

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL

VICTOR NASCIMENTO QUEIROZ

Tese de Láurea

**O procedimento de reconhecimento pessoal, sua natureza, seu valor probatório e
sua aplicabilidade**

São Paulo
2023

VICTOR NASCIMENTO QUEIROZ

Nº USP: 11816376

O procedimento de reconhecimento pessoal, sua natureza, seu valor probatório e sua aplicabilidade

Trabalho de Conclusão de Curso (“Tese de Láurea”),
apresentado ao Departamento de Direito Processual da
Universidade de São Paulo, como requisito parcial para
a obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Professor Gustavo Henrique Righi Badaró

São Paulo

2023

***“We must all face the choice between
what is right and what is easy.”***

*Albus Percival Wulfric Brian
Dumbledore*

RESUMO

O procedimento de reconhecimento pessoal, sua natureza, seu valor probatório e sua aplicabilidade

O trabalho terá objetivo de investigar o tema do reconhecimento de pessoas de uma perspectiva que sincretize os estudos da psicologia, neurociência e tantos diversos ramos da ciência com a pesquisa jurídica. O método de estudo será da realização de pesquisas em fontes primárias que consistem, de maneira geral, em doutrina jurídica, pesquisas do campo da psicologia e da neurociência, jurisprudência e normas positivadas. As hipóteses levantadas concernem ao valor probatório do reconhecimento em diferentes formas de procedimentalização, sua natureza enquanto prova irrepetível e a aplicabilidade na realidade brasileira. Sempre tomando por base o Garantismo Penal, o trabalho desembocará, por fim, na resposta a estas teses primárias.

Palavras-chave: Reconhecimento-pessoal; Reconhecimento;
Valor-probatório-do-reconhecimento; Aplicabilidade-do-reconhecimento;
Psicologia-e-Reconhecimento; Neurociência-e-Reconhecimento.

1 INTRODUÇÃO - HIPÓTESES.....	4
1.1 Irrepetibilidade e Momento processual.....	4
1.2 Valor probatório e Multiplicidade de formas.....	5
1.3 Reserva do Possível e Reconhecimento de Pessoas no Brasil.....	5
2 INSTITUTO DO RECONHECIMENTO.....	6
2.1 Conceituação.....	6
<i>2.1.1 Código de Processo Penal e seu artigo 226.....</i>	<i>6</i>
<i>2.1.2 Resolução do Conselho Nacional de Justiça.....</i>	<i>8</i>
<i>2.1.3 Informativo nº 684- Superior Tribunal de Justiça.....</i>	<i>11</i>
3 CONTEXTUALIZAÇÃO BRASILEIRA.....	13
3.1 Punitivismo brasileiro.....	14
<i>3.1.1. Dignidade da pessoa humana, base principiológica e garantismo penal.....</i>	<i>14</i>
<i>3.1.3 Populismo penal e “a nova direita”.....</i>	<i>17</i>
<i>3.1.4 Repressão penal na aplicação do reconhecimento pessoal.....</i>	<i>18</i>
3.2 Reconhecimento e a sensação de segurança.....	19
<i>3.2.1 Pequena escala.....</i>	<i>19</i>
<i>3.2.2 Média e larga escala.....</i>	<i>19</i>
4 RECONHECIMENTO PARA ALÉM DO DIREITO.....	21
4.1 Memória humana.....	21
<i>4.1.1 Padrões internos à perseguição.....</i>	<i>23</i>
<i>4.1.2 Padrões externos à perseguição.....</i>	<i>24</i>
<i>4.1.3 Falsas memórias.....</i>	<i>26</i>
4.2 Reconhecimento pessoal epistemicamente orientado.....	28
<i>4.2.1 Modelos de reconhecimento.....</i>	<i>28</i>
<i>4.2.2 Sugestionabilidade.....</i>	<i>30</i>
5 VALOR PROBATÓRIO.....	32
5.1 Inobservância do rigor do artigo 266 do Código de Processo Penal e suas consequências jurídicas.....	32

5.1.1 Nulidade.....	33
5.1.2 <i>Inexistência</i>	34
5.2 Irrepetibilidade e convalidação do reconhecimento.....	35
5.3 Reconhecimento no inquérito policial.....	37
5.4 Possibilidade de valoração de reconhecimento mau executado.....	38
5.5 Tabela de valoração.....	41
6 RESERVA DO POSSÍVEL.....	43
6.1 Reserva do Possível e Reconhecimento Pessoal.....	43
6.2 Impossibilidade de prejuízo ao acusado.....	44
7 CONCLUSÕES.....	45
8 REFERÊNCIAS.....	47

1 INTRODUÇÃO - HIPÓTESES

O presente trabalho tem o intuito de vasculhar o instituto do reconhecimento pessoal, procedimento importante no dia a dia forense e instrumento muitas vezes essencial para a condenação de acusados.

A análise do reconhecimento pessoal será feita, de início, no plano jurídico, de um ponto de vista de observação da aplicação atual das normas. Depois, perpassará por uma investigação mais voltada para a multidisciplinaridade com o tratamento técnico pelo ramo da psicologia e da neurociência. Por fim, haverá uma retomada da perspectiva jurídica, agora tentando sintetizar conhecimentos adquiridos para atribuir natureza jurídica e eventual valor probatório ao reconhecimento de pessoas.

Este vasculhamento terá como premissa um olhar garantista da realidade. Haverá um contraponto do olhar do populismo penal e como ele contribui para a aplicação esdrúxula do reconhecimento, para que, posteriormente, se construa um eixo garantista, com explicação sucinta do tópico e sua inserção no tema do reconhecimento.

A inserção da psicologia terá papel fundamental. A contaminação psicológica de um reconhecimento durante o inquérito havendo influência no procedimento realizado em Juízo. Da mesma forma, a ausência de um reconhecimento prévio durante o inquérito - pelo fator tempo - tem poder de alterar a circunstância do crime na mente da vítima e testemunhas. Sugestionamento também é tema da psicologia e do reconhecimento de pessoas: “este é o autor do crime?” difere-se de “reconhece algum dos suspeitos como autor do crime?” tanto na formulação quanto na consequência.

Na neurociência, pode-se falar de memórias falsas que, ultrapassando o campo jurídico, influem na capacidade de reconhecer. Sem dúvida alguma, representam artefatos de extrema utilidade na formação de um processo que antes de tudo busca justiça.

Assim sendo, este estudo esmiuçar os seguintes tópicos para confirmar ou descartar hipóteses iniciais em formato de tese final: há irrepetibilidade do reconhecimento de pessoas enquanto natureza intrínseca da prova gerada? é possível atribuir valor probatório a reconhecimentos procedimentalmente paupérrimos? o ideal de reconhecimento de pessoas, é aplicável na realidade brasileira?

1.1 Irrepetibilidade e Momento processual

A começar pelo fato de que permeia diferentes momentos da persecução penal, o reconhecimento pessoal é, de fato, momento ímpar no encadeamento de uma condenação.

Possui alocação tanto em solo policial, como também durante a instrução criminal. Vê-se pela prática judiciária e pela prática policial uma diferenciação de *modus operandi* entre os dois modelos, a qual destaca um maior rigor procedimental naquele caso e menor rigidez metodológica naquele.

1.2 Valor probatório e Multiplicidade de formas

Em outro ponto, destaca-se também que o reconhecimento, por mais que previsto formalmente no artigo 226 do Código de Processo Penal não é um procedimento uniformar, pois, na prática é aberto às mais diferentes maneiras de se proceder.

Uma foto do suspeito, uma foto do suspeito cercada de outros suspeitos, uma foto em meio ao álbum cercada de outros suspeitos seguida de uma pergunta em aberto sobre o reconhecimento, um sujeito sozinho pessoalmente presente, um perfilamento de sujeitos dos mais diversos, ou mesmo perfilamento de sujeitos semelhantes. Note a diferença de cada uma dessas formas, todas chamadas de reconhecimento. Por outro lado, percebe-se, também, a diferença que exprimem nas consequências práticas de cada um desses reconhecimentos, a capacidade de diferenciação entre outras maneiras de classificá-las.

Parece evidente que uma fotografia de um indivíduo em meio a várias outras indica um rigor probabilístico maior, enquanto uma que se localiza solo padece de valor probatório; uma fotografia exibida junto a um contexto dos indivíduos expostos, em comparação com outra sem esse contexto, tem significado diferente ao reconhecedor; um perfilamento pessoal de indivíduos semelhantes se diferencia muito de um perfilamento que une indivíduos de várias etnias, alturas, idades e etc.

De maneira geral, o destaque é o da variedade de aplicação do reconhecimento, e, portanto, se levanta a hipótese de aplicação de diferentes valores probatórios.

1.3 Reserva do Possível e Reconhecimento de Pessoas no Brasil

A última e talvez mais importante hipótese a ser debruçadamente investigada é a da possibilidade ou não de aplicação de um reconhecimento de pessoas epistemicamente válido dada a realidade brasileira. Isto porque a prática tende a impor uma limitação ao factível, muitas das vezes com a evocação de argumentos financeiros utilizando a construção da Reserva do Possível para que haja restrição passiva da capacidade do Estado.

