao concluir pela autoria do delito em relação a ambos os pacientes, considerou que “**os depoimentos colhidos em ambas as fases são claros e não deixam margem para dúvidas quanto à união de esforços dos réus Igor e Vânio na prática da infração penal**” (STJ; Habeas Corpus HC 598886 / SC; Relator(a): Rogerio Schietti Cruz; Órgão Julgador: 6ª Turma; Data da Decisão: 27/10/2020; Data de Publicação: 18/12/2020) (grifos próprios).

Ademais, todas as testemunhas ouvidas em juízo afirmaram que o Paciente Vânio tinha cerca de 1,70 (um metro e setenta), quando na verdade, conforme documento juntado aos autos,

o Paciente possui cerca de 1,95 (um metro e noventa e cinco), característica essa que não teria passado despercebida pelas vítimas, mas não foi mencionada em momento algum.

A polícia ainda no local do roubo, conforme as descrições realizadas pelas vítimas, mostrou imagens de Vânio, não tendo assim tomado nenhuma medida para se adequar ao disposto no artigo 226 do CPP, a fim de evitar a contaminação e induzimento:

[...] os policiais militares, diante das descrições delatadas pelas vítimas, mostraram imagens de Vânio da Silva Gazola, vulgo 'Vaninho', tendo duas delas o reconhecimento como um dos autores do roubo" (fl. 205), ressaltando a autoridade policial, na sequência, que: "**Vânio é bastante conhecido no meio policial, inclusive encontrando-se foragido há tempos, ostentando contra si mandado de prisão ativo por homicídio. Sabe-se também do envolvimento de Vânio em crimes patrimoniais**" [...] (STJ; Habeas Corpus HC 598886 / SC; Relator(a): Rogerio Schietti Cruz; Órgão Julgador: 6ª Turma; Data da Decisão: 27/10/2020; Data de Publicação: 18/12/2020) (grifos próprios).

Em análise ao auto de reconhecimento de pessoa por fotografia, não constam informações referentes ao procedimento empregado no reconhecimento do Paciente, conforme o artigo 226 do CPP:

[...] compareceu GUILHERME COSTA FLORES RODRIGUES [...] A autoridade **convidou-a para, na presença das testemunhas supramencionadas, reconhecer um dos autores do roubo** ocorrido no dia 20/09/2018 sob o boletim de ocorrência 2011-2018-03528 quando, então **RECONHECEU SEM A MENOR DÚVIDA VANIO DA SILVA GAZOLA** como sendo um dos autores que praticaram o roubo no restaurante situado na Rodovia BR 101 Churrascaria O Costelão [...] (STJ; Habeas Corpus HC 598886 / SC; Relator(a): Rogerio Schietti Cruz; Órgão Julgador: 6ª Turma; Data da Decisão: 27/10/2020; Data de Publicação: 18/12/2020) (grifos próprios).

[...] compareceu VIVIANY RECK BENTO BACK [...] A autoridade **convidou-a para, na presença das testemunhas supramencionadas, reconhecer um dos autores do roubo** ocorrido no dia 20/09/2018 sob o boletim de ocorrência 2011-2018-03528 quando, então **RECONHECEU SEM A MENOR DÚVIDA VANIO DA SILVA GAZOLA** como sendo um dos autores que praticaram o roubo no seu restaurante situado na Rodovia BR 101 Churrascaria O Costelão [...] (STJ; Habeas Corpus HC 598886 / SC; Relator(a): Rogerio Schietti Cruz; Órgão Julgador: 6ª Turma; Data da Decisão: 27/10/2020; Data de Publicação: 18/12/2020) (grifos próprios).

Não se nega, no entanto, nas palavras do Ministro, no julgado, “a validade do depoimento das vítimas, mas sim, a validade da condenação baseada em elemento informativo

colhido em total desacordo com as regras probatórias e nem sequer confirmado em Juízo” (HC 598886/SC; 2020) de modo que na dúvida, perante um acervo probatório frágil, a solução deve ser a absolvição do réu.

Ademais, além da ausência de prévia descrição da pessoa a ser reconhecida, “a polícia apresentou uma foto de um suspeito que já cometeu outros crimes, mas que nada indicava, até então, ter qualquer ligação com o roubo investigado [...]” (HC 598886/SC; 2020), em uma ânsia de rápida identificação do suspeito pelas vítimas.

A conduta das Autoridades Policiais suscita a demanda de mudança de procedimentos pela Polícia Civil, posto que a necessidade de transformação não engloba somente algumas instituições, mas sim, todos os órgãos de persecução penal:

[...] impõe aos operadores do Direito, **desde o policial que atua no flagrante até os membros das mais altas cortes do Poder Judiciário, o desafio de se apropriarem de técnicas** pautadas nos avanços científicos para que se promovam os ajustes necessários a evitar que os reconhecimentos equivocados sigam produzindo condenações de inocentes” (HC 598886/SC; 2020 *apud* Innocence Project Brasil, 2020, p. 3) (grifos próprios).

Com esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em cumprimento à sua função de uniformização da interpretação da lei federal, passou a conferir uma nova e adequada interpretação ao artigo 226 do CPP, comunicando à “toda magistratura e todos os órgãos de segurança nacional, que soluções similares à que serviu de motivo para esta impetração **não devem, futuramente, ser reproduzidas em julgados penais**” (HC 598886/SC; 2020) (grifos próprios).

Ainda, qualquer procedimento que não observar estritamente o disposto na lei deve ser declarado inválido, com vistas a coibir a insegurança jurídica de sentenças judiciais que, nas palavras do Ministro “sob o pretexto de que outras provas produzidas em apoio a tal ato – todas, porém, derivadas de um reconhecimento desconforme ao modelo normativo – autorizariam a condenação, potencializando, assim, o concreto risco de graves erros judiciários” (HC 598886/SC; 2020).

Assim, é necessário que os Tribunais Superiores não mais chancelem as más práticas no sistema de justiça, com vistas a não recompensar a “negligência manifesta”:

Quando os tribunais admitem apenas evidências obtidas legalmente, eles encorajam “aqueles que formulam políticas de aplicação da lei, e os oficiais que as implementam, a incorporar os ideais da Quarta Emenda em seu sistema de valores”. **Mas quando os tribunais também admitem evidências obtidas ilegalmente, eles recompensam “negligência manifesta, se não um desafio aberto às proibições da Constituição”** – tradução livre (Utah v. Strieff, 579 U.S., 136 S. Ct. 2056, 2016 *apud* HC 598886/SC; 2020).

Em síntese, o Relator conclui com as seguintes proposições que devem necessariamente serem observadas no procedimento de reconhecimento de pessoas:

- I. 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;
- II. 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;
- III. 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**;
- IV. O reconhecimento do suspeito por mera exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como **etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal** e, portanto, **não** pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo

(HC 598886/SC; 2020) (grifos próprios).

Ao fim do voto, a ordem de *habeas corpus* foi concedida para absolver o Paciente Vânio da Silva Gazola, nos termos do artigo 386, inciso VII, do CPP.

Ademais, o Ministro fez uma importante determinação à todos os órgãos de justiça, no seguinte sentido:

[...] 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, bem como também aos Ministérios Públicos estaduais e federal e às Defensorias Públicas (HC 598886/SC; 2020).

Todavia, apesar da decisão analisada constituir um marco no giro paradigmático do entendimento dos Tribunais em relação ao reconhecimento de pessoas, persiste uma resistência, especialmente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) em se adequar ao disposto.

Retomando o que já foi tratado, em síntese, o procedimento do reconhecimento de pessoas, regulamentado no artigo 226 do Código de Processo Penal era considerado “mera recomendação”, especialmente pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), que admitia a supressão das formalidades, sem que implicasse na nulidade da prova, em função da “busca da verdade” no Processo Penal.

O pretérito entendimento negava assim, os princípios constitucionais basilares do Estado Democrático de Direito, como o princípio da legalidade, o princípio do *favor rei*, que deve imperar no caso de dúvida quanto à culpa do acusado, o princípio do contraditório, da ampla defesa, bem como o princípio da inadmissibilidade de provas ilícitas, que, como prevê o artigo 157 do Código de Processo Penal, devem ser desentranhadas do processo.

Ao lado do marco firmado pelo HC 598.886/SC de 2020, o HC 680.416/ES, cuja decisão absolutória foi proferida em 2021, pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, também consolidou o rompimento com o antigo pensamento dos Tribunais.

O *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio n. 680.416 foi impetrado em favor de Jonath Gonçalves Araujo Vitelli, tendo como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (TJES), que manteve a condenação do Paciente, em sede de Apelação, mas reduziu a pena que inicialmente era de e 5 (cinco) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 80 (oitenta) dias-multa, para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 72 (setenta e dois) meses de reclusão, por tentativa de roubo. No caso narrado, a condenação foi fundamentada unicamente no reconhecimento fotográfico inteiramente defeituoso, que além de desrespeitar o artigo 226, do Código de Processo Penal, possuía indícios de indução e sugestionabilidade das autoridades que conduziram o procedimento:

No caso concreto, analisado no mencionado precedente, um dos pacientes fora condenado **exclusivamente** com base em reconhecimento fotográfico realizado em sede policial (e não confirmado em juízo) por apenas uma das quatro vítimas de roubo perpetrado em restaurante por dois indivíduos que usavam capuz (que tapava a boca e o nariz), **deixando apenas os olhos descobertos, e tiveram suas roupas descritas. Todas as testemunhas ouvidas em juízo e na fase inquisitiva admitiram que não podiam reconhecer**, com a certeza necessária, os autores dos fatos, mas foram unânimes em afirmar que o assaltante possuía cerca de 1,70m, enquanto o paciente

cujo reconhecimento fotográfico era contestado media 1,95m (STJ, HC 680.416/SC, 5ª Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 03/05/2021) (grifos próprios).

A decisão do HC 680.416 é uma das quase 90 já proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) desde aquela proferida no HC 598.886/SC, em 27 de outubro de 2020. Desde dessa data até dezembro de 2021:

[...] houve pelo menos **28 acórdãos** das duas turmas de direito penal do tribunal e **61 decisões monocráticas** que absolveram o réu ou revogaram a prisão preventiva em razão de graves dúvidas sobre o reconhecimento feito em desacordo com as exigências do CPP (STJ, 2022a) (grifos próprios).

No contexto de rompimento com o antigo entendimento jurisprudencial, é esperado que os tribunais locais acompanhem o que já está consolidado. Contudo, alguns, especialmente o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), “anarquista institucional”, como mencionado pelo Ministro Gilmar Mendes no Agravo Regimental no *Habeas Corpus* 211.607/SP, teima em ignorar reiteradamente as novas compreensões sobre o tema do reconhecimento de pessoas, que está aliado aos estudos da Psicologia do Testemunho.

Para constatar a persistência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em descumprir os novos parâmetros fixados quanto à aplicabilidade do artigo 226 do Código de Processo Penal, será feita uma breve análise de algumas decisões proferidas pelo Tribunal, necessariamente após o HC 598.886/SC, de 27 de outubro de 2020, para fins de comprovar que o precedente do STJ vem sendo desrespeitado atualmente, inclusive, em 2023. Menciona-se ainda que os filtros para pesquisa continuam os mesmos, exceto pelo recorte temporal, como já explicado.

Na decisão proferida no dia 18 de fevereiro de 2021, em sede de Apelação, a condenação à pena de 05 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 12 dias-multa, de Bruno Henrique Sales da Costa, pelo crime do artigo 157 do Código Penal foi mantida, embora a Defesa tenha arguido pela nulidade do feito em razão do reconhecimento do acusado não ter observado o artigo 226 do CPP. Na referida decisão, para fins de fundamentação, foi colacionado antigo julgado, de 2020, do STJ quanto ao procedimento:

É **pacífico** no âmbito do Superior Tribunal de Justiça que: “*As disposições insculpidas no art. 226 do CPP configuram uma recomendação legal, e não uma exigência absoluta, não se cuidando, portanto, de nulidade quando praticado o ato processual (reconhecimento pessoal) de modo diverso.*” (STJ - AgRg no REsp 1827892 / MG - Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA - **DJe 28/02/2020**) (TJSP; Apelação Criminal 0022076-63.2016.8.26.0032; Relator(a): Maria Tereza do Amaral; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Criminal; Data da Decisão: 18/02/2021; Data de Publicação: 18/02/2021) (grifos próprios).

Concluiu-se, na fundamentação da Apelação, que “as formalidades do art. 226 do CPP **não se sobrepõem à essência do ato de reconhecimento**, que é, sem redundância, o efetivo e seguro reconhecimento do autor do delito efetuado pela vítima” (AgRg no REsp 1827892/MG; STJ; 2021) (grifos meus), de forma que assim, não houve nulidade quanto ao procedimento, uma vez que a “vítima, que demonstrou certeza absoluta em afirmar que Bruno Henrique Sales da Costa foi o autor do roubo, tanto na delegacia quanto em juízo, sob o crivo do contraditório” (AgRg no REsp 1827892/MG; STJ; 2021).

Em outro julgado, de 15 de setembro de 2021, em sede de Embargos de Declaração, a Defesa de Samuel Henrique Martins Cerqueira sustentou que o acórdão foi omissivo ao não analisar a tese de que o reconhecimento do acusado violou a previsão do artigo 226 do CPP. Ao proferir a decisão, o Ministro Relator Sérgio Ribas rejeitou os embargos posto que “as demais provas dos autos, **apresentam-se suficientes** para suprirem tal formalidade e justificarem o édito condenatório” (Embargos de Declaração Criminal 1515833-33.2020.8.26.0050; TJSP; 2021) (grifos próprios). E ainda completa também colacionando entendimento ultrapassado, de 2017, do STJ:

Quer-se dizer que a existência de outras provas robustas nos autos afasta qualquer prejuízo decorrente de eventual inobservância da formalidade no reconhecimento pessoal e ou fotográfico, prevista no art. 226 do CPP. Além do argumento supra aduzido, cumpre citar que, **de acordo com o STJ, o preceito contido no art. 226 do CPP configura mera recomendação legal, não havendo qualquer nulidade quando praticado o ato processual de modo diverso.**

Confira-se: “*O acórdão recorrido está alinhado à jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual as disposições insculpidas no art. 226 do CPP, configuram uma recomendação legal, e não uma exigência absoluta, não se cuidando, portanto, de nulidade quando praticado o ato processual (reconhecimento pessoal) de modo diverso. Precedentes*” (STJ Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca 5ª Turma AgRg no AREsp nº 1067238/BA j. **25/04/2017**) (TJSP; Embargos de Declaração Criminal 1515833-33.2020.8.26.0050; Relator(a): Sérgio Ribas; Órgão

Julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal; Data da Decisão: 15/09/2021; Data de Publicação: 15/09/2021) (grifos próprios).

Na decisão proferida na data de 29 de julho de 2021, em sede de *Habeas Corpus* impetrado em favor do Paciente Pedro Henrique Silva, no qual a Defesa alegou a violação do artigo 226 do CPP, foi reconhecido novamente que o artigo é mera recomendação legal como extraído do seu texto, que traz a ressalva do “se possível”. A ordem assim foi denegada:

Indiferente para o deslinde do caso a aplicação, na íntegra, dos ditames do aludido dispositivo legal, **já que do seu próprio texto se depreende que tal só deve ocorrer “quando possível”**, referido procedimento não é aplicável ao reconhecimento efetuado em Juízo, como já firmou, de há muito, a jurisprudência. Nesse sentido: - “*Não anula o ato a circunstância de a pessoa que se pretende reconhecer não ser colocada junto a outras. Esse detalhe, como dispõe a lei, deve ser observado “quando possível”*”. **Trata-se de uma recomendação, não de uma exigência**” (TACrim AC. 281/903 - 8a. Câmara - Rel. Canguçu de Almeida - V.U.) (TJSP; Habeas Corpus Criminal 2135163-83.2021.8.26.0000; Relator(a): Marco Antônio Cogan; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal; Data da Decisão: 29/07/2021; Data de Publicação: 29/07/2021) (grifos próprios).