A hipótese, *in casu*, será dúplice, havendo a principal e sua subsidiária. É verdadeiro o argumento da Reserva do Possível neste caso? Mesmo que sim, a consequência deveria ser o rebaixamento da episteme processual e, portanto, do *standard* probatório?

2 INSTITUTO DO RECONHECIMENTO

Necessário estabelecer as bases conceituais do tema do reconhecimento.

O reconhecimento vulgarmente falando, é aquele procedimento no qual o suspeito de ter realizado um crime é posto ao lado de figurantes para que uma testemunha ou vítima proceda a identificação na tentativa de rememoração do evento relevante. Esta pessoa é guiada por uma autoridade - quem atuará para que ocorra o reconhecimento. Intuitivamente, é aquela situação na qual se perfilam pessoas diante de um espelho falso para que, no vidro ao fundo, reconhecedor ajude as investigações ou o próprio processo através da utilização de sua memória.

Como se observa, o jargão para a identificação de cada ator neste procedimento é importante para que a compreensão dos seus papéis seja mais fácil. Assim, temos o reconhecedor - testemunha ou vítima que utilizará sua memória -, o suspeito - objeto do reconhecimento -, os figurantes - pessoas que são utilizadas para que haja o contraste entre suspeito e suas figuras para testar a memória -, autoridade condutora - via de regra, juiz ou autoridade policial, quem guia o reconhecimento -, evento relevante - situação na qual a memória foi criada sendo, em geral, o fato criminoso.

Preponderará, nesta primeira análise, um juízo de fato muito mais do que juízo de valor, havendo uma colocação sumariamente crítica do texto legal, da Resolução de nº 484/2022 do Conselho Nacional de Justiça¹ e do Informativo nº 684 proferido pelo Superior Tribunal de Justiça.

2.1 Conceituação

2.1.1 Código de Processo Penal e seu artigo 226

O reconhecimento de pessoas é espécie do gênero reconhecimento, se tratando de meio de prova utilizado tanto para teses defensivas quanto por teses acusatórias. Trata-se da descrição de alguém visto no passado, diferenciando-se do reconhecimento de coisas que se refere, necessariamente, da descrição de algo avistado². Em seguida, há a confirmação das identidades perante outras pessoas.

¹CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Coletânea CNJ. Resolução nº484/2022, 21 de dezembro de 2022. Estabelece diretrizes para a realização do reconhecimento de pessoas em procedimentos e processos criminais e sua avaliação no âmbito do Poder Judiciário. Brasília, 2022, disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4883> > acesso em 08 de junho de 2024.

²BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017

O procedimento está devidamente positivado no artigo 226 do Código de Processo Penal, que descreve:

Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma: I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida; II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la; III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela; IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

Parágrafo único. O disposto no nº III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento³.

Nesse sentido, reparte-se em fases essenciais que descrevem um caminho formal. Essas fases são separadas entre a descrição, a comparação e, posteriormente, a indicação. Todas elas analisadas doutrinariamente com a devida crítica e definições específicas.

Na descrição, existe uma fundamentalidade que caracteriza que, caso seja diversa das características da pessoa que se pretende reconhecer, o reconhecimento, necessariamente, será destituído de valor. Serve, desse jeito, para que se permita avaliar a veracidade do reconhecimento.

Em seguida, quando nos referimos à comparação, surgem elementos mais aptos a criar uma polêmica prática. Segundo Badaró, enquanto a teoria, representada pela doutrina, demanda que haja uma semelhança na completude dos elementos extrínsecos de pessoa a ser reconhecida e figurantes, a prática jurídica se ancora na ideia de que apenas uma semelhança qualquer para ser realizado. Estes elementos extrínsecos podem ser definidos como as características de figurantes e suspeitos, envolvendo tanto propriedades básicas (cor da pele, altura, gênero, estrutura corporal *etc.*), quanto traços mais particulares (formato do nariz, estrutura dos olhos, estruturas corporais exóticas). Do ponto de vista de aceitabilidade de reconhecimento, parece fazer sentido que o texto legal abra possibilidade para ambos os elementos.

Por fim, para fins da fase de indicação, o destaque essencial é de que deve ser feita na ausência de qualquer intimidação ou influência, preservando-se a veracidade do procedimento.

A desconformidade do procedimento com os requisitos impostos é caso de atipicidade da norma processual, havendo, dessa forma, como supramencionado, uma perda extensa de

³BRASIL. Decreto-Lei nº 3689, de 03 de outubro de 1941.

seu valor probatório. Isto vai de encontro à visão que coloca esta desconformidade como mera irregularidade⁴ e, por consequência, implica a manutenção do valor probatório.

Quanto a este valor probatório, vale o destaque de que é apontado como a mais falha e precária das provas. Isto porque a qualidade da prova obtida está intimamente conectada à coerência entre a primeira fase do reconhecimento e a segunda. Além disso, surge a questão do reconhecimento fotográfico e seu valor de prova. Enquanto a doutrina majoritária vai no sentido de não ter valor probatório, tendo argumentos que se direcionam à precariedade do ato de reconhecer por fotografia, bem como na escolha do legislador, a jurisprudência atribui valor probatório desde que acompanhado de outras provas.

Além disso, conforme atualização legislativa, há, da mesma forma, a possibilidade de reconhecimento virtual. Neste, o mínimo comprometimento da qualidade do equipamento eletrônico impede o valor do ato.

Todas estas considerações sobre valor probatório serão melhor resgatadas em capítulo próprio (notadamente, o capítulo 5 deste trabalho).

2.1.2 Resolução do Conselho Nacional de Justiça

Ainda no caminho de entendimento do instituto do reconhecimento, com o porém de análise mais próxima da prática judiciária, essencial que seja citada e explanada a Resolução de nº 484/2022 do Conselho Nacional de Justiça sobre o tema.

Nela, expõe-se, em síntese, que a atualização de entendimento por parte dos magistrados se faz necessária pela existência de pesquisa científica psicológica a respeito do tema e também pelo fato do falso positivo de reconhecimento de pessoas ser uma das principais fontes de erros do judiciário.

Neste documento, inclusive, existem dados de pertinência acentuada como o levantamento feito pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro que identificou, no âmbito nacional, que em 60% dos casos de reconhecimento fotográfico equivocado em sede policial houve a decretação da prisão preventiva com tempo de prisão médio de aproximadamente 9 meses. Além disso, em 83% dos casos de reconhecimento equivocado as pessoas apontadas eram negras, o que reforça as marcas da seletividade e do racismo estrutural do sistema de justiça criminal. Sobre esta seletividade, haverá menção ao reconhecimento de raças diversas (*cross race effect*) em capítulo próprio (notadamente, tópico 4.1.2).

⁴BADARÓ, 2017

Nota-se, logo de início, portanto, que o teor da Resolução é de aumento do rigor técnico do procedimento. Assim sendo, se direcionando aos magistrados, define, entre outras coisas, que se trata de prova do tipo irrepetível, que existe uma preferência pelo reconhecimento presencial com alinhamento de pessoas, uma maior e melhor definição das etapas de reconhecimento, gravação do procedimento, utilização do *line up*, além, claro, de ratificar a falibilidade da memória humana exigindo, inclusive, cursos de aperfeiçoamento de atualização funcional quanto ao reconhecimento.

Desta maneira, define que a prova só tem valor probatório quando realizada em um primeiro momento. Não significa necessariamente a impossibilidade e realização por mais de uma vez, mas certamente demonstra que há desnecessidade de refazê-la uma vez que, por sua natureza irrepetível, as condições que permitem auferir valor epistêmico ao procedimento só acontecem quando inédita. Este tema será revisitado no de item 5.2.

Quanto às etapas do reconhecimento, destaca que, na entrevista inicial, para a descrição da pessoa a ser reconhecida, deve haver um primeiro momento de relato livre e a existência, também, de perguntas abertas. Infere-se disso que as perguntas abertas devem ter por objetivo guiar o entrevistado para que forneça o relato de maneira mais livre possível, não sendo viável que guiem-no quanto ao objeto em si de reconhecimento. Também é importante a descrição do autor do crime e da própria identificação da vítima quanto a sua etnia. Neste ponto, cabe o adendo deste autor quanto ao fato de que, em um país tão miscigenado quanto o Brasil, a utilização genérica de “preto”, “pardo” e “branco”, não satisfaz para a identificação da cor dos personagens do delito, por isso importante o método comparativo entre a autodeclaração e a identificação. Por mais que haja esta questão, a Resolução especifica que os critérios de classificação racial seguirão o método do IBGE (branco, pardo, preto, amarelo e indígena).

Além disso, nesta entrevista, deve haver o relato do dia dos fatos bem como do evento relevante, sempre tendo como guia a capacidade de se aferir ou não reconhecimento fidedigno. Este relato será considerado fidedigno conforme análise crítica da autoridade. Obviamente, em sede de entrevista, o reconhecedor descreverá se já houve algum reconhecimento realizado, seja ele de acordo com todas as formalidades exigidas ou não.

Caso estas condições de entrevista não se satisfaçam, ou ainda, se das informações obtidas dela se perceba que o reconhecimento não refletirá em meio de prova útil do ponto de vista epistêmico, logo se descartará o procedimento. Um exemplo seria o caso de haver um suspeito preto e a vítima ou testemunha informar que o autor do delito foi pessoa tão escura quanto ela - sendo uma pessoa parda (veremos, mais à frente, que caso realizado este

reconhecimento mesmo após a descrição incongruente, seria caso de ato inexistente - vide, tópico 5.1.2).

Antes do reconhecimento, haveria alertas de preparação ao reconhecedor consistentes em ressaltar que a pessoa investigada ou processada pode não estar entre as apresentadas, possibilidade de não reconhecer qualquer uma delas, continuidade das investigações após o procedimento e de que o grau subjetivo de confiabilidade será proferido pelo próprio reconhecedor. Estas perguntas pretéritas servem como real preparação na medida em que dá ciência ao reconhecedor da responsabilidade do seu ato de reconhecimento (salientando que há possibilidade de cometer grave injustiça com um falso positivo) e, ao mesmo tempo, assegurando que as investigações continuarão mesmo após o reconhecimento no sentido de que o ato não será determinante quanto a existência ou não de comprovação da autoria delitiva. Ou seja, dá a importância necessária para a seriedade do ato sem que incorra em uma hipervalorização probatória.

Quanto ao reconhecimento em si, estabelece que o método a ser realizado é o do *line-up*, havendo preferência sobre as similitudes de características entre os indivíduos apresentados. O método exposto será tratado de maneira mais aprofundada no tópico 4.2.1. Por outro lado, pode-se adiantar que esta interpretação ao termo “se possível”, do artigo 226, representa avanço importante. Isto porque há polêmica semântica deste dispositivo desde a redação da norma, havendo parte dos juristas que tem entendimento que este termo referir-se-ia ao reconhecimento em si. Com esta interpretação, evidentemente que o reconhecimento deverá ser realizado sendo que somente há abertura de possibilidade diversa às características em si.

Por fim, conforme antecipado nas prévias do procedimento, o próprio reconhecedor é quem dará o grau de confiabilidade de seu reconhecimento. Desta maneira, infere-se que, por mais que o reconhecimento seja formalmente positivo e realizado de maneira completamente conforme ao artigo 226 e à Resolução, não havendo uma declaração de 100% de certeza por parte do reconhecedor, seu valor probatório decai consideravelmente.

2.1.3 Informativo nº 684- Superior Tribunal de Justiça

Importante trazer à tona a mudança de entendimento conferida pela jurisprudência de Tribunais Superiores quanto ao tema do reconhecimento. Isto porque, apesar de ser fulcro de tópico posterior deste trabalho, constitui vetor necessário de ser compreendido para firmar o instituto do reconhecimento no Direito aplicado de hoje.

Desta forma, em caminho parecido, o Superior Tribunal de Justiça, por meio de informativo, alterou a percepção antiga que tínhamos do valor probatório do Reconhecimento de Pessoas. No julgamento do *Habeas Corpus* de nº 598.886/SC, realizado em 27 de outubro de 2020, a Sexta Turma decidiu por mudar o *status* do procedimento realizado em desconformidade ao artigo 226, do Código de Processo Penal. Enquanto o entendimento pacificado anterior era de existir uma situação de “mera recomendação” das disposições ali exteriorizadas, agora, compreendeu como tendo maior robustez vinculativa. Disto, a irritualidade abstraída do não cumprimento do disposto transformou-se em causa de invalidade do procedimento.

Vê-se que o caminho seguido pela interpretação vai no sentido de dar a devida importância ao procedimento em estudo. Tal seria a importância ao ponto de que o seu não cumprimento em conformidade com todas as nuances exigidas legalmente ensejaria a anulação da prova. Como sabemos, a anulação não se bastaria na prova em si, mas em todos os atos subsequentes realizados que guardassem uma relação consequencialista durante o procedimento investigativo e mesmo a ação penal.

Por isso mesmo, a interpretação do Superior Tribunal de Justiça é robusta, trazendo a possibilidade de condenação somente conforme a existência de outros elementos probantes da ação penal.

Elenca o Tribunal Superior as seguintes conclusões:

1) O reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime; 2) À vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo; 3) Pode o magistrado realizar, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório, bem como pode ele se convencer da autoria delitiva a partir do exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento; 4) O reconhecimento do suspeito por 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 juízo⁵.

Quanto à 4ª conclusão, é de se destacar atualização/correção realizada posteriormente, com a seguinte definição:

⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo nº 684, Inquérito Policial. Reconhecimento Fotográfico de Pessoa. Inobservância do Procedimento Previsto no Art. 226 do Cpp. Prova Inválida Como Fundamento Para Condenação. Necessidade de Evitar Erros Judiciários. Relator: Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz. Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2021.

Não se deve considerar propriamente o reconhecimento fotográfico como "etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal", mas apenas como uma possibilidade de, entre outras diligências investigatórias, apurar a autoria delitiva. Não é necessariamente a prova a ser inicialmente buscada, mas, se for produzida, deve vir amparada em outros elementos de convicção para habilitar o exercício da ação penal⁶.

Pois bem, destaca-se o trecho da terceira conclusão. Nele se expõe que o juiz sentenciador tem possibilidade de condenação, conferindo como comprovada a autoria delitiva, a partir do exame de outras provas quando não guardam relação de causa e efeito com o ato viciado do reconhecimento.

Ainda sobre a terceira conclusão, na prática, a aplicação desta exceção - de confirmação de autoria delitiva mesmo com reconhecimento inválido - seria caso raríssimo de se acontecer. Poderíamos pensar em exemplos nos quais existem provas evidentes de autoria que atingem o *standard* de quase 100% de certeza, como um vídeo filmado de uma câmera de segurança, um teste pericial conclusivo, uma confissão que, no contexto, não havia porque ser falsa. No entanto, a esmagadora maioria de condenações, advindas de análise conglobante de elementos de prova, seria necessariamente influenciada pela existência de um reconhecimento positivo inválido, ainda mais quando realizado durante o inquérito policial.

Infere-se, também deste trecho, à primeira vista, uma discordância da natureza irrepetível do procedimento. Isto porque, na maior parte das vezes, o reconhecimento seria feito em Juízo após uma primeira ocorrência na Delegacia de Polícia. Ou seja, reconhecer a possibilidade do magistrado realizá-lo abre brecha para interpretação de que o procedimento seja repetido. Pelos estudos sobre a influência de um reconhecimento anterior, os quais revelam que o objeto do reconhecimento passa a ser o suspeito reconhecido no primeiro procedimento e não mais a memória do evento relevante, parece não fazer sentido este reconhecimento. Tal ponto será retomado quando o trabalho tratar do valor probatório do procedimento.

Em suma, o informativo, contendo estas alterações de entendimento é de relevância ímpar, pois tem o poder de alterar a cadeia lógica realizada sobre o próprio reconhecimento. Assim, a própria realização do procedimento de maneira incorreta seria evitada, pois poderia ensejar a anulação dos atos posteriores, caracterizando uma relevante perda de recursos e de tempo.

⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo nº 730, Reconhecimento Fotográfico Realizado na Fase do Inquérito Policial. Inobservância do Procedimento Previsto no Art. 226 do Cpp. Prova Inválida Como Fundamento Para A Condenação.. Relator: Ministro Rogério Schietti. Brasília, DF, 28 de março de 2022.

3 CONTEXTUALIZAÇÃO BRASILEIRA

Parte importante do trabalho de compreensão e eventual transformação do método de reconhecimento pessoal na realidade brasileira é o conhecimento efetivo do contexto que o cerca. Isto porque, antes de mais nada, para guardar não só eficácia dos padrões estabelecidos de forma epistêmica, mas efetividade da norma jurídica enquanto instrumento de transformação social, é necessário que a percepção do ambiente brasileiro e suas conjunturas específicas sejam tratados.

Em meio a uma realidade social na qual reina o punitivismo, compreende-se que uma das ferramentas mais utilizadas para satisfazer a ânsia por uma resposta ao crime é a ultrapassagem violenta das garantias do processo penal. É evidente que, apesar de ideologia presente no seio da aplicação do direito, o punitivismo não se limita ao começo, meio e fim da persecução penal, mas, na verdade, trata-se de ideologia que se alastra por diversos campos da sociedade. Com isso em mente, não é menos verdade que a convivência legal e procedimental reforça de maneira especial o ideal de punir.

Desta maneira, de um ponto de vista de eficiência, é necessário entendimento da importância do princípio da dignidade da pessoa humana, uma colocação sobre o punitivismo e a sua faceta moderna bem como sua aplicação no contexto do reconhecimento pessoal. Além disso, na esteira da compreensão deste peculiar punitivismo, se faz premente o estudo da utilização do reconhecimento positivo - mesmo que falso - como forma de assegurar uma sensação falha de segurança. Este tema ganha atenção singular quando se concebe que a ausência de segurança pública é um dos principais problemas vigentes hoje na sociedade brasileira.