Em um panorama mais recente, na data de 31 de outubro de 2022, em sede de apelação contra sentença que condenou Maikon Coelho de Oliveira às penas de 08 anos, 06 meses e 20 dias de reclusão, no regime inicial fechado, e de 28 dias-multa, como incurso no art. 155, § 4º, incisos I e II, e no art. 157, § 2º, inciso VII, na forma do art. 69, todos do CP, a Defesa sustentou pela nulidade do feito por deficiência de instrução probatória e por violação ao procedimento do art. 226 do CPP. O apelo foi negado sob o argumento de que o reconhecimento realizado sem as formalidades da lei constitui mera irregularidade, não ensejando nulidade, desde que comprovado o reconhecimento seguro e indubitado do réu. Assim:

Não se cogita invalidar as provas produzidas sob o simples argumento de que não foram observadas as formalidades impostas pela legislação, pois se vislumbra como fator primordial a finalidade máxima da medida, ou seja, o próprio reconhecimento pessoal, **não havendo necessidade, assim, que as regras descritas sejam rigorosamente empregadas** se, ao final, o objetivo maior foi e será regularmente alcançado, ainda mais quando corroborado pelas demais provas do processo, como no presente feito (TJSP; Apelação Criminal 1500028-97.2022.8.26.0073; Relator(a): Grassi Neto; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal; Data da Decisão: 31/10/2022; Data de Publicação: 31/10/2022) (grifos próprios).

No *Habeas Corpus* impetrado em favor do Paciente Hugo Gomes Silva, acusado pela prática de roubo majorado pelo uso de emprego de arma de fogo, a Defesa alegou a nulidade do reconhecimento pessoal, diante da inobservância do artigo 226 do CPP, fundamentada na inadmissibilidade, consoante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. A decisão proferida em 06 de março de 2023, que de forma unânime denegou a ordem, seguiu o entendimento do Relator de que o comando legal não é obrigatório, pois a lei não exige, apenas recomenda:

A lei não exige que sejam colocadas ao lado do indiciado ou do réu em processo criminal pessoas parecidas, apenas recomenda que assim seja feito, quando possível. Tem-se, pois, que as formalidades previstas no dispositivo legal em questão constituem mera recomendação, de caráter não essencial, segundo **orientação do Supremo Tribunal Federal (RT 666/379)**, de forma que sua inobservância não acarreta nulidade nem invalida a prova. Assim, inexistindo mácula no processo capaz de prejudicar a ampla defesa, não se verifica ocorrência de nulidade absoluta a ser sanada pela via do remédio heroico. (TJSP; Habeas Corpus Criminal 2307772-38.2022.8.26.0000; Relator(a): Amable Lopez Soto; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal; Data da Decisão: 06/03/2023; Data de Publicação: 06/03/2023) (grifos próprios).

O caso a seguir merece maior enfoque: no dia 03 de março de 2023, em sede de apelação contra sentença que condenou o acusado Victor Rodrigues Malagutti às penas de 04 anos, 01 mês e 23 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 09 dias-multa, no valor unitário mínimo, por violação ao art. 157, *caput*, cc. art. 14, II, ambos do Código Penal, a Defesa aduziu pela absolvição do réu em razão da nulidade do procedimento de reconhecimento fotográfico realizado durante a fase investigatória, uma vez que o artigo 226 do CPP não foi observado.

Em uma primeira leitura, o acórdão mostra ciência quanto ao novo entendimento do STJ em relação ao reconhecimento de pessoas ao colacionar trecho da decisão proferida no HC nº 598.886/SC, da relatoria do E. Min. Rogério Schietti Cruz e ao mencionar a resolução n. 484, de 19.12.2022, editada pelo Conselho Nacional de Justiça, por meio da qual foram estabelecidas “diretrizes para a realização do reconhecimento de pessoas em procedimentos e processos criminais e sua avaliação no âmbito do Poder Judiciário”:

Dentre os motivos que levaram à elaboração da Resolução nº 484, de 19/12/2022, o Conselho Nacional de Justiça considerou que “ (...) o reconhecimento de pessoas

equivocado é uma das principais causas de erro judiciário, conforme demonstrado por ampla produção científica, nacional e internacional, que indica a existência de diversos fatores sensíveis no procedimento de reconhecimento (...) ” (TJSP; Apelação Criminal 0012756-93.2022.8.26.0576; Relator(a): J.e.s.bittencourt Rodrigues; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal; Data da Decisão: 03/03/2023; Data de Publicação: 03/03/2023).

Contudo, ao analisar o caso concreto, concluiu-se que, mesmo com a inobservância do artigo 226, “o presente caso enseja *distinguishing* quanto ao acórdão paradigma da nova orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça” (TJSP; Apelação Criminal 0012756-93.2022.8.26.0576, 2023), posto que, embora a vítima não tenha ratificado o reconhecimento feito no inquérito em juízo, os policiais militares mencionaram que “conseguiram localizá-lo [acusado] nas imediações, portando um simulacro de arma de fogo e com as mesmas características físicas narradas pelo ofendido Diego Rabelo da Cunha, **o que torna certa a confirmação da autoria delitiva**” (TJSP; Apelação Criminal 0012756-93.2022.8.26.0576, 2023) (grifos próprios). Pondera ainda que:

Ora, como se sabe, o reconhecimento vale pelo grau de certeza que possui e não pela sua espécie, **de sorte que apenas pode ser desconsiderado quando presente alguma circunstância que torne suspeita a identificação** (TJSP; Apelação Criminal 0012756-93.2022.8.26.0576; Relator(a): J.e.s.bittencourt Rodrigues; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal; Data da Decisão: 03/03/2023; Data de Publicação: 03/03/2023) (grifos próprios).

É possível assim observar que é conferida maior credibilidade ao depoimento dos policiais, diante da ausência de motivos para mentir em desfavor do agente, que ainda tem o condão de legitimar o reconhecimento, mitigando eventuais irregularidades do procedimento na fase policial, de modo que, ao final, com base nesse raciocínio, o provimento ao apelo foi negado:

Eventual inobservância do preceito legal ocasionaria mera **nulidade relativa**, cujo reconhecimento demandaria a demonstração de efetivo prejuízo pela parte que alega, nos termos do princípio da instrumentalidade das formas, previsto no artigo 563, do Código de Processo Penal, que consagra o princípio “*pas de nullité sans grief*”. Assim, sob qualquer ângulo que se examine a questão, superada encontra-se o postulado reconhecimento da nulidade apontada, quer **porque não demonstrado o claro prejuízo**, quer porque houve a produção de outras provas, “*independentes e*

suficientes o bastante, produzidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, hábeis a amparar o decreto condenatório” [...] Ante o exposto, afastada a matéria preliminar, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação (TJSP; Apelação Criminal 0012756-93.2022.8.26.0576; Relator(a): J.e.s.bittencourt Rodrigues; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal; Data da Decisão: 03/03/2023; Data de Publicação: 03/03/2023) (grifos próprios).

Em uma linha minoritária, alguns julgados do mesmo Tribunal acertadamente concluem pela nulidade do reconhecimento que desobedece a previsão do artigo 226 do CPP. Para a seleção, foi aplicado o seguinte filtro: “reconhecimento de pessoas” e “dou provimento”; “art. 226, CPP”, “inobservância” e “dou provimento”; “art. 226, CPP”, “recomendação legal” e “dou provimento”; “art. 226, CPP”, “nulidade” e “dou provimento”; “art. 226, CPP”, “HC 598886/SC” e “dou provimento”.

Em relação aos campos específicos, foram mantidos os mesmos utilizados na busca de acórdãos que mantiveram a condenação sob o fundamento de que o artigo 226, do CPP, é uma mera recomendação legal, vale dizer, para “classe”, foram selecionados, dentro de “processo criminal” os seguintes: Medidas garantidoras > Habeas Corpus Criminal; e Recursos: Apelação Criminal e Embargos de Declaração Criminal. Isso se deve a razão de que a “palavra final” dessas ações em segundo grau será do TJSP.

Idem em relação ao assunto, dentro do ramo do Direito Penal, foram selecionados os seguintes crimes contra o patrimônio: furto; furto qualificado; roubo; e roubo majorado. Ademais, foram selecionados julgados recentes, do ano de 2018 a 2023. Por fim, no tocante à origem, somente aqueles oriundos do 2º grau e, em relação ao tipo de publicação, acórdãos e decisões monocráticas.

Dois principais foram selecionados para análise. No primeiro, a decisão que acolheu a apelação foi proferida em 25 de janeiro de 2023. A apelação foi interposta pela defesa em favor de Luis Henrique Brito que foi condenado às penas de 01 (um) ano, 02 (dois) meses e 28 (vinte e oito) dias de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 04 (quatro) dias-multa, no valor unitário mínimo, como incurso no artigo 157, *caput*, c.c. o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, tendo sido substituída a pena privativa de liberdade por internação de 01 (um) ano, nos termos do artigo 98 do Código Penal. Ao réu foi indeferido o direito de recorrer em liberdade.

Em juízo, a vítima José procedeu ao reconhecimento do acusado em audiência virtual, manifestando certeza. Ao relatar o ocorrido no dia dos fatos, mencionou que antes de “levar a pancada conseguiu ver rosto do acusado, o qual reconheceu pela roupa, que era a mesma, e, também, pelo rosto” (Apelação Criminal 1501425-71.2021.8.26.0286; TJSP; 2023). Acrescentou que “no momento do reconhecimento na delegacia estava **apenas o réu**, realizando o reconhecimento pessoal” (Apelação Criminal 1501425-71.2021.8.26.0286; TJSP; 2023) (grifos próprios). Contudo, como concluiu a decisão que absolveu o Apelante, mesmo que em contraditório a vítima tenha reconhecido o acusado, as circunstâncias do procedimento tornam-no nulo, em face da inobservância do artigo 226 do CPP:

Destarte, embora sob o crivo do contraditório a vítima tenha reconhecido Luís Henrique, tal elemento probatório **não é suficiente ao decreto condenatório, consideradas as circunstâncias dos atos de reconhecimento**. Ademais, além do reconhecimento efetuado, **nada mais há nos autos que aponte a autoria delitiva**. Nota-se, portanto, que os reconhecimentos realizados, na delegacia e em juízo, ambos sem observância ao disposto no artigo 226 do Código de Processo Penal, porquanto ausentes outras pessoas, são os únicos e frágeis elementos de prova da autoria delitiva.

[...]

Destarte, conforme se observa nos precedentes acima colacionados, o reconhecimento realizado na delegacia, sem observância do previsto no artigo 226 do Código de Processo Penal, ainda que ratificado em juízo, também, sem a observância do dispositivo processual, não tem o condão de, por si só, conduzir à prolação de édito condenatório. Aliás, como inclusive constou nas declarações da vítima, **na delegacia o réu lhe foi apresentado sozinho para reconhecimento. Na instrução processual, somente o acusado estava presente, sendo sequer apresentados motivos idôneos para o descumprimento do dispositivo processual**.

[...]

Ante o exposto, prejudicada a análise da preliminar, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao recurso defensivo para absolver o réu Luis Henrique Brito da imputação prevista no artigo 157, caput, c.c. o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal (TJSP; Apelação Criminal 1501425-71.2021.8.26.0286; Relator(a): Luiz Fernando Vaggione; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Criminal; Data da Decisão: 25/01/2023; Data de Publicação: 25/01/2023) (grifos próprios).

No segundo caso, também em sede de Apelação, a decisão do dia 22 de fevereiro de 2023 concluiu pela absolvição de Edval Anacleto que foi condenado pelo juízo de piso à pena de 03 anos e 06 meses de reclusão no regime inicial fechado e 17 dias-multa, com valor unitário no mínimo legal, como incurso no artigo 155 §4º inciso I c.c. artigo 61 inciso I, do Código

Penal. A Defesa alegou que as imagens captadas pelas câmeras do local não permitem a identificação do suspeito, sendo incapaz de se constatar que a pessoa vista nas filmagens é Edval. O acusado teria sido visto pela testemunha Maria Aparecida, vizinha da vítima. Ao proceder ao reconhecimento em sede policial, uma semana após o acontecimento, o acusado foi reconhecido como autor do delito.

Maria descreveu o furtador como um homem branco, barba por fazer, que usava óculos, de estatura mediana, que usava um boné preto e óculos de grau. Complementa do mesmo modo que “foi levada a uma sala reservada onde através de um orifício em uma porta pôde observar um homem com as características já mencionadas e reconheceu **com certeza** como o suspeito que visualizou na data” (Apelação Criminal 1501265-77.2019.8.26.0363; TJSP; 2023) (grifos próprios). Ademais, Maria acrescentou que identificou o acusado “**mais pela boca e formato do rosto**, como a pessoa que estava acostumada a ver nos arredores da vizinhança.” (Apelação Criminal 1501265-77.2019.8.26.0363; TJSP; 2023) (grifos próprios).

Como habilmente exposto no acórdão, a prova do reconhecimento positivo de Edval, tanto em sede policial, quando em juízo, é imprestável, uma vez que não observou o artigo 226 do CPP, em vista da sugestionabilidade, fundamentando tal entendimento no julgamento paradigmático do Habeas Corpus nº 598.886/SC e no Habeas Corpus nº 652.284/SC, ambos do STJ:

Uma vez que o réu foi **apresentado a ela sozinho, tanto na delegacia quanto em Juízo, sem outras pessoas perfiladas ao seu lado**, e ainda se tratava de figura comum a ela, visto ter mencionado se recordar que ele circulava pelo bairro com frequência, tendo destacado havê-lo reconhecido com a pessoa que estava acostumada a ver nos arredores da vizinhança (TJSP; Apelação Criminal 1501265-77.2019.8.26.0363; Relator(a): Marcelo Semer; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal; Data da Decisão: 22/02/2023; Data de Publicação: 22/02/2023) (grifos próprios).

Assim, diante da ausência de outros elementos que convirjam no sentido de apontar a culpa do acusado, a única alternativa seria a absolvição:

Vale ressaltar que **não se está afirmando categoricamente que o réu não é o autor do delito, mas apenas que as provas produzidas em juízo não permitem chegar a tal conclusão**, de modo que, em respeito ao princípio constitucional da presunção de

inocência, a carência de provas, cujo ônus incumbia à acusação, deve levar à absolvição (TJSP; Apelação Criminal 1501265-77.2019.8.26.0363; Relator(a): Marcelo Semer; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal; Data da Decisão: 22/02/2023; Data de Publicação: 22/02/2023) (grifos próprios).

É inegável que os Desembargadores, em sua maioria, seguem apegados à uma visão ultrapassada do reconhecimento de pessoas, entendendo que o artigo 226 do Código de Processo Penal se trata de mera recomendação ou ainda, que sua inobservância não deve acarretar algum prejuízo para a parte, de forma que o reconhecimento é válido.

A questão central que permanece é: como provar se há prejuízo se uma vez que o reconhecimento é mal feito, a memória é irreversivelmente contaminada? O entendimento majoritário dos julgadores do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo anda em desconformidade com os avanços da Psicologia do Testemunho, fechando os olhos para questões da falibilidade das provas dependentes da memória.

Não bastante, é evidente a ausência de constrangimento na colação de julgados obsoletos nas decisões do referido Tribunal. Em outros dizeres, há despudor na menção da jurisprudência arcaica, uma vez que Superior Tribunal de Justiça, no HC nº 598.886/SC, expressamente firmou uma mudança de paradigma, impondo a todos os Tribunais que seguissem a partir de então o novo entendimento. É necessário dizer o óbvio: as decisões mantêm condenações, muitas vezes, lastreadas em um frágil conjunto probatório de um reconhecimento frágil. O julgador, nesse cenário, possui uma tranquilidade em se acomodar em um estado de desconexão da realidade, quando não de ignorância de influência punitivista, que, em muitos casos, perpetua uma série de condenações injustas dos alvos preferenciais do sistema de justiça criminal brasileiro.

Como elencado, a ciência da Psicologia do Testemunho é avançada, trazendo melhores explicações sobre o funcionamento da memória, com as fases de apreensão, consolidação e armazenamento dos acontecimentos, bem como propõe regras procedimentais a serem seguidas na busca de um reconhecimento menos falho e mais justo. Assim, não há ausência de estudos ou regramento para que se argumente sobre a inexistência de outros caminhos a serem tomados, sobre o que é o correto a ser feito. A questão principal que atualmente impede a completa transformação no reconhecimento de pessoas é a resistência das instituições judiciárias em seguir os novos entendimentos, sendo forçosa e inadiável a mudança da cultura prática, a fim de romper com o estado de injustiça epistêmica que impera atualmente.

6. ANÁLISE CRÍTICA

6.1 Aspectos de um reconhecimento justo

O reconhecimento de pessoas é um meio de prova dependente da memória e, conseqüentemente, as falhas da memória e o emprego de técnicas inadequadas no procedimento podem gerar reconhecimentos falsos e condenação de inocentes.

Desse modo, é necessário um treinamento dos agentes do sistema de justiça, especialmente dos agentes policiais, que tem o papel essencial na condução do procedimento de reconhecimento de forma adequada, posto que, um erro, embora tido como simples descumprimento de uma formalidade da lei, pode levar a contaminações irreversíveis da memória. Após o crime, quando a vítima/testemunha comparece na delegacia para narrar o ocorrido, é possível que novas informações sejam incorporadas à memória, interferindo desde então no relato que será prestado.

Nesse aspecto, podem incidir variáveis no depoimento testemunhal, que, segundo Wells (1978, p. 1546-1557), são as variáveis do sistema (*system-variable* – SV) e as variáveis de estimação (*estimator-variable* – EV).

As variáveis do sistema, como mencionado, dizem respeito a variáveis que são manipuláveis em processos criminais, isto é, estão sob o controle do sistema de justiça, como por exemplo a estrutura de um procedimento de reconhecimento em *line-up*.

As perguntas feitas em sede policial, à título de exemplo, podem influenciar na forma que a descrição do suspeito será fornecida pela testemunha, de modo que perguntas sugestivas (*leading questions*), tal como, se “o autor tinha luzes no cabelo”, devem ser evitadas, tendo em vista que orientam a resposta que será fornecida (Cecconello; Stein, 2020, p. 176).

Variáveis de estimação, por sua vez, ainda que devam ser consideradas, dadas ao seu igual papel de contaminação da memória, não podem ser controladas pelo sistema, por isso, são estimadas, como por exemplo, as características da testemunha.

Assim, a descrição do suspeito deve ser obtida somente através do relato livre fornecido pela vítima/testemunha, pois permitem a narração livre do evento e uma ampla margem de respostas, ao mesmo tempo que evita a sugestionabilidade mencionada.

Da mesma forma, o vocabulário empregado no procedimento, na medida em que pode influir na forma de condução da entrevista, bem como na resposta da testemunha, deve ser

atentamente escolhido, sob pena de fornecer novas informações para a vítima, contaminando sua memória e consequentemente, o procedimento.

Outra premissa para a obtenção de um reconhecimento justo é que ele deve ser feito através do alinhamento (*line-up*), no qual o suspeito é apresentado juntamente com outros indivíduos sabidamente inocentes (*fillers*) (Wells, 1978; Wells *et al.*, 2020 *apud* Cecconello; Stein, 2020, p. 180), com o intuito de diminuir o risco dos falsos reconhecimentos. Ainda, na hipótese da identificação de um *filler* como o autor do delito, o reconhecimento da testemunha ou vítima equivalerá a um não-reconhecimento.

Segundo Wooten *et. al.* (2020), o alinhamento com 3, 6, 9 ou 12 pessoas não traz vantagens ou desvantagens, desde que todos possuam as mesmas características. Todavia, no presente trabalho será adotada a posição de que é recomendável que o suspeito seja apresentado com pelo menos 6 indivíduos sabidamente inocentes e no máximo 12 (Wells; Memon; Penrod, 2006 *apud* Cecconello; Stein, 2020, p. 177), ou pelo menos com outros 5 indivíduos que não são suspeitos (Matida; Cecconello, 2021).

Do mesmo modo, se entende pela imperatividade de que os *fillers* sejam necessariamente selecionados com base na semelhança com o suspeito, para o fim de evitar que este se destaque ao lado dos demais. Logo, se o suspeito possui barba e cabelos ondulados, os *fillers* selecionados devem possuir as mesmas características.

O alinhamento ainda pode ser realizado de maneira simultânea, com o alinhamento do suspeito e *fillers* ao mesmo tempo, porém, aqui adota-se o entendimento de que sejam mostrados sequencialmente, com a apresentação de um rosto por vez, com a resposta da testemunha ao final da apresentação de todos os rostos.

Para evitar o enviesamento, mesmo o involuntário, no procedimento de reconhecimento, recomenda-se a aplicação do chamado duplo-cego, método cujo “responsável por conduzir o reconhecimento **não sabe quem é o suspeito** nem qual sua posição no alinhamento. Assim, o investigador do caso pode criar o *line-up* e solicitar a um colega que realize o reconhecimento com a testemunha” (Cecconello; Stein, 2020, p. 181) (grifos próprios).

Instruções e confirmações fornecidas ao reconhecedor pelo agente que conduz o procedimento, os chamados *feedbacks*, também devem ser evitados, sob pena de reforçar ou modificar subsequentes respostas da testemunha” (Clark; Gudjonsson, 1986 *apud* Kagueiama, 2021, p. 140).

Assim, a recomendação é apenas “agradecer à testemunha/ vítima pela sua disponibilidade e coletar o grau de confiança da testemunha/vítima em sua resposta por meio de perguntas abertas (e.g., “Quão confiante você está?”), ao invés de utilizar uma pergunta fechada/sugestiva (e.g., “Você tem certeza? ”) (CNJ, 2022b, p. 39).

Ademais, é essencial a gravação e registro em vídeo do reconhecimento, especialmente para a garantia da conservação, permitindo que o procedimento possa ser resgatado, a fim de valoração da aptidão probatória do meio e análise da forma como foi conduzido:

A coleta de um registro em vídeo dos procedimentos de reconhecimento também é uma prática padrão na Inglaterra e no País de Gales, mas não no Brasil, onde é realizado um termo. Existem muitas limitações na documentação do procedimento de reconhecimento em registros escritos, por exemplo, pode ser difícil lembrar as palavras exatas da testemunha/vítima, resultando em relatórios parciais (WELLS *et al.*, 2020).

O registro em vídeo do reconhecimento oferece aos juízes, jurados, procuradores e advogados a oportunidade de avaliar plenamente todas as etapas (desde a entrevista para obter a descrição) e se de fato estão sendo empregados protocolos para alcançar um procedimento justo (Modjadjdj; Kovera, 2018 *apud* CNJ, 2022b, p. 39) (grifos próprios).

O Conselho Nacional de Justiça, em setembro de 2022, elaborou um “protocolo para a realização do reconhecimento de pessoas em sede policial”, com etapas que devem ser seguidas pelos agentes policiais na busca de um reconhecimento justo, nos moldes da Psicologia do Testemunho, aplicada à realidade.

A condução da entrevista investigativa do reconhecimento deve ser conduzida por um profissional capacitado para realizar entrevistas em um ambiente acolhedor (*rapport*), atento às variáveis de estimacão e do sistema, bem como evitando a sugestionabilidade da vítima/testemunha.

Tendo como questão importante do reconhecimento o racismo e o efeito da outra raça, o profissional deve estar ciente de que homens negros são vítimas preferenciais do sistema de justiça criminal, especialmente, do reconhecimento injusto, de forma que é necessária a formação racial para identificação da influência das questões raciais:

(i) A vítima/testemunha será ouvida em um ambiente acolhedor e reservado, para protegê-la da exposição, constrangimento ou desconforto ao longo da escuta;

(ii) O ambiente **deverá** contar com aparelho de captação de imagem e som, devendo ser feito o registro audiovisual do procedimento como um todo;

(iii) A inquirição deve ser iniciada com a **descrição** do potencial autor do fato na forma de relato livre, a ser complementado, quando necessário, **com perguntas abertas e não indutivas**;

(iv) Após o exaurimento da descrição do potencial autor do fato, deverão ser colhidas **informações referentes ao ambiente** - luminosidade, clima, distância etc. - onde se deu o delito, de forma a avaliar a real possibilidade de identificação sob as condições apresentadas (CNJ, 2022c, p. 56) (grifos próprios).

O reconhecimento deve necessariamente ser realizado de forma presencial. A realização na modalidade virtual, no entanto, poderá ser realizada através de fotografias, desde que devidamente justificada. Na realização do reconhecimento:

(i) O reconhecimento do potencial autor do fato deverá ser realizado, em delegacia, durante a fase anterior ao processo penal, **havendo decorrido o menor tempo possível do delito**;

(ii) O profissional que realiza o procedimento **não deve ter conhecimento** da identidade do potencial autor do fato, nem de sua posição, no caso de alinhamento simultâneo, ou ordem no caso de alinhamento sequencial;

(iii) A vítima/testemunha **deve ser informada** que o autor do delito **pode não** estar presente entre as pessoas ou fotografias que lhe foram apresentadas, de modo que ela não é obrigada a selecionar um potencial autor do fato;

(iv) A vítima/testemunha deve ser informada que as investigações continuarão independentemente do reconhecimento, ou não, de um potencial autor do fato.

(v) O procedimento do reconhecimento deverá ser registrado por áudio e vídeo, preferencialmente sem cortes, considerando todo o ambiente e todas as pessoas nele presentes. Os cortes ao registro audiovisual deverão ser justificados pela autoridade responsável (CNJ, 2022c, p. 57-58) (grifos próprios).

As instituições policiais têm o papel essencial na investigação e garantia dos direitos fundamentais, contudo, em muitos casos, acabam por reiterar práticas discriminatórias e racistas, que denunciam uma cultura institucionalizada que vai de encontro com o princípio da presunção de inocência no Estado Democrático de Direito. É necessária assim, uma reforma na política do sistema de justiça criminal, com a unificação de protocolos do procedimento de reconhecimento, uniformização dos critérios de validade da prova, capacitação e treinamento à luz dos avanços da Psicologia do Testemunho, com a ciência das falhas das provas dependentes da memória, bem como um sistema de registro nacional dos casos de falhas de procedimento, a fim de publicizar dados, viabilizando assim, o enfrentamento da questão.

6.2 A elasticidade da expressão “se possível” do artigo 226, inciso II, do CPP

A relativização da observância do procedimento de reconhecimento de pessoas instituído no artigo 226 do Código de Processo Penal, como observado em alguns julgados, permite a multiplicação dos falsos reconhecimentos, que reiteradamente dão causa a erros judiciais com a condenação de inocentes. Assim, é imperativa a estrita observância às formalidades da lei. Os avanços da Psicologia do Testemunho, são refletidos na jurisprudência, especialmente, no entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), contudo, em matéria legislativa, é um cenário novo que ainda não foi incorporado ao Código de Processo Penal.

Em outros dizeres, ainda que a jurisprudência firme a necessidade de obediência à lei, a lacuna deixada pelo artigo 226 do CPP, bem como o uso do termo “se possível”, abre margem para que decisões, como alguns acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, prossigam em um estado de negação, fundado justamente na questão que a própria lei não obriga que o procedimento seja feita da forma prevista. Com o fim de melhor pormenorizar a previsão em lei, o projeto de lei (PL) 676/2021, de autoria do Senador Marcos do Val (PODEMOS/ES), já aprovado pelo Senado, altera as regras para o reconhecimento de pessoas. Atualmente, o PL está em análise na Câmara dos Deputados com os seguintes objetivos:

disciplina o reconhecimento de pessoas no âmbito do Processo Penal; permite o reconhecimento a partir de fotografia; torna obrigatórias a presença, ao lado da pessoa que se pretende reconhecer, de ao menos duas pessoas que com ela guardem semelhança e a advertência à pessoa que faz o reconhecimento de que o autor do crime pode não estar presente” (Senado Federal, 2021).

Para fins de também contribuir nos esforços para a mudança de postura das instituições judiciais em relação ao reconhecimento de pessoas, assim como coibir as más condutas e evitar as falhas nos reconhecimentos de pessoas, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em dezembro de 2022, aprovou a Resolução n. 484/2022 que “estabelece diretrizes para a realização do reconhecimento de pessoas em procedimentos e processos criminais e sua avaliação no âmbito do Poder Judiciário” (Resolução n. 484, de 19 de dezembro de 2022).⁹

⁹ O artigo 102 do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) permite que o órgão, criado pela Emenda Constitucional n. 45/04 e disciplinado no artigo 103-B, da Constituição Federal de 1988, edite atos

Na medida em que há similaridades entre o texto do projeto de lei 676/2021 e a Resolução 484/2022, será feito um comparativo para o fim de destacar os pontos relevantes e verificar que ambos incorporam medidas para implementação de boas práticas que garantem simultaneamente a proteção dos indivíduos, bem como norteiam a atuação de agentes estatais.

No texto do PL 676/2012, consta a previsão que a pessoa tiver que realizar o reconhecimento, deverá “Art. 226 [...] (a) descrever a pessoa que deva ser reconhecida, devendo-se observar o uso de relato livre e de perguntas abertas, vedado o uso de perguntas que possam induzir ou sugerir a resposta” (Senado Federal, 2021), incorporando os estudos da Psicologia do Testemunho, especialmente referente a indução ou a realização de perguntas abertas, em vista da sua aptidão em contaminar a memória. A mesma previsão também consta no artigo 6º, inciso I, da resolução do CNJ:

[...] solicitação à vítima ou testemunha para **descrever as pessoas** investigadas ou processadas pelo crime, por meio de **relato livre e de perguntas abertas**, sem o uso de questões que possam **induzir ou sugerir** a resposta; (Resolução 484, CNJ, 2022e, p. 5) (grifos próprios)

No tocante a incorporação das variáveis de estimação, está disposto, no PL 676/2021, que a vítima/testemunha deverá fornecer as condições em que visualizou o suspeito, descrevendo condições como a iluminação e distância:

Art. 226, I, b: será perguntada sobre a **distância aproximada** a que estava do suspeito, o **tempo aproximado** durante o qual visualizou o rosto do suspeito, as **condições de visibilidade e de iluminação no local e a distância aproximada a que estava do fato** (Senado Federal, 2021) (grifos próprios).

De igual modo, a mencionada resolução do CNJ também prevê no artigo 6º, inciso II, o seguinte:

normativos, no caso, as Resoluções, com força vinculante e dotadas de irrecorribilidade. Contudo, o CNJ é um órgão judicial (faz parte da estrutura do Poder Judiciário), de natureza administrativa, o que não lhe permite exercer poderes jurisdicionais. Tal fato enseja o debate, ainda atual, sobre a sua atuação atípica, que inclusive já foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.367/DF, no Supremo Tribunal Federal, ocasião em que foi determinado que o Conselho tem a competência de expedir atos com força de lei. Porém, em contrapartida, houve uma ampliação dos limites impostos pela Constituição, o que permite a invasão da competência dos demais Poderes.

[...] indagação sobre a **dinâmica dos fatos**, a **distância aproximada** a que estava das pessoas que praticaram o fato delituoso, o **tempo aproximado** durante o qual visualizou o rosto dessas pessoas, as **condições de visibilidade e de iluminação no local** (Resolução 484, CNJ, 2022e, p. 5) (grifos próprios).

Ademais, de acordo com o texto do PL 676/2021, a vítima/testemunha será informada que o suspeito poderá não estar presente no procedimento, sendo vedado o *feedback* confirmando ou negando a identificação do suspeito:

Art. 226, II: antes de iniciar o procedimento de reconhecimento, a vítima ou a testemunha será alertada de que:

- a) **o autor do delito pode ou não** estar entre aqueles que serão apresentados;
- b) após observar as pessoas apresentadas, **ela poderá reconhecer uma dessas, bem como não reconhecer qualquer delas**;
- c) as investigações continuarão independentemente de uma pessoa ser reconhecida (Senado Federal, 2021) (grifos próprios).