3.1 Punitivismo brasileiro

3.1.1. Dignidade da pessoa humana, base principiológica e garantismo penal

A fundação do Estado brasileiro se dá ditada por princípios bem estabelecidos através de posituação expressa. Assim, entendem-se como valores fundamentais da República essencialmente a previsão disposta no artigo 1º da Constituição Republicana. Elenca:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.⁷

Vê-se, portanto, que o valor atribuído à dignidade da pessoa humana é equiparado à soberania do Estado, havendo uma ultrapassagem do enquadramento enquanto garantia individual. Na verdade, trata-se de princípio normativo que representa fundação do próprio Estado, havendo de ser supra-estabelecido porque a sua mitigação levaria, a longo prazo, à decadência do próprio ente republicano.

Trata-se, assim, de vetor principiológico que estabelece imperativos (1) no estabelecimento de princípios adjacentes, (2) na criação de regras positivadas, (3) na interpretação jurídica destas normas e (4) na atividade administrativa pelos representantes do Estado.

Neste sentido, vale o destaque de José Afonso da Silva sobre as características essenciais deste princípio:

Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem desde o direito à vida “Concebida como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais (...) o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer ideia apriorística do homem (...)” (...) Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna, a ordem social visará a realização da justiça social (...) ⁸.

Ou seja, tem-se como definição algo próximo a um amálgama dos direitos fundamentais. Não à toa Agra⁹ a classifica como “um complexo de direitos que são inerentes à espécie humana, sem eles o homem se transformaria em uma coisa, *res*”. Afonso ainda destaca sobre os princípios em geral que haveria uma diferenciação da interpretação estritamente programática do princípio com aquela que incorre de sua maior aplicabilidade.

⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 de outubro de 1988.

⁸ SILVA. José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 6ª edição. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1990.

⁹ AGRA, Walber de Moura. Curso de direito constitucional. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

É de extrema importância ter em mente essas considerações, a fim de distinguir as disposições programáticas e os princípios políticos constitucionais conformadores das ordens econômica e social. Esses princípios são programáticos, mas apenas no sentido de que definem as bases dos fins e tarefas estatais e enquanto põem os objetivos e determinações do programa a ser cumprido pelo Estado. Constituem Direito imediatamente vigente e são diretamente aplicáveis. Assim, a determinação constitucional segundo a qual as ordens econômica e social têm por fim realizar a justiça social constitui uma norma-fim, que permeia todos os direitos econômicos e sociais, mas não só eles como, também, toda a ordenação constitucional, porque nela se traduz um princípio político constitucionalmente conformador, que se impõe ao aplicador da Constituição¹⁰

Ou seja, a aplicação da dignidade humana é direta, tendo hierarquia altíssima na base principiológica brasileira. É mandamento a ser seguido enquanto vetor que abrange todos os campos da prática judiciária, legislativa e executiva do Estado brasileiro sendo um comando de fluxo de direitos fundamentais sem os quais o homem não poderia exercer sua potencialidade equivalendo à coisa.

Esta interpretação vai ao encontro do combate ao punitivismo idealizado pela lógica garantista. Garantismo penal é teoria desenvolvida pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli no final do século XX cujo prisma está na antítese entre liberdade e poder de um ponto de vista da arbitrariedade do Estado¹¹.

Em sua obra mais notória, “Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal”¹², o autor traça o garantismo como um parâmetro de racionalidade, de justiça e de legitimidade da intervenção punitiva obtendo, em realidade, uma multiplicidade de facetas. Estas seriam três: as facetas normativa, crítica e política.

O modelo normativo, que vigeria a ordem da estrita legalidade, comum ao Direito Público em geral, seria observado mediante a lógica de poder mínimo, havendo mínima violência e máxima liberdade.

O modelo crítico vai justamente focar na questão da efetividade. Uma comparação do dever ser normativo constitucional e legal com o parâmetro material demonstrado na realidade social. Este prisma de análise acaba revelando que muitos dos ordenamentos jurídicos tendentes ao garantismo na verdade se revelam como anti garantistas em suas práticas operacionais. Por isso mesmo, esta abordagem requer dos juízes e dos juristas uma constante tensão crítica sobre as leis vigentes, com crítica jurídica a estas leis positivadas.

¹⁰SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

¹¹TRINDADE, André Karam. Raízes do garantismo e o pensamento de Luigi Ferrajoli. Revista Consultor Jurídico, 8 de junho de 2013. Acesso em 12 de outubro de 2013. disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jun-08/diario-classe-raizes-garantismo-pensamento-luigi-ferrajoli/>>

¹²FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão : teoria do garantismo penal / Luigi Ferrajoli. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.

Por fim, o modelo político pressupõe uma separação entre direito e moral para que haja legitimação externa da ação do Estado conforme percurso no trilho ético-político da garantia do indivíduo frente ao arbítrio estatal.

Desta forma, o doutrinador caracteriza sua teoria, fixado por estes três prismas, da seguinte maneira:

(...) [Estes prismas] delineiam, precisamente, os elementos de uma teoria geral do garantismo: o caráter vinculado do poder público no Estado de direito; a divergência entre validade e vigor produzida pelos desníveis das normas e um certo grau irreduzível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior; a distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico) e a conexa divergência entre justiça e validade; a autonomia e a prevalência do primeiro e em certo grau irreduzível de ilegitimidade política com relação a ele das instituições vigente (...) ¹³

Estes três prismas, modelos, teorias ou significados, por mais que diferentes entre si, carregam um certo grau de miscibilidade necessária quando do estudo sobre determinado tema por estas bases. Não é diferente no caso do reconhecimento de pessoas e a contraposição com o punitivismo. Há vinculação do princípio oposto de dignidade da pessoa humana, consistente em amálgama de princípios do mínimo para homem enquanto homem. Esta vinculação, de um ponto de vista garantista de Ferrajoli, é o que assegura a justiça sendo, desta forma, um instrumento para a legitimidade. Também vale o contrário, sem a observação do princípio - aferido de maneira objetiva e aplicável - carece a norma, sua aplicação e sua interpretação de legitimidade.

3.1.3 Populismo penal e “a nova direita”

O movimento atual é de exacerbação das violações aos princípios de norte garantista. Talvez pela característica de abstração que princípios possuem em relação às regras, o ataque a seus núcleos é mais facilitado pela inexistência de objetividade.

No contexto do final da década de 1990, Zaffaroni já escrevia sobre a “nova direita penal”. Para ele, a justiça penal nesta nova lógica teria correlação direta com a ideia de ordem, havendo uma contraposição por meio de princípios de caridade e justiça apenas na medida do possível. Neste contexto:

¹³ FERRAJOLI, 2002.

As estatísticas são manejadas como indicadores de criminalidade real, sem qualquer crítica, observando-se que em alguns casos são sensíveis a um aumento de pena, em outro a um maior número de prisões e em outros a um maior número de condenações. A partir daí aconselha a adoção da política que, em cada caso, corresponda a esses indicadores, sem importar-se com as consequências de tais arbitrariedades¹⁴.

Nesta lógica, não há pudor do uso do racismo e da aporofobia na categorização criminal, havendo política aberta de combate aos grupos com a desculpa de utilização de política criminal que busca um ideal de ordem durkheimiano.

Este fenômeno observado na década de 1990 - pode-se dizer, preconizado - é encontrado de forma exponencial na atualidade. Isso porque, basta uma observação mais atenta à realidade política cotidiana, em especial ao discurso proposto por grupos de setores conservadores, para se observar a proposta da barbárie como resposta à violência, sempre apontando como justificativa o retorno da ordem e se balizando pela narrativa de que o garantismo - quando aplicado aos setores minoritários - nada mais seria do que o reflexo da impunidade.

A questão punitivista, na realidade atual, parte de uma lógica de desumanização e culpabilização de grupos socialmente e historicamente excluídos para justificativa de utilização do Direito Penal. Acontece no entanto que a utilização do Direito Penal neste contexto deixa alheia a contextualização individualizando o conflito com uma carga exacerbada de moralidade.

Assim, na era da mídia, o reforço positivo de estereótipos de raça, de lógicas de violência sistêmica e mesmo da utilização de comportamento agressivo para lidar com o problema da segurança, é usado em larga escala em reprodução em massa. Basta pensarmos em programas televisivos do estilo jornalismo policial, em que, de maneira geral, mercantiliza-se a violência¹⁵

Eis a mais elucidativa faceta do populismo penal.

3.1.4 Repressão penal na aplicação do reconhecimento pessoal

No contexto de reconhecimento de pessoas, esta lógica de populismo penal serve justamente para estremecer as bases do garantismo e atacar diretamente a dignidade da pessoa humana. O populismo penal, enquanto sistema que vige inclusive de maneira midiática,

¹⁴ZAFFARONI, Eugênio Raul. Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral. 2ª edição. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1999.

¹⁵LIMA, Mercedes. O Sistema Punitivista. Migalhas. Migalhas de peso. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/343165/o-sistema-punitivista>>

reflete um adensamento da propaganda penal retributiva em todas as áreas da vida cotidiana, e encontra, no reconhecimento de pessoas, um terreno fértil para prosperar.

O professor Luciano Anderson de Souza bem coloca em sua obra que, nos últimos anos, há uma hipertrofia da repressão penal não só no âmbito horizontal - ou seja, pela criação de novos tipos penais -, mas, na verdade, observa-se um movimento vertical. Este movimento é caracterizado, entre outros pontos, pela “ampliação de restrições de direitos por meio do processo penal”¹⁶. Por esta lógica, no contexto do procedimento em estudo, vê-se que a relativização do artigo 226 do Código de Processo Penal não é somente realizada pelos atores jurídicos, mas pela política cotidiana de forma reiterada.

Ou seja, há apoio político e social ao procedimento mal realizado em nome da punição e do combate à violência, em movimento que reforça estereótipos que não só diminuem a episteme do processo, como, paralelamente influenciam e retro alimentam o racismo. Conforme verificou-se no item 2.1.2, em sede de seletividade de reconhecimento e racismo estrutural, indivíduos de raça negra são aqueles quem mais sofrem com a utilização mal realizada deste meio de prova. Isto é reforçado pela estereotipização que ocorre na mídia por força do populismo penal.

Do mesmo jeito, ainda que nos abstraíssemos do elemento de raça, a simples ultrapassagem violenta sobre garantias em sede de reconhecimento já mereceria nossa preocupação. Como veremos nos itens seguintes, o reconhecimento de pessoas tem uma força para condenação muito exacerbada e, antiteticamente, é bastante suscetível às quebras de formalidades.

3.2 Reconhecimento e a sensação de segurança

A sensação de segurança advinda de um reconhecimento positivo tem um valor inestimável tanto em pequena, quanto em média e larga escala.

3.2.1 Pequena escala

Os agentes policiais que movem o inquérito têm a percepção de dever cumprido, dando conta da vinculação entre a materialidade e a autoria. Nesta mesma linha, o Ministério Público, quem move a ação penal, adquire ideia de completude: enquanto fiscal da lei, sua acusação só resta perfeita quando a lacuna indicada pela expressão “indícios de” é preenchida pelo reconhecimento positivo, tornando, em tese, certa a autoria. O julgador, por sua vez, ao

¹⁶SOUZA, Luciano Anderson de. Direito penal: parte geral. Volume 1. 2ª edição. Thomas Reuters Brasil. São Paulo, 2021.

visualizar o reconhecimento positivo, ainda mais quando reduzido a termo com expressões como “reconhecedor Fulano dá 100% de certeza de que este é o autor” se alivia de estar cometendo qualquer injustiça, afinal, uma pessoa presente no momento do delito atestou que aquele seria o criminoso.

Esta percepção de pequena escala é essencial para que o reconhecimento positivo seja visto com bons olhos pelos operadores do direito e envolvidos com a persecução penal em geral. No entanto, os efeitos aliviantes do reconhecimento positivo tem real perigo quando analisados em média e larga escala.

3.2.2 Média e larga escala

Conforme posto no tópico anterior, a realidade brasileira é não só permeada, mas encharcada de vieses punitivistas. Estes vieses assumem uma faceta protofascista no tema da segurança justamente pela capacidade ímpar que a violência física possui em gerar temor. Este temor é justificado, em grande parte, pelo terror enfrentado pela população.

Em uma rápida investigação de dados de violência, chegamos a conclusão que o Brasil é um dos países mais violentos do mundo. Em relação ao crime de homicídio, aquele do qual se pode extrair maior correspondência à real violência pois, muito menor a sua cifra oculta - afinal, resta um cadáver - o Brasil teve o maior número absoluto de homicídios no mundo no ano de 2023¹⁷.

Por mais que extremamente relevantes estes números brutos, para que a questão da sensação de segurança seja assimilada, é essencial uma análise de percepção individual. Neste caminho, em pesquisa envolvendo 29 países realizada pelo instituto Ipsos¹⁸, em junho de 2023, partindo de metodologia que pergunta diretamente para os cidadãos sobre o seu conhecimento de crimes nos últimos 12 meses, pôde-se observar que o Brasil ocupa as piores posições em quase todos os aspectos. O país figura no top 3 entre os que mais cometem violência contra a mulher, tráfico de drogas e violência física contra homens.

Sobre a percepção de segurança geral, a mesma pesquisa ainda demonstra que 40% da população brasileira acredita que de 2022 para 2023 o nível de violência aumentou, sendo que apenas 8% acreditam que diminuiu. Ainda, 46% da população não se mostrou confiante nas

¹⁷UOL. Brasil lidera ranking de homicídios no mundo, mostra estudo da ONU. 2023, disponível em <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/deutschewelle/2023/12/08/brasil-lidera-ranking-de-homicidios-no-mundo-mostra-estudo-da-onu.htm>> e ONU. Global Study on Homicide. 2023. disponível em: <https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/gsh/2023/GSH23_Chapter_2_>>, p. 6

¹⁸IPSOS. Global Advisor - Views on crime and law enforcement around the world. Paris, 2023.

autoridades legais para o combate de crimes violentos, enquanto 50% sim, havendo divisão quase total.

Estes números demonstram uma demanda da população por melhoria geral na segurança, pois, havendo percepção de aumento da criminalidade somada a um fulcro de violência real e incerteza sobre a efetividade das autoridades competentes, infere-se um grau de insatisfação. Este grau é exacerbado pela pesquisa da Global Peace Index¹⁹, na qual atestou-se que 83% da população brasileira teme em ser vítima de crime violento. Ou seja, o brasileiro não se sente seguro.

Este parece ser o cenário perfeito para o crescimento do ideal de ordem - “nova direita penal” - teorizado por Zaffaroni, uma vez que a crescente criminal justifica o injustificável e atua como maneira de legitimação de atos, inclusive, que aviltam a dignidade da pessoa humana. É neste ponto que o reconhecimento positivo entra em cena.

O reconhecimento positivo, quando analisado em larga escala, dá uma resposta a este anseio populacional pela interrupção da violência. Isto porque, na realidade do judiciário brasileiro, ele é traduzido, quase sempre, como uma quase certeza de condenação do acusado. A condenação do acusado, por sua vez, significa menos um criminoso nas ruas e isto, mesmo que indiretamente, significa, em teoria, mais segurança.

Ou seja, em suma, dado como real o temor da população brasileira ser vitimada por crimes violentos - temor, este, justificado pela existência material de um altíssimo índice de agressividade social criminosa - o reconhecimento positivado, mesmo que sem qualquer observação de parâmetro mínimo de episteme, é uma sinalização mínima de resposta à barbárie.

Esta resposta, infelizmente, é mentirosa. Por isto mesmo, continua perpetuando violência em nossa sociedade. Afinal, não sendo atribuída de maneira correta a autoria, partindo do pressuposto de que a materialidade era certa, continua livre o verdadeiro autor. E pior: sem que haja ação penal e nem mesmo inquérito policial contra si, pois estes já foram encerrados.

Disto se depreende que o falso reconhecimento positivo, mais do que um instrumento para que se mitigue esta sensação de segurança quase inexistente na percepção do povo brasileiro, serve para perpetuar a real violência.

Partindo do artigo 144 da Constituição Republicana, vê-se portanto que o reconhecimento realizado de maneira errônea confere dupla mácula. Vejamos o teor do

¹⁹GLOBAL PEACE INDEX. Measuring peace in a complex world. 2021. Disponível em: <<https://reliefweb.int/report/world/global-peace-index-2021>>.

dispositivo: “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (...)”²⁰

Nota-se que a segurança pública está fortemente conectada com um dever prestacional do Estado que deve ser compreendido tanto na esfera subjetiva, de proteção do indivíduo - tanto que direito de todos -, quanto na esfera objetiva - havendo preservação da ordem pública e incolumidade das pessoas e seus patrimônios. Assim, uma vez que, além de injusto com o suspeito, ainda permite que a proteção geral seja ameaçada, pois o autor do crime continua livre, vê-se que há uma mácula da previsão constitucional de ideal de segurança.

Assim sendo, o dever prestacional do Estado, seguindo a lógica de aplicação direta de princípios e conforme a compreensão garantista de legitimidade, não pode se resumir, em matéria de segurança, a um reconhecimento positivado de maneira epistemicamente paupérrima. Há dever contrário. O Estado possui como incumbência o avanço do rigor técnico do meio de prova para garantir a dignidade do suspeito e a segurança da população.

4 RECONHECIMENTO PARA ALÉM DO DIREITO

4.1 Memória humana

Antes de qualquer tipo de debate sobre a funcionalidade do modelo de reconhecimento de pessoas, é de suma importância que se estabeleça parâmetros com lastro na realidade para o entendimento da otimização do procedimento em termos de produção de prova com valor epistêmico elevado. Para tal, foge-se de conceitos idealizados e se direciona a aspectos materiais inclusive sobre a fisiologia humana.

Por isso, essencial reconhecer o cérebro humano como um órgão com características inerentes que não podem ser moldadas de acordo com uma vontade ideológica de um legislador ou mesmo do aplicador da lei. Sabemos que a ideologia predominante, que vige amoldada ao punitivismo, influencia, mas o papel do estudo acadêmico é justamente minimizar esse aspecto.