Isso também é disposto nos incisos I, II e III do artigo 7º, da Resolução do CNJ:

Art. 7º. Imediatamente **antes** de iniciar o procedimento de reconhecimento, a vítima ou a testemunha será alertada de que:

- I – a pessoa investigada ou processada **pode ou não** estar entre aquelas que lhes serão apresentadas;
- II – após observar as pessoas apresentadas, ela poderá reconhecer uma dessas, bem como não reconhecer qualquer uma delas;
- III – **a apuração dos fatos continuará independentemente do resultado do reconhecimento**;

(Resolução 484, CNJ, 2022e, p. 5-6) (grifos próprios).

No texto do PL e da resolução do CNJ, ainda foi incorporada a previsão de que a vítima/testemunha deve indicar, sem interferências, o nível de certeza que possui em relação à sua resposta:

Art. 226, VI – após a resposta da testemunha ou da vítima quanto a ter reconhecido ou não alguma das pessoas exibidas, será solicitado que aquela indique, **com suas próprias palavras, o grau de confiança de sua resposta**, sendo **vedado** que se dê à vítima ou à testemunha qualquer tipo de informação acerca de sua identificação ter sido correta ou incorreta; (Senado Federal, 2021) (grifos próprios).

Art. 9º **Após a realização da entrevista prévia, das instruções pertinentes** e do alinhamento, de acordo com os artigos anteriores, a vítima ou a testemunha será convidada a apontar se reconhece, entre as fotografias ou pessoas apresentadas, aquela que participou do delito (Resolução 484, CNJ, 2022e, p. 7) (grifos próprios).

Segundo o texto do PL, a pessoa suspeita deverá ser apresentada com no mínimo, outras 3 pessoas que sejam sabidamente inocentes e atendam às descrições fornecidas pela vítima/testemunha sobre o suspeito, evitando que este venha a se destacar. Em contrapartida, a resolução do CNJ já prevê 4 pessoas, no mínimo, o que vai ao encontro do entendimento defendido ao longo do trabalho, de que pelo menos devem ser apresentadas mais de 3 pessoas:

Art. 226, III – a pessoa cujo reconhecimento se pretender será apresentada com, no mínimo, outras **3 (três) pessoas sabidamente inocentes** que atendam igualmente à descrição dada pela testemunha ou pela vítima, de modo que a pessoa suspeita não se destaque das demais (Senado Federal, 2021) (grifos meus).

Art. 8º, II – a pessoa investigada ou processada será apresentada com, **no mínimo, outras 4 (quatro) pessoas não relacionadas ao fato investigado, que atendam igualmente à descrição** dada pela vítima ou testemunha às características da pessoa investigada ou processada (Resolução 484, CNJ, 2022e, p. 6) (grifos próprios).

Há ainda previsão de mais regras no caso de reconhecimento fotográfico, como a proibição de apresentação de fotografias retiradas de redes sociais, que em sua maioria, fomentam um viés indutivo quando apresentadas à vítima.

De igual modo, o há vedação da apresentação informal de fotografias, como ocorre em casos nos quais policiais apresentam fotos de suspeitos no aparelho celular, ainda no local do crime:

Art. 226, VII – no caso de reconhecimento de pessoa feito por meio de fotografia, deverão ser observadas também as seguintes regras:

- a) no caso de reconhecimento positivo, todas as fotografias utilizadas no procedimento deverão ser juntadas aos autos, com a respectiva indicação da fonte de sua extração;
- b) são vedadas a apresentação de fotografias que se refiram **somente a pessoas suspeitas, integrantes de álbuns de suspeitos, extraídas de redes sociais**, restritas a amigos ou associados conhecidos de suspeito já identificado ou de suspeitos de outros crimes semelhantes, bem como a apresentação informal de fotografias por autoridades de polícia judiciária ou de policiamento ostensivo.

(Senado Federal, 2021) (grifos próprios).

Art. 8, § 2º - A fim de assegurar a legalidade do procedimento, **a autoridade zelará para a não ocorrência de apresentação sugestiva**, entendida esta como um conjunto de fotografias ou imagens que se refiram somente a pessoas investigadas ou processadas, integrantes de álbuns de suspeitos, extraídas de redes sociais ou de qualquer outro meio (Resolução 484, CNJ, 2022e, p. 6) (grifos próprios).

Consta também que o descumprimento ao disposto na lei, resultará na inadmissibilidade do reconhecimento positivo, bem como das provas que venham dela decorrer:

Art. 226, § 1º - A inobservância do procedimento previsto neste artigo implicará a **inadmissibilidade do reconhecimento positivo** como elemento de informação ou de prova, alcançando eventual prova derivada que guarde com ele qualquer nexo de causalidade ou que não pudesse ter sido produzida de forma independente (Senado Federal, 2021) (grifos próprios).

Art. 11 - Ao apreciar o reconhecimento de pessoas efetuado na investigação criminal, e considerando o disposto no art. 2º, § 1º, desta Resolução, a autoridade judicial **avaliará a higidez do ato**, para constatar se houve a adoção de todas as cautelas necessárias, **incluídas a não apresentação da pessoa ou fotografia de forma isolada ou sugestiva, a ausência de informações prévias, insinuações ou reforço das respostas apresentadas**, considerando o disposto no art. 157 do Código de Processo Penal (Resolução 484, CNJ, 2022e, p. 7) (grifos próprios).

Por fim, deverá ser lavrado um auto de reconhecimento pela Autoridade Policial, descrevendo a pessoa que procedeu ao reconhecimento, sua raça autodeclarada, a pessoa que eventualmente for reconhecida e a sua raça, com o destaque para a resolução, que prevê além da autodeclaração a heteroidentificação, vale dizer, a identificação étnico-racial feita por outras pessoas (percepção social):

Art. 226, § 2º Deve ser consignada no auto de que trata o inciso VIII do caput deste artigo a **raça autodeclarada da pessoa que tiver de fazer o reconhecimento**, bem como da pessoa eventualmente reconhecida (Senado Federal, 2021) (grifos próprios).

Art. 6º, caput - A entrevista prévia será composta pelas seguintes etapas: III – inclusão de autodeclaração da vítima, da testemunha e das pessoas investigadas ou processadas pelo crime sobre a sua raça/cor, bem como **heteroidentificação da vítima e testemunha em relação à raça/cor das pessoas investigadas ou processadas** (Resolução 484, CNJ, 2022e, p. 4-5) (grifos próprios).

Segundo o texto do PL e da Resolução, o procedimento deverá ser registrado em gravação audiovisual e será lavrado um auto que deverá ser assinado por duas testemunhas

presenciais. Contudo, somente o texto do PL traz a vedação de que unicamente o reconhecimento positivo seja utilizado para a decretação de medidas cautelares ou decisão de recebimento de denúncia ou queixa e ainda, de sentença condenatória ou de pronúncia no procedimento do júri:

Art. 226, VIII – do ato de reconhecimento será lavrado **auto pormenorizado**, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por 2 (duas) testemunhas presenciais, devendo nele constar declaração expressa de que todas as formalidades previstas neste Código foram cumpridas;

Art. 226, § 3º O reconhecimento do suspeito, inclusive o realizado por meio de fotografia, **deverá ser corroborado por outros elementos externos de prova**, não sendo suficiente, por si só, para a decretação de **medidas cautelares reais ou pessoais**, para o recebimento de denúncia ou queixa, para a decisão de pronúncia no procedimento do júri e para a prolação de sentença condenatória (Senado Federal, 2021) (grifos próprios).

Art. 5º, §1º - Para fins de aferição da legalidade e garantia do direito de defesa, o procedimento será integralmente gravado, desde a entrevista prévia até a declaração do grau de convencimento da vítima ou testemunha, com a disponibilização do respectivo vídeo às partes, caso solicitado.

Art. 10 - O ato de reconhecimento será reduzido a termo, de forma pormenorizada e com informações sobre a fonte das fotografias e imagens, para juntada aos autos do processo, em conjunto com a respectiva gravação audiovisual (Resolução 484, CNJ, 2022e, p. 4 e 7).

Nessa esteira, também visando incidência na questão, para um tratamento legislativo que evite as condenações injustas, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), também apresentou em 2022 um anteprojeto de lei com diretrizes para alterações no Código de Processo Penal. O grupo de trabalho, coordenado pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Rogério Schietti Cruz, elaborou um texto com regras fundamentadas nas orientações da Psicologia do Testemunho e boas práticas levando em conta cinco eixos:

- (i) a sugestionabilidade do responsável pelo reconhecimento;
 - (ii) a irrepetibilidade do procedimento;
 - (iii) a diminuição da pressão sobre vítimas e testemunhas;
 - (iv) o estrito cumprimento de certas formalidades no alinhamento de pessoas;
 - (v) a garantia do direito ao contraditório em relação a todo o procedimento
- (CNJ, 2022c, p. 109-110).

O texto possui muitas semelhanças com a proposta do PL 676/2021, principalmente porque também propõe que a pessoa que tiver que fazer o reconhecimento deverá, primeiramente, descrever o suspeito através de relato livre e perguntas abertas, contendo detalhes sobre a distância a que estava do autor do delito, além da iluminação do local, evitando assim, o induzimento da autoridade que conduz o procedimento:

Art. 226. Sempre que houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento:

a) será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida, devendo-se observar o uso **de relato livre e de perguntas abertas, vedado o uso de perguntas que possam induzir ou sugerir a resposta;**

b) será perguntada sobre a **distância aproximada** a que esteve do autor do delito, o tempo aproximado durante o qual visualizou o rosto daquele, bem como as condições de visibilidade e iluminação no local e a distância aproximada que estava do fato.

(CNJ, 2022c, p. 106) (grifos próprios).

O texto prevê que o suspeito deverá ser apresentado com no mínimo outras quatro pessoas, com características semelhantes àsquelas descritas pela vítima sobre o suspeito, impedindo que este venha a se destacar.

Ademais, o texto traz um importante avanço no sentido de que as investigações continuarão, ainda que a vítima/testemunha reconheça o real autor do delito, a fim de evitar que o reconhecimento positivo por si só embase a formação da culpa do acusado:

Art. 226, II – antes de iniciar o procedimento de reconhecimento, a vítima ou testemunha será instruída de que:

a) o **autor do delito pode ou não** estar entre aqueles que serão apresentados;

b) após observar as pessoas apresentadas, ela poderá reconhecer uma destas, **bem como não reconhecer quaisquer delas;**

c) as investigações irão continuar independentemente de uma pessoa ser reconhecida.

III – o potencial autor do fato será apresentado com, no mínimo, **outras quatro pessoas** alheias ao fato investigado, que atendam à descrição dada pela testemunha ou pela vítima e sejam concretamente semelhantes, de modo que a pessoa cujo reconhecimento se pretender não se destaque das demais;

(CNJ, 2022c, p. 106) (grifos próprios).

A mudança legislativa no cenário brasileiro é necessária e urgente, especialmente diante do debate atual sobre a questão dos falsos reconhecimentos e suas consequências para o sistema de justiça criminal. Há referências tanto oriundas dos estudos da Psicologia do Testemunho, quanto das legislações estrangeiras que também demonstram uma preocupação com o tema.

Desde 2006, na Nova Zelândia, o *Evidence Act 2006* trouxe previsões para um reconhecimento justo, prevendo que o suspeito deve ser apresentado com pelo menos outras 7 pessoas com características semelhantes a ele, a vedação de *feedbacks* positivos ou negativos fornecidos à vítima/testemunha pela autoridade que conduz o procedimento, o dever de informar ao reconhecedor que o suspeito pode ou não estar entre as pessoas apresentadas, bem como a previsão de que o procedimento deve ser gravado:

- a. that is observed as soon as practicable after the alleged offence is reported to an officer of an enforcement agency; and;
- b. in which the suspect is compared to no fewer than 7 other persons who are similar in appearance to the suspect; and;
- c. in which no indication is given to the person making the identification as to who among the persons in the procedure is the suspect; and
- d. in which the person making the identification is informed that the suspect may or may not be among the persons in the procedure; and
- e. that is the subject of a written record of the procedure actually followed that is sworn to be true and complete by the officer who conducted the procedure and provided to the Judge and the defendant (but not the jury) at the hearing; [...]
(New Zealand. Evidence Act 2006. Subpart 6—Identification evidence - Admissibility of visual identification evidence)

Referência na implementação da Psicologia do Testemunho em pesquisas, os Estados Unidos publicam documentos relevantes para melhor entender as graves consequências que um procedimento de reconhecimento mal conduzido pode trazer ao sistema de justiça, enfatizando assim, a necessidade de mudança de paradigma com a adoção de boas e novas práticas.

Dentre os documentos públicos, citam-se o *National Survey of Eyewitness Identification Procedures in Law Enforcement Agencies*, uma pesquisa com a reunião e análise das práticas adotadas em reconhecimentos realizados nas Delegacias do país, enquanto o *Identifying the Culprit: Assessing Eyewitness Identification*, uma cartilha produzida pelo *National Research Council*, traz sugestões de formalidades a serem observadas. Acompanhando outros países que tem se preocupado com o tema, é necessária uma mudança nos protocolos que versam sobre o reconhecimento de pessoas no Brasil, especialmente, como elucidado, em sua seara legislativa.

6.3 Reconhecimento e Standard Probatório

O reconhecimento de pessoa é um meio de prova admitido no Processo Penal e sua previsão consta nos artigos 226, 227 e 228 do Código de Processo Penal. Contudo, a reiterada inobservância ao procedimento instituído na lei, como exposto anteriormente, gera um cenário de incertezas e fragilização da credibilidade da prova produzida em procedimentos dotados de erros e injustiças. A jurisprudência, em muitos casos, segue no sentido de admitir o reconhecimento de pessoas como única prova para decretar medidas cautelares, como a prisão preventiva e, inclusive, para fundamentar condenações.

O *standard* probatório, nesse contexto, diz respeito à um nível de exigência que uma determinada prova deve atingir para que um fato possa ser considerado verdadeiro. Esse nível é mais elevado na seara do Direito Penal, dado que a liberdade do indivíduo está em discussão e, a partir desse ponto, tem-se que a prova apta para condenar, ou melhor, as provas aptas para fundamentar uma condenação devem superar a dúvida, de modo que possam convencer no sentido de que é mais provável que determinado acontecimento deva ter ocorrido de uma forma, em detrimento de outra:

No **processo civil**, é aceitável um índice de probabilidade acima de **0,5**. No **processo penal**, por força do princípio da presunção de inocência, o índice deve ser de alta probabilidade, ou seja, de **0,9** (Tavares; Casara, 2020, p. 57-58) (grifos próprios).

Nos Estados Unidos e na Inglaterra vigora o princípio intitulado *Blackstone's Formulation* (Formulação de Blackstone), em que o jurista inglês William Blackstone sustenta que, em tradução livre, é melhor que 10 culpados sejam absolvidos do que um inocente seja condenado, em uma clara consolidação da primazia da presunção de inocência e preocupação com a condução do Processo Penal:

All presumptive evidence of felony should be admitted cautiously: for the law holds, that it is better that ten guilty persons escape, than that one innocent suffer (Epps, 2015, p. 1079).

O princípio da presunção de inocência está disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988 e, em nível de Direito Internacional, na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), da qual o Brasil é signatário e prevê no seu artigo 8 (2), que “[...] Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua

inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas [...]”. À luz da Constituição Federal de 1988, o princípio da presunção de inocência e a prova assumem as seguintes finalidades:

A presunção de inocência, assim como todos seus aspectos e desdobramentos, incluídos aqui o - *in dubio pro reo* e o - *favor rei*, representa **um direito que veio atender à igualdade, ao respeito à dignidade da pessoa humana, à liberdade do cidadão e ao devido processo penal** porquanto:

- a) torna a relação jurídica entre imputado e órgãos persecutórios **mais equilibrada** (garantia à igualdade), impedindo que as manifestações do poder público ultrapassem o necessário para a apuração dos fatos;
- b) **impede**, de ordinário, que ao imputado seja dado **tratamento de condenado, antes do reconhecimento definitivo de sua culpa** (garantia à dignidade da pessoa);
- c) impõe a necessidade de um processo condizente com todos os padrões constitucionais de **justiça para que se proceda à verificação e declaração de culpa do cidadão** (garantia do devido processo legal);
- d) impõe uma **decisão menos prejudicial** ao imputado sempre que houver dúvida fática ou se possa proceder à mais favorável escolha jurídica, como asseveração do prestígio à dignidade da pessoa humana em toda e qualquer decisão judicial penal (Moraes, 2010, 428) (grifos próprios).