Isto posto, parte-se de um cérebro que é o catalisador da recepção, construção e reconstrução de memórias: captamos aquilo que vem do mundo externo através da imagem que é fornecida e, logo no primeiro momento, já começa a interpretação da realidade dentro de nossa cabeça. Em seguida, direciona-se ao armazenamento. Este, ao contrário de um *backup* de um computador ou um HD externo, indo de encontro ao que se evoca pelo senso

²⁰BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 de outubro de 1988.

comum, não é cristalino e protegido de referências externas: a memória se altera. Aquilo que fora visto como um olho castanho pode se tornar um olho preto conforme interferências na experiência mundana.

A compreensão desta mudança só pode ser realizada com o conhecimento advindo da neurociência e o estudo biológico do cérebro humano. Através deste estudo, chegamos à conclusão que o funcionamento do cérebro é essencialmente analógico²¹. Isto porque “Relaciona conceitos completos uns com os outros e procura estabelecer as semelhanças, diferenças ou tipos de ligações existentes entre eles. Não procede a montagem de pensamentos e sentimentos a partir de pequenos fragmentos de dados”²².

O comportamento de nosso cérebro é condicionado à atividade dos neurônios que o compõe e estes não estão apenas conectados a um sistema frio de produção de dados através da análise imagética. Pelo contrário, fragmentos de uma mesma lembrança, seja pelo viés do sentimento, pela conexão direta da aparência ou pela assimilação analógica, são acionados assim que há a tentativa de acionar a memória gerando um objeto diferente daquele do qual se absorveu em um primeiro momento.

Na realidade o Sistema Nervoso Central não tem função de acumulação de registros factuais, mas, sim, traços de informações. Estes sim são quem reconstroem as memórias. No entanto, o ponto essencial é a compreensão de que esta reconstrução não representa um quadro fiel ao que foi vivenciado no passado.

Nesse mesmo caminho, importante salientar que o nível de alteração também depende de graus de fixação de cada indivíduo. Assim sendo, reina uma subjetividade. Esta subjetividade, inevitavelmente, influenciará na terceira parte do processo, que é a reprodução.

Desse jeito, remete-se à função da memória humana. Conforme lição pretérita da estudiosa do tema, Professora Janaína Matida²³, a memória humana tem atribuição específica de aprender. Aprender envolve não só o armazenamento de informações, mas a complementação destas com novas para gerar conhecimento. É um procedimento em que a tese é sempre posta em cheque frente a uma antítese para que haja a sintetização da nova informação. Essa forma de funcionamento da mente humana é o que fez - e faz - como que o progresso ocorra, uma vez que, o reconhecimento de padrões faz com que se hipotetizem

²¹ÁVILA, Gustavo N. Falsas Memórias e Sistema Penal. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2013.

²²ÁVILA, 2013

²³MATIDA, Janaina; CECCONELLO, William Weber, Outra vez sobre o reconhecimento fotográfico. Porto Alegre, 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-out-01/limite-penal-outra-vez-reconhecimento-fotografico/>>, aceso em 08 de junho de 2024.

critérios que, mais tarde, podem se mostrar como regras conforme o correto falseamento. Assim produz-se ciência e, somente dessa forma, o aperfeiçoamento, de fato, sucede.

A análise desse *modus operandi* aproxima aquilo do que é natural para a nossa espécie daquilo que é construído através do método científico, fazendo crer, a uma primeira vista, que há harmonia na construção de conhecimento. No entanto, em sentido contrário, a submissão a falseabilidade é algo construído através de pensamento crítico *a posteriori*, e não algo natural ao ser humano e, mais especificamente, ao cérebro humano.

Essa atribuição para aprender faz com que, ao mesmo tempo, surjam duas problemáticas em matéria de reconhecimento: (1) a construção de padrões involuntários pela nova absorção de informações ao longo do processo penal e (2) a adoção destes padrões que reproduzem uma realidade segregadora.

4.1.1 Padrões internos à persecução

Deve-se compreender que não é um problema em si. Como já dito, esta absorção, e não o mero armazenamento do arquivo puro, é o que conecta informações para gerar conhecimento. No entanto, na matéria de reconhecimento, há uma falsa percepção da realidade que leva a uma compreensão equivocada daquilo que gera a “prova” - com valor probatório ou não.

De fato, não só o conteúdo que é apresentado ao reconhecedor durante o intervalo entre fato criminoso/evento relevante e reconhecimento influencia na qualidade do reconhecimento, mas a forma como ele é apresentado. Veja, apenas de encontrar reafirmações diárias sobre qual a raça que comete delitos patrimoniais do Brasil, seja pela mídia ou seja na trivialidade pessoal do indivíduo, a tonalidade do sujeito que lhe roubou já escurece a cada reforço.

O cérebro associa a informação original - subtração e ameaça por pessoa feita com pele parda - ao que lhe é apresentado durante sua experiência extrínseca, especialmente midiática - roubos são, em sua maioria, realizados por pessoas pretas. Assim, a primeira experiência é complementada por uma segunda que nem mesmo é lastreada na realidade. Para agravar a situação, não só o conteúdo da informação complementadora como a maneira de exposição do conteúdo é errônea. É o caso, por exemplo, da comunicação entre agentes públicos e reconhecedor quando feita de maneira informal, com aquela mensagem do gênero “Bom dia, prendemos o roubador - em seguida uma foto - (...) Solicito que venha ao Distrito para realizar o reconhecimento”. Conforme será abordado no tópico 4.2.1, existem formas para proceder a abordagem do reconhecedor de forma a minimizar o segundo conteúdo.

4.1.2 Padrões externos à perseguição

O segundo ponto que demanda tratamento especial da abordagem da mente humana é a criação de padrões pretéritos conforme a repetibilidade de circunstâncias apresentadas. Aqui, a grosso modo, fala-se de estereotipização e preconceito. Veja, há conceitos já concebidos em nossa sociedade dos quais dispensa-se maiores relacionamentos, vez que inferíveis de maneira anedótica e científica de maneira vasta pela literatura. O baiano é preguiçoso, a mulher é frágil, e o preto, dentre tantas coisas, é ladrão. Não se trata de superficialização do tema, mas reconhecimento de que, entre tantas as pré-concepções estabelecidas a respeito de raça, a criação do estereótipo dos pretos e pardos do Brasil passam, necessariamente, por aproximá-los da figura do criminoso. Esta construção tem base histórica fundada no racismo que perpassa desde elementos culturais até fundamentações pseudocientíficas resultando tanto no racismo intersubjetivo como naquilo que se define como racismo estrutural.

Em matéria de reconhecimento, vamos além: é preciso identificar o padrão de criminoso apresentado aos reconhecedores. Assim sendo, diversos marcadores sociais fortalecem determinados tipos de crimes conforme faz-se uma análise social. Em delitos patrimoniais - imensa maioria daqueles dos quais se ocupa nosso judiciário -, pessoas com tatuagens, de pele mais escura, cabelo mais crespo e escuro, traços negróides, linguajar marcado por sotaque nordestino - quando falamos da perspectiva sudestina e sulista - ou mesmo pela presença de gírias de dialeto periférico, e *etc.*, tendem a somar características para o crime para o reconhecedor que, imerso na realidade social, não foge do preconceito. Em delitos sexuais ou mesmo de ameaça a vida ou integridade física, muito se vê sobre a figura do preto violento/agressivo²⁴. Em suma, tais elementos da realidade influenciam o reconhecimento sem nem mesmo haver uma experiência casuística específica, tornando uma segunda experiência que influencia imediatamente após o cometimento do delito mesmo tendo sido apresentada anteriormente. Isto é, o preconceito incutido precedeu ao fato criminoso, e, mesmo assim, influenciou uma mudança da informação armazenada de maneira posterior.

Nesta linha argumentativa, cabe apontamento dos estudos realizados sobre o *cross race effect* ou efeito de outra raça²⁵. Uma cooperação de universidades cariocas realizada para

²⁴CARTA CAPITAL. Masculinidade Negra. Perifa Connection. São Paulo, 2019. Disponível em <<https://www.cartacapital.com.br/blogs/perifaconnection/masculinidade-negra/>>, acesso em 08 de junho de 2024.

²⁵FIORAVANTI-BASTOS, Ana Carolina Monnerat. SEIDL-DE-MOURA, Maria Lúcia. LANDEIRA-FERNANDEZ, J. O Desenvolvimento do Efeito da Outra Raça (EOR) em Crianças: Dos Modelos

a compreensão do fenômeno da identificação facial se propôs a investigar se a subjetividade racial possui influência em sede de reconhecimento de terceiros.

Partindo do pressuposto que o modelo de identificação da mente humana possui especificidades, ou seja, não é pré-concebido como um computador, o estudo aponta que a noção cognitiva assimilada no cérebro humano teria tendência de armazenamento de dimensões relevantes no que concerne às faces. De maneira simplificada, a visualização do cérebro humano traça modelos faciais.

Assim, nos modelos adaptados em nossa memória sobre estas faces, haveria características mais ou menos relevantes para fim de armazenamento para reprodução de modelo - eg.: o tamanho do nariz não é tão relevante para distinguir o gênero do rosto quanto a sobrancelha. A utilização de uma premissa de modelo que se baseia em exemplares adquiridos ao longo da vida - e não em uma norma ideal pressuposta biologicamente - leva-nos a crer que o fator raça passa a possuir especial relevância na identificação facial. Justamente pela assimilação ocorrida ao longo da vida da pessoa, acaba sendo mais comum partirmos do pressuposto que faces de outras raças, que não a nossa, são mais similares entre si do que faces de nossa própria raça.

A explicação para tal fenômeno está na atenção direcionada aos elementos específicos de diferenciação citados anteriormente. Assim, pessoas brancas norueguesas que majoritariamente possuem olhos claros, ou seja, dão atenção para a diferenciação entre um verde água de um verde musgo para que se consiga individualizar uma face de outra. Por este motivo, quando encontrarem duas pessoas negras, uma de olho castanho e outra de olho preto, estes brancos noruegueses não as diferenciarão com tanta ênfase porque, logo de cara, já assimilam a característica “olho escuro”, ou melhor “olho não claro”, como uma aproximação entre os dois indivíduos a serem identificados. Assim, há uma tarefa mais árdua para diferenciá-los, já que este não é o processamento cerebral comum para esta pessoa.

Nesta pesquisa, há referência a alguns estudos realizados que demonstram que o efeito da raça diminui de acordo com o aumento da experiência com faces de outras raças. Neles, demonstra-se que pessoas brancas que conviveram mais tempo em bairros e comunidades de negros possuem mais aptidão na diferenciação quando no reconhecimento de duas pessoas pretas.

Este último ponto, aliado a toda esta lógica de subjetividade racial influente, serve para comprovar a afirmação dos marcadores sociais. Isto porque, voltando-nos à matéria de reconhecimento, o elemento racial está mais do que suficientemente comprovado como influente. Seja porque, por um lado, existe um *background* de racismo estrutural no qual o reconhecedor, enquanto membro da sociedade, está necessariamente inserido, seja porque, por outro, a psicologia e neurociência já demonstraram que o reconhecedor branco generaliza, via de regra, o negro a ser reconhecido.

Em suma, o valor probatório de um reconhecimento realizado por uma pessoa branca frente a um suspeito negro, intrinsecamente, já nasce questionado. Caso extrapolemos o elemento racial para outros marcadores sociais, fica nítido o comprometimento deste meio de prova quando não performado da maneira mais eficaz possível. Esta maneira será estudada no tópico a seguir.

4.1.3 Falsas memórias ²⁶

Por óbvio que todo este funcionamento do cérebro, influenciado pelos padrões sociais e atinentes ao inquérito policial e ao processo penal, não sendo confiável, não só suprimirá memórias verdadeiras do reconhecedor - notavelmente, a imagem nítida dos fatos criminosos/eventos relevantes - como, em seu lugar, preencherá esta lacuna. Este preenchimento é realizado através das chamadas falsas memórias.

Falsas memórias são lembranças de acontecimentos que nunca aconteceram, de situações não presenciadas, de lugares jamais vistos, ou então, de lembranças distorcidas de algum evento²⁷. O fenômeno da falsa memória é completamente diverso da mentira, pois nesta, há consciência e vontade do agente. A mentira é um ato deliberado de distorção da realidade, enquanto que, ao proferir uma falsa memória, o agente acredita piamente naquilo que afirma.

Elas surgem tanto de maneira espontânea como de maneira provocada, neste último caso, em fenômeno denominado de sugestionabilidade. Este fenômeno ganhará um capítulo próprio em seguida quando especificarmos os modelos de reconhecimento a serem admitidos.

Fato é que, havendo falhas no processo de memorização, é preciso ainda que se descubra se sua localização exata reside no armazenamento ou somente na reprodução da memória. Além disso, resta comprovado que existem uma série de fatores que interferem na

²⁶ALVES, Cíntia Marques. LOPES, Ederaldo José. Falsas Memórias: questões teórico-metodológicas. Universidade Federal de Uberlândia. Uberlândia, 2007.

²⁷H. L. Roediger, III., & K. B. McDermott, (2000). Distortions of memory. In E. Tulving, & F. I. M. Craik, The Oxford Handbook of Memory (pp. 149-162). Oxford, England: Oxford University Press.

produção de falsas memórias. Entre eles, podem ser salientados a quantidade e qualidade da informação que foi ativada na rememoração, determinados vieses da recordação, os objetivos da atividade de rememoração, o tempo entre o evento e a recordação, eventual elemento disponibilizado para a recordação, a existência de atenção dividida durante o teste, existência de conhecimentos anteriores pelo rememorador e, claro, emoções.

Quando falamos de processo penal e um reconhecedor, ainda mais se este for vítima, podemos destacar que o objetivo da atividade de rememoração tem viés punitivo e de realização de justiça. Ou seja, diferentemente de uma pessoa submetida à recordação por razão de psicoterapia, por exemplo, aqui, há uma clara motivação para que qualquer lacuna existente seja preenchida, afinal, é necessário que seja feita a justiça havendo influência inclusive da emoção.

Além disso, ainda em destaque a sede de processo penal, a pessoa objeto da memória - suspeito - tem uma característica especial: ela não quer ser identificada. Isto é, o criminoso se prepara para que seja o menos identificável possível e, por isso mesmo, a qualidade da informação acessada, via de regra, será precária. Comprovação disso é que a maioria dos roubos são realizados por indivíduos com capacetes de motociclistas, ou mesmo durante a noite, período no qual há menos iluminação para assimilação imagética.

Por fim, ainda no que concerne ao processo penal, o fator tempo age de forma perceptível. Por mais que na Justiça Criminal haja uma celeridade maior do que outros setores do judiciário, pelo menos alguns meses se passam entre o fato criminoso e o reconhecimento em Juízo²⁸.

Portanto, define-se que o ambiente em estudo neste trabalho está cercado de forma ainda mais intensa a situações que incentivam a criação de falsas memórias. O reconhecimento de pessoas, especialmente quando realizado em Juízo, é ambiente propenso à formação de falsas memórias, que revela ironia pois, nesta sede, tenderia a buscar justamente a maior proximidade da verdade.

Pior ainda sabermos que as falsas memórias “(...) podem ser mais duradouras e resistentes do que as verdadeiras, sendo relatadas com detalhes mais vivos de sua apresentação em testes de recordação ou reconhecimentos (...)”²⁹. Isto demonstra a impossibilidade de atribuir maior veracidade a uma narrativa apenas porque mais detalhada. Ou seja, a técnica de senso comum utilizada por muitos juízes, consistente em tentativa de

²⁸ Sobre cada um destes fatores, há tabela no item 5.5 que demonstrará a repercussão em sede discussão de valor probatório.

²⁹ ALVES & LOPES, 2007

análise da verdade do depoimento durante a instrução baseada em elementos subjetivos ao depoente, demonstra-se ineficaz.

Sobre este tema, em matéria de reconhecimento, poder-se-ia destacar que assertivas como “Tenho absoluta certeza de que foi ele, Excelência” ou “não há qualquer dúvida, tenho total convicção da minha memória” pouco possuem de valor sobressalente a uma simples confirmação de reconhecimento. Na verdade, o magistrado, pelo que se parece, deveria se ater aos elementos objetivos do procedimento.

4.2 Reconhecimento pessoal epistemicamente orientado

4.2.1 Modelos de reconhecimento

O que mais se encontra como princípio norteador de um bom reconhecimento de pessoas é a ausência de destaque do sujeito a ser reconhecido. A ideia é de que haja um equilíbrio entre os indivíduos apresentados para que sobrevenha uma equiparação. Sendo esta a ideia, a lógica passa a ser de destaque advindo da mente do reconhecedor e não de elementos externos. Neste sentido surgem alguns métodos utilizados que se mostram na prática judiciária e policial. Desde o *line up*, até o *show up*, passando por híbridos que envolvem álbuns de fotografias, apresentação de perfis em redes sociais dos suspeitos, na prática, os modelos acabam se conectando e refletindo o mais conveniente da realidade casuística.

De início, separamos o método do *show up* do *line-up*. Consiste o primeiro em uma comparação direta entre o rosto do suspeito com o rosto na memória do reconhecedor. Assim, conforme o termo em inglês, mostra-se expressamente a imagem, seja pessoal ou fotograficamente, sem desvios de um indivíduo para que o cérebro do reconhecedor possa conectá-lo ao autor do delito ou não. Por outro lado, o segundo modelo já possui uma peculiaridade diferenciadora: adota-se um perfilamento de indivíduos para que, entre eles, haja uma comparação de imagens e, subsequentemente, uma sinapse entre imagem comparada e a memória subsistente do autor do crime.

Note, enquanto o *show up* requer apenas um momento de comparação, o *line up* exige que faça-se dois exercícios de confrontação de imagens. Dessa maneira, apenas com esse aumento de etapas, o rigor já cresce.