Contudo, no cenário brasileiro, o *standard* de prova admitido atualmente para condenação com base em reconhecimento de pessoas demonstra que a tolerância para condenações injustas é alta, na medida em que, onde deveria imperar o *in dubio pro reo*, de certo, prevalece um estado de presunção de culpa do acusado (Abellán, 2018, p. 130-131). Esse estado, que virou regra, ao passo que a presunção de inocência é relativizada, ganha maior apoio em um contexto de populismo penal e discursos generalistas, que reiteram a existência de um caos social com a proliferação da criminalidade:

Observamos que, no Brasil, apesar da constituição democrática e da legislação penal, a percepção do crime está diretamente influenciada pelo uso que as elites fazem dos aparelhos judiciais. **Há uma confluência entre os alvos do medo do crime, a percepção da imprensa sobre as práticas criminosas que são os crimes comuns e as políticas judiciais propagadas nos discursos políticos.**

A percepção do crime pela opinião pública, se levarmos em conta a maioria das notícias veiculadas pela imprensa, a maioria das propostas eleitorais, e dos condenados pela justiça, está ligada fundamentalmente àqueles delitos praticados pelas classes populares. As práticas criminosas das elites - como a corrupção, os golpes financeiros, a evasão fiscal - não são percebidos como ameaças evidentes. O crime organizado, como o narcotráfico, a lavagem de dinheiro, o contrabando, e o muito rentável mercado de armas, não é alvo de políticas repressivas consistentes (Pastana, 2003, p. 95) (grifos próprios).

Discursos midiáticos que noticiam casos em que um indivíduo cometeu um determinado crime e foi absolvido, sem abordar a questão importante de que uma prova deve ser robusta e legal, para que seja admissível e fundamente uma condenação, bem como a divulgação sensacionalista das políticas criminais baseadas na “Garantia da Lei e da Ordem” (GLOs), são um dos exemplos:

A política criminal baseada no pensamento da “Lei e Ordem” propõe, em grande parte, uma utilização do sistema criminal (direito penal e processual penal) como forma de manutenção da “ordem”. Na sua lógica, precisa-se de um sistema extremamente repressivo para manter a “ordem”; a lei penal lato sensu (penal, processual penal e normas constitucionais autorizadoras de criminalização) tem na prevenção geral a sua maior função; acredita-se que o receio que a comunidade tem do sistema criminal fará com que ela cumpra a “ordem” definida como a correta restritivas, sejam elas de caráter coativo, sejam elas de caráter investigativo.

A persecução penal, no pensamento da “Lei e Ordem”, **não encontra limites (constitucionais ou infraconstitucionais)**. O problema dessa forma funcionalista de compreender o sistema criminal é que a cada novo instante de crise (social, política, econômica) ele precisa de novos recrudescimentos, em uma espiral sem fim que, em pouco tempo, **elimina todo o capítulo de direitos fundamentais voltados às garantias penais e processuais penais**. Para isso, utiliza todos os meios de antecipação de pena, eliminando ou flexibilizando todos os requisitos e pressupostos exigidos para determinação de medidas (Moraes, 2010, p. 595) (grifos próprios).

Ainda, não bastante, questionar como reconhecimentos, por si só, bastam para condenar torna-se tarefa difícil, posto que o discurso de guerra contra o crime é coberto, em muitos casos, por um simulacro de legalidade sujeito às mudanças que acompanham o pêndulo de uma política mais punitivista, para uma mais garantista e vice-versa. Assim, a positivação do princípio da presunção de inocência se mostra ineficaz ante a atual conjuntura da valoração de determinadas provas no Processo Penal, especialmente no campo do reconhecimento de pessoas.

É válido destacar que a questão dos falsos reconhecimentos deve ser lida à luz da fragilidade das provas dependentes da memória e do seu grau de fiabilidade ante ao alto potencial de contaminação, com a consequente alteração dos fatos e das características físicas do autor do delito. Dessa forma, é necessário levar em consideração as variáveis do sistema, que são influenciadas pelos atores do sistema de justiça, através da apresentação de fotografia do suspeito por WhatsApp, oferecimento de *feedbacks* positivos ou negativos, forma de condução do procedimento de reconhecimento (Matida, 2020), assim como as variáveis de estimativa, que são elementos que afetam a qualidade do evento recordado pela memória e não

estão sob o controle do sistema de justiça, porque variam de acordo com a individualidade e subjetividade da vítima ou testemunha (Cecconello; Stein, 2020, p. 174).

Contudo, não possível dissociar as questões mencionadas com a questão da crença de um aumento e descontrole da criminalidade violenta, que dá fôlego para práticas autoritárias no campo do Processo Penal, na busca da verdade real e “solução” do problema social. Essa questão se manifesta, por exemplo, na hipervalorização da prova testemunhal, com se ela não fosse suscetível a falhas, resultando, em muitos casos, na relativização das garantias constitucionais do acusado (Tavares; Casara, 2020, p. 54).

O fomento do estado de caos social estimula o desejo primitivo de vingança, punição e sofrimento do acusado, na lógica em que a punição deve ser exemplar para coibir a reiteração criminosa. É necessária assim a fixação de um *standard* valoração de prova seguro e objetivo, imune às oscilações do momento político, no sentido evitar a flexibilização das garantias, e, conseqüentemente o fomento do estado social de pânico e dos arbítrios judiciais, especialmente no campo do reconhecimento de pessoas, sem, contudo, eliminar a liberdade de valoração do magistrado, consolidado no princípio do livre convencimento motivado:

Essa equivocada concepção de que "os julgamentos sobre fatos constituem simples constatações da realidade", muitas vezes, leva a uma acrítica recepção e aceitação dos juízos de fatos realizados pelos magistrados no processo. Se os juízes têm feito um mau uso do seu "livre convencimento", **o remédio não será eliminar esse princípio de valoração livre**, mas estabelecer e aplicar mecanismos racionais e procedimentais que possam **assegurar um bom uso da discricionariedade nas escolhas feitas na valoração da prova** (Badaró, 2019, p. 84) (grifos próprios).

Não se trata, conforme exposto, de “certo” ou “errado”, mas sim, da verificação da qualidade da prova, se o reconhecimento observou as recomendações que minimizam erros, bem como o grau de qualidade da prova testemunha, à luz de um juízo de credibilidade, sob pena de que o Processo Penal se torne ferramenta de legitimação do arbítrio punitivista:

Há, ainda, outro problema, não de natureza epistêmica, mas de conotação político-processual: a concepção da verdade como consenso também **coloca em risco o escopo do processo penal de funcionar como instrumento de legitimação do poder punitivo estatal**. Ao se substituir a verdade dos fatos buscada no processo, como uma das condições necessárias da legitimação da punição, pelo consenso, não há como estabelecer a quantidade de consenso necessário para punir. E sem um critério objetivo, há grande risco de que o consenso social seja identificado com uma "verdade midiática alternativa à verdade processual" (Badaró, 2019, p. 90) (grifos próprios).

6.4 Reconhecimento e Seletividade Penal

O documentário “13ª Emenda” de Ava DuVernay (EUA, 2016), disponível na *Netflix*, trata do fenômeno do encarceramento em massa, no contexto norte-americano, que tem como alvo preferencial do sistema, a população negra e pobre. Como ponto de partida da análise do fenômeno, é feita uma abordagem crítica sobre a abolição da escravidão nos Estados Unidos, em 18 de dezembro de 1865, através da 13ª emenda à Constituição Norte-Americana, que extinguiu a escravidão em todo o território estadunidense, emenda redigida da seguinte forma:

Emenda XIII

Seção 1

Não haverá, nos Estados Unidos ou em qualquer lugar sujeito a sua jurisdição, nem escravidão, nem trabalhos forçados, **salvo como punição de um crime pelo qual o réu tenha sido devidamente condenado.**

Seção 2

O Congresso terá competência para fazer executar este artigo por meio das leis necessárias.

(Legal Information Institute)¹⁰ (grifos próprios).

A emenda garante a liberdade, posto que a servidão involuntária não seria mais admitida. Contudo, abre a seguinte exceção: “salvo como punição de um crime pelo qual o réu tenha sido devidamente condenado” (Legal Information Institute). Essa “brecha” legislativa permitiu a marginalização da população negra através da criminalização, que segue sendo perpetuada até os dias atuais. A partir desse marco, a imagem dos negros passou a ser associada à uma ameaça a ser contida, de criminosos vorazes e de violência, em uma lógica na qual a eliminação dessa parcela da população seria o caminho para a segurança. A mídia também fomentou esse imaginário com o lançamento do filme “O Nascimento de uma Nação”, de 1915, que retrata os Estados Unidos pós abolição, em que os negros seriam uma ameaça à “América Branca”, questão essa sintetizada em uma cena na qual um homem negro (interpretado por um ator branco) tenta estuprar uma mulher branca, porém, ela comete suicídio ao se jogar de um penhasco. Em seguida, o homem negro é linchado por homens brancos em capuzes brancos, algo tido como ato de justiça. Interessante mencionar que o filme influenciou o ressurgimento

¹⁰ Amendment XIII. Section 1. Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction; Section 2. Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation.

da Ku Klux Klan, que se tornou responsável por dezenas de linchamentos de norte-americanos negros.

No Brasil, em 13 de maio de 1888, a Princesa Isabel, filha do então Imperador Dom Pedro II, assinou um decreto que proibiu a escravidão em todo o país e declarou livre todas as pessoas que naquele momento se encontravam nessa situação, em sua maioria negros sequestrados da África para serem escravizados. Contudo, a Lei Áurea, como é chamado o decreto, não pode ser olhada como um ato de bondade ou de “presente”, na medida em que ela se vincula à um medo da imagem negativa do Brasil perante outros países, que já haviam abolido a escravidão e ainda, se localiza em um cerne de receio de isolacionismo político e econômico na época, sendo que a sua edição foi postergada ao máximo para que não ocorresse. O fim da escravidão, desse modo, foi meramente formal, através de uma lei curta, que continha apenas dois artigos: um declarou extinta a escravidão, enquanto o segundo revogou as disposições em contrário que vigoravam até então.

Momento algum foi editada alguma política pública de reparação às agressões e violações dos libertos, abandonando a população negra à pobreza, marginalização e criminalidade. É certo então que atualmente o racismo e a discriminação ainda reverberam, não tendo desaparecido magicamente do contexto brasileiro. Um ano após a abolição, a proliferação de teorias racistas e eugenistas, fundadas em pseudociência, buscaram enquadrar o negro como uma “raça” biologicamente inferior, especificamente, a ideologia de branqueamento racial difundida no Brasil entre 1889 e 1914. Nesse momento, o inimigo passou a ser definido pela cor.

Como define Juarez Cirino dos Santos em uma breve contextualização das teorias etiológicas que buscam explicações individuais para a questão do porquê certas pessoas cometem crimes, menciona que foram construídas “explicações biológicas, constitucionais, genéticas e instintivas do comportamento humano” (2013, p. 9). A primeira explicação biológica nasce com a Criminologia como ciência, no escopo de um Paradigma Etiológico, na década de 1870, com a Escola Positiva Italiana, consolidada na teoria do criminoso nato de Cesare Lombroso e o atavismo, caracterizado a “degeneração pessoal identificável por estigmas físicos: o crânio estreito e pomos salientes do assassino, os olhos oblíquos e o nariz grande do estuprador, a fronte fugidia do ladrão etc.” (Santos, 2013, p. 9). A teoria teve ampla receptividade no Brasil, especialmente quanto ao aspecto de que existia “uma criminalidade diferencial dos afrodescendentes e indígenas que era explicada/justificada com o argumento da

inferioridade racial, ou seja, os afrodescendentes e indígenas seriam mais criminosos porque mais inferiores que outros grupos raciais” (Duarte, 2016, p. 503). Dessa forma:

O termo racismo se entende, não a descrição da diversidade das raças ou dos grupos étnicos humanos, realizada pela antropologia física ou pela biologia, mas a referência do comportamento do indivíduo à raça a que pertence e, principalmente, **o uso político de alguns resultados aparentemente científicos, para levar à crença da superioridade de uma raça sobre as demais.** Este uso visa a justificar e consentir atitudes de discriminação e perseguição contra as raças que se consideram inferiores (Mateucci, 1993, p. 1061 *apud* Duarte, 2016, p. 503) (grifos próprios).

Assim, a raça passa a ser hierarquizada e classificada entre as sociáveis e as propensas ao crime, ao contrário do ideal de uma suposta convivência harmônica disseminada na época, como ocorreu na obra “Casa Grande e Senzala”, livro de Gilberto Freyre publicado em 1933, que narra uma ilusória convivência pacífica entre libertos e ex-senhores de escravizados, porque a escravidão teria se dado sem grandes conflitos. Mesmo invalidada, ainda há resquícios desse pensamento na Criminologia Positivista Contemporânea. Outra teoria apontada por Cirino dos Santos (2013, p. 14) é a teoria subcultural que considera a sociedade como:

[...] conjunto de subsistemas culturais (não como sistema cultural unitário), explicam o comportamento na perspectiva do subsistema cultural respectivo (não do sistema cultural unitário), como **adesão a valores e normas da subcultura específica** (não da cultura dominante) e mostram que o comportamento desviante ou criminoso pode ser normal, em determinadas circunstâncias – e pode ser reduzido por reformas no âmbito da subcultura, ou por assistência social de indivíduos subsocializados (Santos, 2013, p. 14) (grifos próprios).

Todavia, sob a perspectiva da questão da seletividade penal, destaca-se a ótica socioestrutural da Criminologia Crítica que vem para trazer uma mudança de paradigma no objeto de estudo e método de estudo do objeto. Isto é, ao invés de olhar para o sujeito, como faz a Criminologia Tradicional, se passa a olhar para as estruturas econômicas e instituições jurídicas e políticas que circundam o sujeito. Em relação ao método, há uma migração da análise, das determinações causais para uma “dialética materialista de objetos históricos, capaz de compreender as relações entre a estrutura econômica de produção e distribuição da riqueza material e as instituições jurídicas e políticas de controle social do Estado” (Marx, 1867 *apud* Santos, 2013, p. 17). Nesse contexto, o sistema de justiça criminal, através dos aparatos estatais

de definição do crime, protege seletivamente determinados bens jurídicos por meio de um maior controle e repressão dos sujeitos pelas instituições judiciais (Baratta, 1991; Cirino dos Santos, 2010 *apud* Santos, 2013, p. 19), mantendo o estado de desigualdade, que remete à um discurso de tolerância zero e de um direito penal do inimigo:

No quadro da constituição histórica do indivíduo pelas relações sociais concretas, mediante condicionamentos psíquicos e emocionais da violência estrutural sobre a força de trabalho integrada no mercado (por exemplo, a subordinação pessoal, a disciplina do trabalho), ou **mediante deformações psíquicas e emocionais da violência estrutural sobre os marginalizados do mercado de trabalho** (por exemplo, a fome, a doença, o desespero), contra os quais é aplicada a **violência institucional seletiva do sistema de justiça criminal, orientada por estigmas e outros estereótipos do processo de subsocialização** – que ativam preconceitos e outras deformações idiossincráticas e ideológicas dos agentes de controle social –, podemos perceber como a natureza humana de indivíduos concretos é formada/deformada pelo conjunto das relações sociais da vida real (Rusche; Kirchheimer, 2003 *apud* Santos, 2013, p. 19) (grifos próprios).

Os afrodescendentes assim não são tidos como criminosos, mas sim, mais vulneráveis posto que os agentes do sistema de justiça criminal os tem como alvo preferencial de criminalização:

Ao agir no interior dos sistemas de justiça criminal, a seletividade opera de forma **quantitativa e qualitativa**, determinado as condutas a serem criminalizadas (aquelas mais frequentes entre as classes mais vulneráveis) e as pessoas a serem **etiquetadas**. Nesse último aspecto, a atuação racista das agências de controle penal tem sido apontada como um elemento fundamental na criminalização da população negra, especialmente dos jovens pobres na periferia (Zaffaroni, 1991, p. 15; Adorno, 1995 *apud* Duarte, 2016, p. 504) (grifos próprios).

Ainda que os defensores do encarceramento em massa afirmem que as normas vigentes são daltônicas (*colorblind norms*), de modo que o sistema não é discriminatório, são justamente tais ideias que fomentam a manutenção de um estado de seletividade criminal, onde o negro é tido como alvo a ser neutralizado (Alexander, 2012, p. 97-139). Nesse contexto Michelle Alexander traça duas etapas a fim de responder a seguinte questão: “como um sistema jurídico supostamente daltônico chega a resultados tão discriminatórios?” (Alexander, 2012, p. 97-139). O primeiro aspecto é a concessão de um amplo poder discricionário para os policiais, que podem abordar, revistar e prender motivado pela “fundada suspeita”, como institui o artigo 244 do Código de Processo Penal, que disciplina a busca pessoal. Assim, a subjetividade abre

margem para que, conscientes ou não, estereótipos raciais se manifestem. Ademais, o próprio sistema de justiça criminal legitima a palavra policial como única prova:

A crença é apresentada pelos operadores do direito como necessária para o próprio funcionamento do sistema: **“Se eu fosse ser realmente rigoroso, não daria para prender ninguém, tudo é muito precário. Então é assim, ou eu acredito no policial ou eu não acredito, caso contrário a coisa não funciona”** (Promotor 1) (de Jesus, 2019, p. 5) (grifos próprios).

O segundo aspecto diz respeito à um completo estado de ignorância em relação a qualquer reclamação de que o racismo tem permitido persistência do estado de culpa da população negra que, em muitos casos, é injustamente condenada:

Se os negros morrem mais porque são negros, há, na lógica de processamento destas mortes, algo que não está relacionado somente às condições de vida destas pessoas. O que não se tem ressaltado é que a forma como representamos, ou não, estas vidas como vidas humanas. **Se o Brasil achasse que as 60 mil vidas que são retiradas todos os anos são vidas humanas, o país pararia diante deste fato. Na verdade, como aqueles seres que morrem não são representados como humanos, o país segue** (Freitas, 2016, p. 495) (grifos próprios).

Dessa forma (Aniyar de Castro, 1987 *apud* Andrade, 2020, p; 8-9), o poder punitivo na América Latina é marcado por um sistema penal subterrâneo:

Há mortes em confrontos armados (alguns reais e a maioria simulada, ou seja, **fuzilamentos sem processo**). [...] Há mortes de torturados que 'não aguentaram' e de outros que os torturadores 'passaram do ponto'. Há mortes 'exemplares' nas quais se exhibe o cadáver, às vezes mutilado, ou se enviam partes do cadáver aos familiares, **praticadas por grupos de extermínio pertencentes ao pessoal dos órgãos dos sistemas penais**. [...] Há mortes violentas em motins carcerários, de presos e de pessoal penitenciário. Há mortes por violência exercida contra presos nas prisões. Há mortes por doenças não tratadas nas prisões. Há mortes por taxa altíssima de suicídios entre os criminalizados e entre o pessoal de todos os órgãos do sistema penal, sejam suicídios manifestos ou inconscientes (grifos próprios).

Em vista do exposto, é possível consolidar o entendimento que o Código Penal Brasileiro tem caráter patrimonialista, com o escopo de hiper proteção das classes dominantes, pois, não obstante o Código contenha mais de 300 tipos penais, no cotidiano, é possível observar que apenas uma parcela de crimes se tornam processos, especialmente aqueles praticados pela classe social mais desfavorecida (criminalização primária):

Foi a seletividade que leva os policiais a se alarmarem com os crimes de rua e a preferência na vigilância dos negros, **não propriamente o crescimento dos crimes**. A etiqueta é anterior ao pânico (Semer, 2019, p. 45) (grifos próprios).

Alguns segmentos da sociedade despertam um grau elevado de fiscalização policial. **Os alvos preferenciais da atuação policial são as minorias étnicas e raciais, os pobres que vivem nos bairros que compõem a chamada periferia das grandes cidades e os jovens em geral**. Bittner destaca que essa ação seletiva tem a ver com o próprio surgimento da polícia, que veio para controlar a transgressão e a desordem das chamadas ‘classes perigosas’; o jovem, negro e pobre e o velho, rico e branco, fazendo exatamente as mesmas coisas, sob as mesmas circunstâncias, certamente não vão receber a mesma espécie de tratamento por parte dos policiais (Bittner, 2003, p. 103). A vigilância policial é distribuída de forma seletiva (Semer, 2019, p. 162) (grifos próprios).

Nota-se que a questão racial tem exercido um papel crucial ao longo do desenvolvimento social, especialmente no sistema de justiça criminal, com a aplicação da lei de forma desproporcional e injusta, além da maior vigilância exercida sobre a população negra e pobre. Essa problemática pode ser observada no âmbito do reconhecimento fotográfico em que constantemente o problema da violência e criminalidade é relacionado com a cor da pele, ainda que inconscientemente, imperando assim a presunção de que a pessoa negra tem maior probabilidade de ingresso na vida criminosa.

O Colégio Nacional dos Defensores Públicos Geral (CONDEGE) e a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (DPE-RJ), produziram em conjunto um relatório que analisou casos encaminhados pelos defensores públicos de vários estados no Brasil sobre o reconhecimento fotográfico realizado em sede policial, seguindo três critérios:

(i) o reconhecimento pessoal em sede policial ter sido feito por fotografia; (ii) o reconhecimento não ter sido confirmado em Juízo; (iii) a sentença ter sido absolutória e fornecendo dados como nome do acusado, data dos fatos, delito imputado e fundamentos para absolvição (2021, p. 01).

Foram analisados 28 processos com 32 acusados, a maioria do Rio de Janeiro, por roubo simples ou com causa de aumento, ou pelo concurso de pessoas, ou pelo emprego de arma. Em relação a cor da pele, apenas dois são brancos, correspondendo a 17%. Na maior parte das ocorrências, os negros, que segundo o IBGE são os pretos e pardos, correspondem a 24 acusados do total de 32, totalizando 83% dos casos. No tocante ao reconhecimento de pessoa, o relatório também destaca os processos n. 0096721-45.2019.8.19.0001 e n. 0320700-52.2019.8.19.0001 em que a vítima afirma que não tinha condições de realizar o procedimento, pois o local do crime era estava escuro, porém, ainda assim o reconhecimento foi realizado.

Há ainda um caso em que o reconhecimento foi realizado a partir da foto do RG do suspeito e, em juízo, a vítima não reconheceu. Em outro caso, o policial militar apresentou para a vítima a fotografia de um suspeito que era conhecido na região por praticar crimes (processo n. 1501142-61.2020.8.26.0196). Inobstante se sustente que a quantidade de casos selecionados é pequena, é possível observar que mesmo diante de um espaço amostral limitado, nota-se, sem dificuldades, a ocorrência do *show-up*, quando o policial militar mostrou uma foto do suspeito à vítima, quando a foto do RG do suspeito serviu para o procedimento de reconhecimento, ou também, quando a vítima que afirmou que não poderia reconhecer pois o local do crime estava escuro, ainda assim reconheceu. Tal questão reflete, à um olhar amplo, o que ocorre quando se trata de reconhecimento de pessoas.

Importante destacar que na maior parte dos casos de erros, a decisão foi fundamentada no antigo precedente do Superior Tribunal de Justiça, que até 2020 sustentava que a inobservância do procedimento de reconhecimento de pessoas, previsto no artigo 226 do Código de Processo Penal, não acarretaria a nulidade do ato, na medida em que se tratava de uma mera irregularidade que podia ser sanada pelo depoimento da vítima.

Assim, a manutenção do reconhecimento de pessoas como meio de prova no Processo Penal deve necessariamente passar por uma mudança de paradigma que incluem boas práticas, a fim de que o ciclo vicioso em que uma vítima se dirige à delegacia e um agente policial lhe apresenta um álbum de suspeitos, onde a maioria é negra e inocente, não continue sendo perpetuado e cancelado pelos Tribunais que reiteram o entendimento da hipervalorização da palavra da vítima.

É inviável manter um sistema em que o princípio da presunção de inocência seja subvertido e impere a hipervalorização da palavra da vítima e da autoridade de segurança pública como prova, que, escancarando o racismo nas práticas do sistema de justiça coloca o jovem, negro e periférico na posição de culpa:

No mesmo sentido, Vera Malaguti Batista (2003, p. 36) assevera que **a figura do “marginal”** corresponde, hoje, no país, ao seguinte estereótipo: **“um jovem negro, funkeiro, morador de favela, próximo do tráfico de drogas, vestido com tênis, boné, cordões, portador de algum sinal de orgulho ou de poder e de nenhum sinal de resignação ao desolador cenário de miséria e fome que o circunda.”** Para a autora, são destacadas da personalidade desse estereótipo algumas características, como o seu cinismo, a sua afronta, **de forma a legitimar o discurso segundo o qual essas pessoas “não merecem respeito ou trégua”, ou seja, “podem ser espancados, linchados ou torturados”,** uma vez que “quem ousar incluí-los na categoria cidadã estará formando fileiras com o caos e a desordem, e será também temido e execrado” (Wermuth; Raddatz, 2019, p. 22) (grifos próprios).

6.5 Reconhecimento e Erro Judiciário

O erro deve ser entendido como algo inerente ao ser humano e, conseqüentemente, ao sistema de justiça criminal, dado que o exercício da função de jurisdição não é imune a falhas, por conta da limitação da atividade cognitiva. Assim também entendeu o legislador constituinte quando trouxe a previsão de indenização do condenado pelo erro judiciário no artigo 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal, de forma que qualquer injustiça praticada pelo Poder Judiciário deve ser indenizada:

O erro judiciário é toda e qualquer atividade meramente injusta praticada durante exercício da função concernente ao Poder Judiciário, violando inúmeros decretos constitucionais e legais, ou seja, todo dano que acontece no exercício da função judiciária é considerado erro judiciário (Neto; Júnior, 2021, p. 2).

Na esfera penal, a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos prevê no artigo 10 que: "Toda pessoa tem direito de ser indenizada conforme a lei, no caso de haver sido condenada em sentença passada em julgado, por erro judiciário" (CADH). O Código de Processo Penal, por sua vez, no artigo 630, §1º, traz a previsão de responsabilidade do Estado em indenizar aqueles que sofreram uma condenação penal injusta, de modo que a União responderá "se a condenação tiver sido proferida pela justiça do Distrito Federal ou de Território, ou o Estado, se o tiver sido pela respectiva justiça" (Brasil, Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941, artigo 630, §1º).

Preliminarmente, é necessário ressaltar que a mera aplicação das leis que trazem a previsão de prisão, como a prisão preventiva ou a prisão decorrente da sentença condenatória, por si só, não ensejam o recebimento de uma indenização do Estado. Isto posto, a Revisão Criminal comumente é uma ação proposta para fins de reverter uma condenação injusta, de acordo com as hipóteses previstas no artigo 621 do Código de Processo Penal:

(i) quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; (ii) quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; ou (iii) quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena (Brasil, Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941, artigo 621).

Em relação a indenização do Estado pela decorrência de erro judiciário, o cenário jurisprudencial tem mostrado que o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) negam a revisão de decisões, como se observa no julgado abaixo, no qual se sustenta que a revisão implica reanálise de matéria fático-probatória e que a prisão preventiva não gera automaticamente o dever do Estado de indenizar:

A princípio, a absolvição ao fim do curso da persecução penal, **ainda que preso preventivamente o réu, não gera, necessariamente, o dever de indenização por parte do Estado.** Além disso, é cediço que **o mero prolongamento indevido da prisão cautelar nem sempre gera o direito de ser o preso reparado financeiramente por isso.** [...] não se pode utilizá-las como escusa para tornar impassível o Ente Estatal de responsabilização quando, por ação ou omissão sua, um cidadão permanece, para além da razoabilidade, privado de sua liberdade" [...] **houve privação de liberdade e submissão à realidade do sistema carcerário brasileiro por 934 dias e, finalmente, o então preso foi declarado inocente por falta de provas pelo próprio órgão que o acusou** (REsp n. 1.429.718/PE, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, relator para acórdão Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 6/12/2018, DJe de 13/2/2019.) (grifos próprios).

Dentre os casos julgados pelo STJ, destaca-se o do mecânico Marcos Mariano da Silva que foi preso por ter o mesmo nome do verdadeiro autor do crime, e assim, permaneceu 19 anos preso de maneira injusta. Em que pese tenha restado comprovado que Marcos, durante o tempo em que permaneceu privado de sua liberdade, contraiu tuberculose e ficou cego por conta das condições do cárcere, tendo assim obtido decisão favorável para que recebesse uma indenização milionária, após a decisão, ele veio a falecer em decorrência de um infarto:

[...] ilegal manutenção do autor em cárcere **por quase 13 (treze) anos ininterruptos, de 27/09/1985 a 25/08/1998, em cadeia do Sistema Penitenciário Estadual, onde contraiu doença pulmonar grave (tuberculose), além de ter perdido a visão dos dois olhos durante uma rebelião.** [...] sendo certo que, em razão do encarceramento ilegal, contraiu o autor doenças, como a tuberculose, e a cegueira. 6. **Inequívoca a responsabilidade estatal, quer à luz da legislação infraconstitucional (art. 159 do Código Civil vigente à época da demanda)** (STJ - REsp: 802435 PE 2005/0202982-0, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 19/10/2006, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 30/10/2006 p. 253) (grifos próprios).

No campo do reconhecimento de pessoas, conforme abordado anteriormente, prevalecia o entendimento de que a capacidade de valoração da prova, pelo juiz, poderia superar a não observância do artigo 226 do Código de Processo Penal, visto que, ainda assim, com base no princípio do livre convencimento motivado, a decisão seria justa. Contudo, devido a mudança de paradigma suscitada pela decisão do Ministro Rogério Schietti, do STJ, passou-se a observar,

motivado pelos inúmeros casos que surgiram (em que a forma pela qual o procedimento de reconhecimento foi conduzido era questionada), que o alegado discernimento que os magistrados possuem para decidir, na maioria dos casos, se fundava na maior credibilidade que é conferida aos agentes policiais, pois são investidos de fé pública, bem como não teriam motivos para mentir ou incriminar alguém, porque não conhecem a pessoa (Badaró Massena, 2023, p. 133-134).

Após a decisão proferida no HC n. 598.886/SC, foi realizado um levantamento de dados sobre *Habeas Corpus* e de Recursos em *Habeas Corpus* que tramitaram no Superior Tribunal de Justiça entre 27 de outubro de 2020 a 19 de dezembro de 2021, tanto de decisões monocráticas, quanto de colegiadas proferidas pelos 10 ministros que compõem as duas turmas criminais da Terceira Seção. Ao todo, foram identificadas 89 concessões de habeas corpus cujas decisões se fundamentaram na “constatação de falha, vício ou inexistência do ato de reconhecimento formal do acusado” (Schietti, 2022, p. 576):

[...] houve casos de reconhecimentos feitos presencialmente – é dizer, com o suspeito detido na delegacia e apontado pela vítima do roubo (no levantamento em apenas 13 casos, dos 89 catalogados, o reconhecimento foi feito presencialmente) – ou a partir de fotografia(s) do suspeito, estampada(s) em álbum de suspeitos da própria unidade policial ou simplesmente extraídas de redes sociais e exibidas à vítima (Schietti, 2022, p. 576).

Assim, a despeito da necessidade de conferir ao artigo 226 do CPP uma nova redação legislativa, a reiterada interpretação de que consistiria em “mera recomendação” permitiu o seu afastamento e a convalidação de inúmeros reconhecimentos que epistemicamente são injustos, mantendo um estado de condenações, em muitos casos, de inocentes, com base em um meio de prova que não atinge o nível probatório exigido no Processo Penal e que é suscetível às falhas da memória. A nova linha jurisprudencial abre assim precedente para a possibilidade de anulação, por meio de Revisão Criminal, de processos e condenações que tiveram como única prova um reconhecimento mal feito. Mesmo que também venha beneficiar culpados que realmente cometeram crimes, mas foram submetidos à um procedimento injusto, também beneficiará aqueles que foram injustamente condenados, evitando a perpetuação de um sistema com condenações ilegais. Retomando a ideia antes posta, é a melhor escolha a ser feita, na medida em que nenhum inocente pode ser condenado, ainda que signifique a absolvição de culpados (Schietti, 2022, p. 589).

7. CONCLUSÃO

Através deste estudo, foi possível uma maior compreensão acerca do funcionamento da memória humana, com as fases de aquisição, retenção e recuperação, além da sua estrutura. A partir desse ponto de partida, foram abordadas as questões pertinentes à fragilidade da memória, diante da sua suscetibilidade às contaminações, que são inerentes ao seu próprio funcionamento, bem como também incluem hipóteses de variáveis do sistema e das variáveis de estimação, que influem no processo de formação, gerando assim, em muitos casos, as falsas memórias.

Mais adiante, se tratou dos métodos empregados atualmente para o reconhecimento fotográfico, aos quais, entre outros, incluem o álbum de suspeitos, o *show-up*, o *line-up* (alinhamento) e o retrato falado, bem como a questão da possibilidade de repetição do procedimento de reconhecimento, levando em consideração a deficiência da memória humana.

Ainda, discutiu-se sobre a disciplina legal do reconhecimento de pessoas previsto no artigo 226 e seguintes do Código de Processo Penal, com um maior enfoque na redação do inciso II do artigo 226 e o uso da terminologia “se possível” para relativizar a aplicação e permitir o afastamento da previsão legal em inúmeros casos.

A partir disso, foi possível trazer julgados que mostram o entendimento e a fundamentação utilizada impedir a incidência do artigo 226 do Código de Processo Penal, ou ainda, em poucos casos, a motivação para declarar a nulidade da prova de reconhecimento, em face do descumprimento ao que é previsto na lei, observando a decisão proferida no *Habeas Corpus* 598.886/SC, do Superior Tribunal de Justiça, seguindo, dessa forma, a compreensão dos avanços da Psicologia do Testemunho.

Se reconhece, assim, tendo em vista que o reconhecimento de pessoas é um meio de prova dependente da memória e essa é suscetível a falhas, que ele pode ser impreciso e levar a condenações injustas, especialmente nos casos em que a única prova para condenação foi o próprio reconhecimento.

No tocante ao aspecto crítico do meio de prova, concluiu-se, a partir do entendimento dogmático analisado, ser necessário que se tenha como pressuposto essencial, em todos os procedimentos de reconhecimento e provas dependentes da memória, que a memória é falha e que o emprego de técnicas inadequadas durante o procedimento podem contaminar de forma irreversível toda a prova, ainda que futuramente, o reconhecimento venha a ser novamente realizado observando aos protocolos para um procedimento justo.

Aliado a isso, é igualmente necessário uma reforma nas instituições jurídicas, através do treinamento dos agentes do sistema de justiça, como magistrados e especialmente, os policiais, que tem o diferencial de conduzir o procedimento de forma adequada já em sede policial. Devido a essa urgência, o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), entre os dias 10 de abril de 2023 e 19 de junho de 2023, promove o curso “Investigação criminal e provas dependentes da memória: ferramentas para atuação policial”, organizado em parceria com a Academia de Polícia “Dr. Coriolano Nogueira Cobra” – Acadepol.

O curso assim, tem como escopo principal apresentar os participantes ferramentas de investigação que podem ser aplicadas nas provas que dependam da memória, com o reconhecimento de pessoas e a prova testemunhal. A capacitação, assim, que é uma das pioneiras no tocante ao reconhecimento de pessoas, pode garantir aos acusados uma maior segurança no procedimento e, de igual modo, garante justiça aos inocentes que são diariamente capturados por crimes que não são de sua autoria.

Em relação aos aspectos de um reconhecimento justo, relevante pontuar a necessária rapidez que deve ser empregada para fornecer ao artigo 226 do Código de Processo Penal uma nova redação legislativa, para fazer frente ao seu mal uso pelos Tribunais que aplicam a expressão “se possível” para convalidar os reconhecimentos de pessoas que não tenham observado o mínimo legal e condenar acusados, muitas vezes, inocentes.

Para além dos julgados trazidos, traz se aqui também o caso de Paulo Alberto da Silva Costa, um homem de 35 anos, que estava preso na Cadeia Pública Cotrim Neto, em Japeri, desde março de 2020, réu em mais de 60 processos por reconhecimento fotográfico. Em parceria da Defensoria Pública do Rio de Janeiro (DPE/RJ) com o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), foi realizado um estudo que concluiu que Paulo foi processado com base unicamente em reconhecimentos por fotografias oriundas de seu perfil na rede social *Facebook*, procedimentos esses realizados sem a menor observância a já sucinta previsão legal.

Ainda, a foto de Paulo foi exposta em um mural de suspeitos na 54ª Delegacia de Polícia de Belford Roxo/RJ. Paulo, atualmente, está sentenciado 28 vezes, sendo 17 absolvições e 11 condenações. Em seu papel de uniformização jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça afetou o *habeas corpus* em trâmite impetrado pela DPE/RJ e, no dia 10 de maio de 2023, a Terceira Seção, por unanimidade, “concedeu a ordem para absolver o Paciente da imputação que lhe foi dirigida na Ação Penal n. 013373-74.2020.8.19.0008, com fundamento no art. 386,

VII, do CPP e concedeu ordem, de ofício, para determinar sua soltura imediata em relação a todos os processos” (HC 769783/RJ, STJ, 2023).

Essa constituiu ímpar oportunidade de consolidação de precedente e reiteração necessária do que já foi firmado no HC 598.886/SC, na medida ainda impera a insistência de Tribunais estaduais em perpetuar a violação de garantias constitucionais processuais, no que concerne ao reconhecimento de pessoas. Ademais, ao longo do trabalho, chegou-se também à conclusão de que o *show-up* e o alinhamento despadronizado também maculam o procedimento de reconhecimento, devendo assim, ser evitados, ou até mesmo proibidos, sendo nesse caso nulo e excluído como prova.

Discutiu-se também que o reconhecimento de pessoa, por si só, não pode ser apto a gerar a condenação de um indivíduo, dada a sua suscetibilidade a falhas, tanto da memória, quanto do sistema, de modo que não podem os agentes policiais ou magistrados acreditarem que a certeza da vítima/testemunha em reconhecer com 100% de certeza garante a total confiança na prova, especialmente diante da seletividade inerente ao sistema de justiça criminal.

Através desse estudo, foi possível compreender melhor a questão do reconhecimento de pessoas, bem como problematizar, criticar suas falhas e as consequências que uma má condução podem trazer, como por exemplo, o erro judiciário. De igual modo, foi também verificado que o reconhecimento feito no inquérito policial e confirmado em juízo pela vítima, muitas vezes, é considerado meio de prova idôneo e apto a lastrear um decreto condenatório, em uma correspondência entre reconhecimento positivo ratificado em juízo e, como resultado, necessariamente, a condenação.

A análise das fundamentações utilizadas nos acórdãos, que em sede de apelação mantiveram a condenação, permitiu também constatar que a flexibilização do procedimento prevista em lei é aplicada em sede policial e ao fim, chancelada pelos magistrados em suas decisões, o que demonstra que a necessária mudança, como mencionado, exige a capacitação e treinamento dos atores do sistema de justiça, além da necessária e imperativa observância aos precedentes que sustentem a nulidade de um reconhecimento injusto.

Para fazer frente aos resquícios de um ideal punitivista, é fundamental a reformulação do ensino jurídico, da redação legislativa que versa sobre o instituto, ao lado de uma mudança cultural da Magistratura, do Ministério Público, que também deve garantir a absolvição, face a ausência ou insuficiência de provas, bem como do papel da própria Defesa no Processo Penal.

GLOSSÁRIO

Álbum de suspeitos – Livro com um conjunto de fotografias (impressas ou digitais), na maior parte dos casos, despadronizadas, de indivíduos tidos como suspeitos ou “conhecidos da polícia” por terem cometido crimes em sua vida pregressa. O álbum costumeiramente é apresentado às vítimas ou testemunhas em sede policial para identificação do suspeito.

Alinhamento (ou *line-up*) – Um método de reconhecimento em que o suspeito do crime é apresentado juntamente com outras pessoas, que devem ser sabidamente inocentes, bem como devem possuir as mesmas características do suspeito, conforme a descrição da vítima, evitando assim que o suspeito de destaque, quando comparado aos demais durante o procedimento.

Entrevista investigativa – Técnica de entrevista baseada em protocolos confiáveis para obtenção de informações robustas e verdadeiras do entrevistado.

Entrevistado – Indivíduo que participa da entrevista ou interrogatório, ao qual são direcionadas as perguntas para obtenção de informações sobre o acontecimento investigado.

Falsas memórias – São fatos apreendidos pela memória, porém, devido aos fatores que a contaminam, como por exemplo, as variáveis de estimação e as variáveis do sistema, são assim produtos distorcidos quando comparados a realidade dos eventos.

Filler – Indivíduo que deve compor o procedimento de reconhecimento por alinhamento, sendo assim, alinhada ao lado de outros *fillers* e suspeito. O *filler* deve ser sabidamente inocente e detentor de características semelhantes ao suspeito.

Interrogatório policial – Técnica de entrevista policial, realizado por policiais, com vistas a coleta de informações do entrevistado, observando as garantias e direitos deste.

Pergunta aberta - Pergunta formulada pela autoridade que conduz o procedimento, tanto a autoridade policial, quanto o magistrado em juízo, que tem o objetivo de que o entrevistado narre o ocorrido, sem, assim, fornecer informações novas e impedindo que a a autoridade conduza o depoimento para um viés acusatório, por exemplo.

Pergunta sugestiva – Pergunta formulada pela autoridade que conduz o procedimento, tanto a autoridade policial, quanto o magistrado em juízo, que fornece informações novas para a vítima ou testemunha interrogada, contaminando sua memória, ao mesmo tempo em que, através de perguntas fechadas, permite que a autoridade conduza o depoimento para um viés acusatório, por exemplo

Rapport – Técnica que busca criar um ambiente confortável e seguro para que a vítima ou testemunha possa narrar com segurança o acontecimento, além de criar uma relação saudável entre o entrevistador e entrevistado.

Reconhecimento correto – Reconhecimento que observou as técnicas e procedimentos originados da Psicologia do Testemunho e que, assim, ao final, tem o reconhecimento positivo do suspeito autor do delito pela vítima ou testemunha.

Reconhecimento falso – Reconhecimento que não observou as técnicas e procedimentos originados da Psicologia do Testemunho e que, assim, ao final, tem o reconhecimento positivo de uma pessoa inocente pela vítima ou testemunha.

Relato livre – Método em que a vítima ou testemunha conta sobre o acontecido de forma livre, sem sugestões, interrupções ou perguntas indutivas do entrevistador.

Show-up – Um método de reconhecimento em que o suspeito do crime é apresentado sem estar em conjunto com outras pessoas sabidamente inocentes, isto é sozinho. Pode ocorrer pessoalmente ou por fotografia.

Standard de prova – O elevado nível que um conjunto de provas de atingir, conforme exigido no Processo Penal, para que seja considerada apta a condenar um indivíduo ao final do processo, quando é proferida a sentença penal.

Variáveis de estimacão – Conjunto de fatores que influem no processo de formação da memória, porém, não podem ser estimados e não estão no controle do sistema de justiça, como por exemplo, a luminosidade do local do crime, a duração do crime, as características do suspeito, entre outras.

Variáveis do sistema – Conjunto de fatores que influem no processo de formação da memória, porém, podem ser estimados e estão no controle do sistema de justiça, como não fornecimento de informações aptas a contaminar a memória da vítima ou testemunha, pela autoridade ou a formulação de perguntas indutivas.

Viés de confirmação – Conjunto de atos do entrevistador, que já possui uma tese consolidada, direcionados para confirmação dela, como por exemplo, balanço de cabeça, em sentido negativo ou positivo, acenos ou sorrisos.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Michelle. *The New Jim Crow: mass incarceration in the Age of Color Blindness*. Nova Iorque: The New Green Press, 2012.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Direito Penal: entre o mito da neutralidade e a politicidade, o camaleão do poder punitivo*. In: *Teoria Crítica e Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2020.

AVRIL, Tom. "How useful are police composite sketches?" *Philadelphia Inquirer*. Publicado em 25/04/2011. Disponível em: https://www.inquirer.com/philly/health/20110425_How_useful_are_police_composite_sketches.html. Acesso em: 31 out. 2022

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito Processual Penal – Tomo I*. Elsevier Editora Ltda. 2007.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, Thomson Reuters Brasil, 2021. 1415 p.

BADARÓ MASSENA, Caio. Erro judiciário e reconhecimento de pessoas: lições extraídas da experiência brasileira. *Quaestio Facti. Revista Internacional Sobre Razonamiento Probatorio*, (4). (2023). Disponível em: https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i1.22814. Acesso em: 13 abr. 2023

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. Editora Revan. 1999. 3ª edição.

BRAINERD, C. J., STEIN, L. M., SILVEIRA, R. A., ROHENKOHL, G e REYNA, V. F. How does Negative Emotion Cause False Memories? In: *Psychological Science*. Vol. 19, No. 9 (September 2008).

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jun. 2023.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 10 jun. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 jun. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 10 jun. 2023.

CAPUANO, Amanda. Racismo e erro judicial: o real e a ficção da série ‘Olhos que Condenam’. 11 de junho de 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/coluna/e-tudo-historia/racismo-e-erro-judicial-o-real-e-a-ficcao-da-serie-olhos-que-condenam/>. Acesso em 06 maio 2022.

CARDOZO, BENJAMIN N. Reevaluating Lineups: why witnesses make mistakes and how to reduce the chance of a misidentification? An Innocence Project Report, 2011.

CECCONELLO, William Weber; AVILA, Gustavo Noronha; STEIN, Lilian Milnitsky. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. Revista Brasileira de Políticas Públicas, [S. l.], v. 8, n. 2, p. 1057–1073, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v8i2.5312>. Acesso em: 05 mai. 2022.

CECCONELLO, William Weber; FITZGERALD, Ryan J.; STEIN, Lilian Milnitsky. Efeitos do Alinhamento Justo e Similaridade de Rostos no Reconhecimento de Pessoas. Psico-USF, Bragança Paulista, v. 27, n. 1, p. 181-191, jan./mar. 2022. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1413-82712022270114>. Acesso em: 15 jun. 2023.

CECCONELLO, William Weber; STEIN, Lilian Milnitsky. Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos. Avances em psicologia latino-americana, vol. 38, n. 1, p. 172-188, 2020.

COHEN, Stanley. Convicting the innocent: death row and America's broken system of justice. Cambridge. Skyhorse Publishing. 2016.

COHEN, Stanley. States of Denial: Knowing about Atrocities and Suffering. Cambridge. Polity Press. 2001.

COLÉGIO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS GERAIS; DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Relatório sobre reconhecimento fotográfico em sede policial. Fevereiro, 2021.

CONGER, Cristen. How Police Sketches Work. Publicado em 16/05/2011. HowStuffWorks.com. Disponível em: <https://people.howstuffworks.com/police-sketch.htm>. Acesso em 31 out. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0: Cadastro Nacional de Presos. Brasília: CNJ, maio de 2022a. Disponível em: <https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>. Acesso em: 06 mai. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Coletânea reflexões sobre o reconhecimento de pessoas: caminhos para o aprimoramento do sistema de justiça criminal / Conselho Nacional de Justiça; Coordenação Rogério Schietti Cruz, Mauro Pereira Martins, Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi – Brasília: CNJ, 2022b.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Grupo de Trabalho Reconhecimento de Pessoas. Coordenador: Ministro Rogério Schietti. Brasília, setembro de 2022c.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Justiça em números 2022/Conselho Nacional de Justiça. – Brasília: CNJ, 2022d.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Resolução 484, de 19 de dezembro de 2022. Brasília, dezembro de 2022e. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original2118372022122763ab612da6997.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2023.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao “Verdade, Dúvida e Certeza”, de Francesco Cernelutti, para os Operadores do Direito. RUBIO, David Sánchez, FLORES, Joaquín Herrera e CARVALHO, Salo de. (Coord.). In: Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos (2001/2002). Curitiba: Lumen Juris.

DE JESUS, Maria Gorete Marques. Verdade Policial como Verdade Jurídica: Narrativas do tráfico de drogas no sistema de justiça. Revista Brasileira de Ciências Sociais. Vol. 35 – Nº 102, 2019.

DÉCIMA TERCEIRA EMENDA. Direção: Ava DuVernay. Produção: Ava DuVernay; Ben Cotner. Estados Unidos: Netflix, 2016.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Relatório: O reconhecimento fotográfico nos processos criminais no Rio de Janeiro. 05 de maio de 2022.

DEZEM, Guilherme Madeira. Curso de Processo Penal (livro eletrônico). Coordenadores: Darlan Barroso, Marco Antônio Araújo Junior. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2 ed. em e-book baseada na 2 ed. impressa. 2016.

DOUGLASS, A.B. AND STEBLAY, N. Memory distortion in eyewitnesses: a meta-analysis of the post-identification feedback effect. *Appl. Cognit. Psychol.*, 2006, 20: 859-869. <https://doi.org/10.1002/acp.1237>. Acesso em: 28 set. 2022.

DUARTE, Evandro Piza. Paradigmas em criminologia e relações raciais. Cadernos do CEAS, Salvador, n. 238, 2016, p. 500-526.

DUVERNAY, Ava. Olhos que condenam. Netflix, 2019 (documentário).

DYSART, Jennifer E.; LINDSAY, R. C. L. The effect of delay on eyewitness identification accuracy: Should we be concerned? In: LINDSAY, L. R. C. *et al.* (Eds.). *The Handbook of Eyewitness Psychology. Volume II: Memory for People*. Mahwah, NJ: Lawrence Erlbaum, 2007. p. 361–376.

EPPS, Daniel, The Consequences of Error in Criminal Justice (February 10, 2015). *Harvard Law Review*, Vol. 128, No. 4, pp. 1065-1151, 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2463689>. Acesso em: 05 abr. 2023.

FAWCETT, Jonathan M., RUSSELL, Emily J., PEACE, Kristine A. & CHRISTIE, John. Of guns and geese: a meta-analytic review of the ‘weapon focus’ literature. Pages 35-66 | Received 02 Apr 2011, Accepted 17 Jun 2011, Published online: 21 Jul 2011. Acesso em 29 out. 2022.

FERNANDES, Lara Teles. Standards probatórios e epistemologia jurídica: uma proposta interdisciplinar para a valoração do testemunho no processo penal. Dissertação – mestrado 2019.

FRANÇA, Rafael Francisco. Reconhecimento como método de investigação criminal: Posicionamento jurisprudencial e críticas ao modelo. RDPIJ. Brasília. Aos 2, n. 4, p. 107-151. Jul-Dez 2018.

FREITAS, Felipe da Silva. Novas Perguntas para Criminologia Brasileira: Poder, Racismo e Direito no centro da Roda. Cadernos do CEAS, Salvador, n. 238, 2016. p. 488-499.

GONZÁLEZ, José Luis; MANZANERO, Antonio L. Obtención y valoración del testimonio. Protocolo holístico de evaluación de la prueba testifical (HELPT). Madrid: Pirámide, 2018.

GRANN, David. Julgamento pelo fogo: O estado do Texas executou um homem inocente? In: O Diabo e Sherlock Holmes: histórias reais de assassinato, loucura e obsessão. Trad. Álvaro Hattner. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

INNOCENCE PROJECT. Eyewitness Identification Reform. 2022. Disponível em: <https://innocenceproject.org/eyewitness-identification-reform/>. Acesso em 30 out. 2022.

INNOCENCE PROJECT. John Jerome White Cleared by DNA in Atlanta. December, 2007. Disponível em: <https://innocenceproject.org/news/john-jerome-white-cleared-by-dna-in-atlanta/>. Acesso em: 05 nov. 2022.

INNOCENCE PROJECT BRASIL. Prova de reconhecimento e erro judiciário. São Paulo. 1. ed., jun.2020.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. Reconhecimento de pessoas e prova testemunhal: orientações para o sistema de justiça. São Paulo. 2ª edição. fev. 2022. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2021/04/idd-reconhecimento-de-pessoas-e-prova-testemunhal-orientacoes-para-o-sistema-de-justica.pdf>. Acesso em 07 jun. 2023.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. Suspeito em série: como as fotos de um homem negro se transformaram em mais de 60 acusações criminais injustas. São Paulo. 1ª edição. Maio 2023. Disponível em: <https://idd.org.br/wp-content/uploads/2023/05/suspeito-em-serie-relatorio-final-5.pdf>. Acesso em 07 jun. 2023.

KAGUEIAMA, Paula Thieme. Prova testemunhal no processo penal: um estudo sobre falsas memórias e mentiras. São Paulo: Almedina, 2021.

LAMPINEN, J. M., NEUSCHATZ, J. S., & CLING, A. D. The psychology of eyewitness identification. Psychology Press. 2012.

LEGAL INFORMATION INSTITUTE. 13th Amendment. Cornell Law School. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/constitution/amendmentxiii>. Acesso: 06 abr. 2023.

LINDHOLM T, CHRISTIANSON SA. Intergroup biases and eyewitness testimony. J Soc Psychol. 1998, Dec; 138(6):710-23. doi: 10.1080/00224549809603256. PMID: 9872065. Acesso em 28 set. 2022.

LOFTUS, Elizabeth F. Illusions of Memory. Vol. 142, Nº 1. Proceedings of the American Philosophical Society: American Philosophical Society, 1998.

LOPES, Mariângela Tomé. Reconhecimento como meio de prova: necessidade de reformulação do direito brasileiro. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, 2011. Disponível em: . Acesso em 23 jul. 2023.

MATIDA, Janaina. O reconhecimento de pessoas não pode ser porta aberta à seletividade penal. Publicado em 18 de setembro de 2020, às 9h55. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-18/limite-penal-reconhecimento-pessoas-nao-porta-aberta-seletividade-penal>. Acesso em 29 out. 2022.

MATIDA, Janaína; CECCONELLO, William Weber. Outra vez sobre o reconhecimento fotográfico. Publicado em 1º de outubro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-01/limite-penal-outra-vez-reconhecimento-fotografico>. Acesso em 31 out. 2022.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro / Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho. - 42. ed. / atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. - São Paulo : Malheiros, 2016.

MORAES, Mauricio Zanoide de. Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NATIONAL RESEARCH COUNCIL. Identifying the Culprit: Assessing Eyewitness Identification, 2014. Disponível em: <https://www.innocenceproject.org/wp-content/uploads/2016/02/NAS-Report-ID.pdf>. Acesso em 04 abr. 2023.

NEIL V BIGGERS, 409, US 188 (1972).

NETO, Wilson Dantas de Brito; JÚNIOR, Aldo Reis de Araújo Lucena. Erro judiciário e condenações indevidas, consequências e repercussões. Revista Artigos. Com. Dezembro de 2021.

NEW ZEALAND. Evidence Act 2006. Disponível em: <https://www.legislation.govt.nz/act/public/2006/0069/latest/whole.html>. Acesso em 04 abr. 2023

PASTANA, Débora Regina. Cultura do medo. Reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil. São Paulo: IBCCRIM, 2003. P337p.

PAVARINI, Massimo. Punir os inimigos: criminalidade, exclusão e insegurança. Tradução Juarez Cirino dos Santos; Aliana Cirino Simon. Curitiba: LedZe Editora, 2012.

PICKEL, Kerri L. - Unusualness and Threat as Possible Causes of "Weapon Focus". Pages 277-295 | Published online: 15 Oct 2010. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/741942361>. Acesso em: 29 out. 2022.

RAMOS, Vitor de Paula. Prova testemunhal. São Paulo: RT, 2018.

REIS, Paulo Robson Bezerra. Confiabilidade do retrato falado construído com base em relatos de vítimas e/ou de testemunhas de crime como meio de identificação de autoria delituosa. Publicado em 10 dez. 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53941/confiabilidade-do-retrato-falado-construido-com-base-em-relatos-de-vitimas-e-ou-de-testemunhas-de-crime-como-meio-de-identificacao-de-autoria-delituosa>. Acesso em 31 out. 2022.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO (CONJUR). Ao conceder Habeas Corpus, Gilmar chama TJ-SP de "anarquista institucional". 17 de fevereiro de 2022, 14h32. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-17/conceder-hc-gilmar-chama-tj-sp-anarquista-institucional>. Acesso em: 15 mar. 2023.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Os Discursos sobre Crime e Criminalidade. Revista Judiciária do Paraná – Ano VIII. N. 6. Novembro 2013.

SB-923 Criminal investigations: eyewitness identification. Date Published: 10/01/2018, 09:00 PM. Disponível em: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201720180SB923. Acesso em: 07 maio 2022.

SCHIETTI CRUZ, R. Investigação criminal, reconhecimento de pessoas e erros judiciais:: considerações em torno da nova jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, [S. l.], v. 8, n. 2, 2022. DOI: 10.22197/rbdpp.v8i2.717. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/717> . Acesso em: 13 abr. 2023.

SCHPREJER, Isabela; DE OLIVEIRA, Luciana Helena Silva Barros; GARCEZ, Rafaela Garcia. Mandado de Segurança: Álbum de Suspeitos e Exclusão de Imagem do Impetrante do Cadastro de Suspeitos da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro. Peças Processuais - Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro nº 32 – 2022. Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/uploads/imagens/d50b5dfa2fd74615b8764c83b4d2c642.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2023.

SEMER, Marcelo. Sentenciando o tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento. São Paulo: Tirant Brasil, 2019.

SENADO FEDERAL. Atividade Legislativa – Projeto de Lei nº 676, de 2021. Acesso em 04 abr. 2023. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/147134> . Acesso em 07 jun. 2023.

SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENAIAS (SISDEPEN). Dezembro/2022. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relatorios-analiticos/br/brasil-dez-2022.pdf>. Acesso em 16 jul. 2023.

STABILE, Arthur. Condenada sem provas, Bárbara Querino é absolvida pela segunda vez. 14 de maio de 2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-05-14/condenada-sem-provas-barbara-querino-e-absolvida-pela-segunda-vez.html>. Acesso em: 06 maio 2022.

STEIN, Lilian Milnitsky. Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e suas Aplicações Clínicas e Jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010.

STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de et. al. Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses. Brasília, DF, 2015. Disponível em: Acesso em: 10 out 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Reconhecimento de pessoas: um campo fértil para o erro judicial. Notícias, 06/02/2022a. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/06022022-Reconhecimento-de-pessoas-um-campo-fertil-para-o-erro-judicial.aspx>. Acesso em 15 mar. 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Relatório Estatístico – 2022. Assessoria de Gestão Estratégica; Coordenadoria de Governança de Dados e Informações Estatísticas. 2022b. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/processo/boletim/2022/Relatorio2022.pdf. Acesso em 16 jul. 2023.

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

THE NATIONAL REGISTRY OF EXONERATIONS. Publicado em: Junho de 2012. Última atualização em: 22 de novembro de 2016. Disponível em: <https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/casedetail.aspx?caseid=3735>. Acesso em 05 nov. 2022.

UNITED STATES JUSTICE DEPARTMENT. National Survey of Eyewitness Identification Procedures in Law Enforcement Agencies, 2014. Disponível em: <https://www.ojp.gov/pdffiles1/nij/grants/242617.pdf>. Acesso em 04 abr. 2023.

VENTURI, Thais G. Pascoaloto. A responsabilidade civil do Estado por prisões indevidas nos EUA e no Brasil - Parte II. Migalhas. Publicado em 27 fev. 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/direito-privado-no-common-law/382054/a-responsabilidade-civil-do-estado-por-prisoas-indevidas>. Acesso em: 13 abr. 2023.

WELLS, G. L. Applied eyewitness-testimony research: System variables and estimator variables. *Journal of Personality and Social Psychology*, 1978, 36(12), 1546–1557. <https://doi.org/10.1037/0022-3514.36.12.1546>. Acesso em 15 out. 2022.

WELLS, G. L., SMALL, M., PENROD, S., MALPASS, R. S., FULERO, S. M., & BRIMACOMBE, C. A. E. Eyewitness identification procedures: Recommendations for lineups and photospreads. *Law and Human Behavior*, 1998, 22(6), 603–647. <https://doi.org/10.1023/A:1025750605807>. Acesso em 20 out. 2022.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; RADDATZ, Vera Lucia Spacil. O crime como “mercadoria”: a mídia e a construção imagética do “homem delinquente”, no Brasil. *Direito Penal, Processo Penal e Constituição I. XXVIII Congresso Nacional do CONDPEDI Belém – PA. Florianópolis*, 2019.

WIXTED, John T. WELLS, Gary L. The Relationship Between Eyewitness Confidence and Identification Accuracy: A New Synthesis. *Psychological Science in the Public Interest*, 2017; 18 (1): 10 DOI: 10.1177/1529100616686966. Acesso em: 25 out. 2022.

WOOTEN, Alex R. *et al.* The number of fillers may not matter as long as they all match the description: The effect of simultaneous lineup size on eyewitness identification. *Applied Cognitive Psychology*, [S. l.], v. 34, n. 3, p. 590–604, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1002/acp.3644> . Acesso em 31 out. 2022.

APÊNDICE – PROCESSOS ANALISADOS

Referente aos processos objeto de análise no “Capítulo 5 - Aplicação da lei pelos Tribunais Nacionais à Luz do Habeas Corpus n. 598.886”.

Número do processo	Classe	Órgão Julgador	Data da decisão	Data de Publicação	Relator
0015852-84.2018.8.26.0050	Apelação Criminal	1ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo	16.12.2019	19.12.2019	Des. Diniz Fernando
0053059-54.2017.8.26.0050	Apelação Criminal	4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo	23.09.2020	23.09.2020	Des. Euvaldo Chaib
0003406-62.2017.8.26.0348	Apelação Criminal	11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo	26.09.2018	02.10.2018	Des. Xavier de Souza
598.886	Habeas Corpus	6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça	27.10.2020	18.12.2020	Min. Rogério Schietti Cruz
680.416	Habeas Corpus	5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça	14.09.2021	16.09.2021	Min. Reynaldo Soares da Fonseca
0022076-63.2016.8.26.0032	Apelação Criminal	11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo	18.02.2021	18.02.2021	Des. Maria Tereza do Amaral
1515833-33.2020.8.26.0050	Embargos de Declaração Criminal	8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo	15.09.2021	15.09.2021	Des. Sérgio Ribas
2135163-83.2021.8.26.0000	Habeas Corpus	8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo	29.07.2021	29.07.2021	Des. Marco Antônio Cogan
1500028-97.2022.8.26.0073	Apelação Criminal	9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo	31.10.2022	31.10.2022	Des. Grassi Neto
2307772-38.2022.8.26.0000	Habeas Corpus	12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo	06.03.2023	06.03.2023	Des. Amable Lopez Soto

0012756-93.2022.8.26.0576	Apelação Criminal	13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo	03.03.2023	03.03.2023	Des. J.e.s.bittencourt Rodrigues
1501425-71.2021.8.26.0286	Apelação Criminal	2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo	25.01.2023	25.01.2023	Des. Luiz Fernando Vaggione
1501265-77.2019.8.26.0363	Apelação Criminal	13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo	22.02.2023	22.02.2023	Des. Marcelo Semer