No entanto, para além disso, essa confrontação primária exigida pelo *line up* é ainda mais complexa. Isto porque, nesta dinâmica, não há, via de regra, uma só comparação, mas sim, uma série de comparações dos diversos indivíduos entre si.

A fim de trazer a realidade, o que mais é utilizado quando adotado este modelo, é a forma de alinhar cinco suspeitos. E mais, a exigência é de sujeitos que se pareçam entre si e tenham uma certa padronização de apresentação em relação a roupas e acessórios para que se respeite o princípio da ausência de destaque.

Não à toa, o modelo que demonstra mais falsos positivos é o *show up*, enquanto o seu avesso é o mais seguro para resguardar a verdade e desviar de injustiças.

Dentre essas duas formas de abordar o procedimento de reconhecimento de pessoas, surgem ramificações que se mostram possíveis ainda mais com os avanços tecnológicos, advento das redes sociais e informatização da vida. Toma-se, como exemplo, os reconhecimentos por álbum de suspeitos, o reconhecimento fotográfico e o reconhecimento do perfil em rede social. Sendo todos métodos de utilização de recursos não pessoais para que haja o procedimento de maneira mais célere. Acontece que, sendo o álbum de suspeitos um procedimento apresenta os sujeitos sem qualquer tipo de padronização, ainda confunde, em muitos casos, suspeitos de outros delitos para que, em um método de *fishing*³⁰, possa-se atribuir autoria delitiva a alguém.

Um problema muito grande com o álbum de fotografia advém do fato de que, por ser apresentado a vítima que todos são sujeitos que tem passagem pela polícia, acaba que o viés de medo do falso reconhecimento positivo é diminuído, vide um pensamento de que se a pessoa tem passagem pela polícia, é investigada mesmo que potencialmente, não seria de todo ruim reconhecê-la falsamente, afinal é envolvida com o crime. Por outro lado, apresentação de perfil em rede social é o auge dessa ausência de padronização, havendo, em verdade, um total desprendimento de qualquer tipo de critério, reinando informalidade.

Por mais que presumidamente avessos à melhor técnica de reconhecimento, os métodos modernos podem ser utilizados conforme o estabelecimento de bases parametrizadas. É o caso do reconhecimento fotográfico combinado ao *line up*. Aqui há algumas hipóteses diferentes: a fotografiação de um suspeito junto a outros indivíduos de maneira pretérita para que, após, postos em conjunto, mas apenas através da fotografia, o reconhecedor realize o procedimento; ainda se pode ir pelo caminho de fotografias separadas para que, da mesma forma, realize-se o reconhecimento em momento posterior.

Muito embora, nos dois casos a formalidade ser necessária para garantir a qualidade epistêmica do procedimento, é imperioso que na segunda hipótese haja uma correta

³⁰ROSA, Alexandre de Moraes da, A prática de fishing expedition no processo penal. 2 de julho de 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jul-02/limite-penal-pratica-fishing-expedition-processo-penal/>>, acesso em 08 de junho de 2024.

padronização das fotos tiradas, com mesmo enquadramento, mesma expressão facial, mesmas vestes e acessórios e, evidentemente, semelhança entre os sujeitos.

4.2.2 Sugestionabilidade

Um tema pouco abordado, devido sua sutileza, mas de extrema importância no estudo do reconhecimento de pessoas, é o da instrução formalizada dos agentes que farão o procedimento. Isto é, toda a formulação de perguntas feitas de maneira a se preservar uma relação neutra entre reconhecedor e suspeito para que, no fim das contas, resguarde-se uma possibilidade de ação livre da memória e, por consequência, um reconhecimento mais confiável, sem falsos positivos.

O fundamento disso reside no fato de que vítimas e testemunhas, quando em sede policial principalmente, tem uma inclinação a assimilar que um reconhecimento negativo equivale a um óbice na investigação policial. É como se não reconhecer o sujeito que lhe foi apresentado atrapalhasse o trabalho dos agentes e, por isso mesmo, é necessário desmentir este pensamento logo no início das tratativas.

Não é só de fundamental importância cultivar o cuidado anterior ao reconhecimento, com a correta abordagem de perguntas, como também é vital que se atente ao momento posterior a fim de se evitar o que tendemos a chamar de *feedback* positivo.

Sobre as perguntas, é incontestável que apresentar os sujeitos - seja por meio de fotografias ou pessoalmente - com formulações de pergunta como “Foi este quem furtou a senhora. Correto?” exerce influência gritante na resposta do sujeito conforme o quão influenciável é o reconhecedor. Acontece que, assim como há graus para esta influência, também há graus de nível de abertura de perguntas anteriores. Assim, deve-se, indubitavelmente, priorizar o uso do relato livre e perguntas abertas, ao mesmo tempo em que se evita perguntas fechadas ou indutivas.

Além disso, a própria conversa entre a autoridade e o reconhecedor pode contaminar o procedimento a ser realizado, mesmo quando a interação entre os dois não está tão marcada pela indução das perguntas. Isto porque ainda trazendo elementos da psicologia do testemunho, o simples pedido de informações pode induzir a criação de falsas memórias. Em estudo realizado, viu-se que os pacientes de psicoterapias ou depoentes em contexto de julgamentos, que são encorajados através da sentença “conte mais”, acabam produzindo memórias falsas³¹.

³¹ALVES e LOPES, 2007

Ou seja, existem problemas tanto com perguntas indutivas como também com a criação de expectativa de informações, no entanto, não só com estes dois tipos de abordagens. Perguntas fechadas também aviltam o procedimento por carregarem certa carga de sugestionabilidade.

Sobre este conceito de sugestionabilidade, os psicólogos e estudiosos de interrogatório policial Gudjonsson e Clark tem como sua definição o grau em que as pessoas aceitam mensagens que lhe são comunicadas durante uma entrevista, tendo como consequência, uma alteração em seu comportamento e resposta³².

Veja-se como exemplo, na fase de acolhimento, uma pergunta como “O sujeito era preto?” ou “Qual a etnia do autor?”. Por mais que não seja diretamente uma pergunta indutiva, a primeira forma de abordagem carrega uma dosagem de incitamento. Agora, o reconhecedor não se abre à possibilidade de ser pardo de pele clara, pardo de pele escura, tem de escolher entre ser preto ou não.

Esta forma de perguntar já demonstrou-se indutora de diferentes respostas por estudos realizados pela pesquisadora Elizabeth Loftus. No caso, a estudiosa apresentou filmagens de acidentes de carro para diversos voluntários que deveriam respondê-la em seguida. Quando, em suas perguntas, utilizou termos mais agressivos, de maneira diretamente proporcional, a tendência dos participantes passou a ser de afirmar, mesmo que falsamente, que havia mais elementos quebrados no acidente. Especificamente, a troca do verbo *hit* por *smash* resultou em voluntários indicando que os vidros dos veículos haviam sido quebrados. Ou seja, a forma de perguntar contaminou a distorção da testemunha do evento relevante³³.

Assim sendo, conclui-se que o sugestionamento, ou seja, a atitude da autoridade para no sentido de aumentar a sugestionabilidade do procedimento, para além de, evidentemente, ferir a presunção de inocência que ainda envolve o indivíduo a ser reconhecido, ainda atrapalha o valor epistêmico da prova a ser produzida.

Em outra instância, existe a questão do *feedback* positivo.

Nele, há uma problemática tanto pelo restante da investigação criminal como posterior eventual ação penal. Este *feedback* consiste em uma confirmação, por parte da autoridade, de que o suspeito era, de fato, aquele que foi reconhecido. Ele resulta em um crescimento exponencial da confiança do reconhecedor em sua capacidade de reconhecer.

³²ÁVILA, 2013

³³LOFTUS, E. F. Make believe memories. *American Psychologist*, 277, 2003, p. 867-873

Por este motivo, acaba influenciando de forma direta tanto no grau de certeza no que se refere ao próprio reconhecimento realizado, quantos novos reconhecimentos de novos autores ou mesmo um reconhecimento posterior em Juízo.

Aqui, há de se ressaltar que o elevado grau de confiança do reconhecedor não corresponde necessariamente a um elevado grau de confiança no elemento de informação produzido. Na verdade, como já visto, pode-se, inclusive, percorrer um caminho inverso, já que falsas memórias tendem a ser ainda mais detalhadas. A desconstrução desta lógica de maior assertividade como sinônimo de maior confiança no procedimento também pode ser realizada através de argumento que rememora a diversidade dos seres humanos em geral que, com diferentes personalidades, podem lidar com a memória de maneira particular e exteriorizar com menor ou maior assertividade simplesmente pelo seu “jeito de ser”.

No fim das contas, a questão do *feedback* positivo serve para tornar mais robusto o ponto de vista que atribui uma natureza de irrepetibilidade ao procedimento de reconhecimento pessoal. Isto porque, quando realizado, o reconhecimento em Juízo passa de procedimento inútil mas inofensivo, para, na verdade, uma agravante em casos de falsos positivos. Afinal, a certeza que se dará por existirem dois reconhecimentos, em realidade, será de apenas uma confirmação enviesada do segundo pelo tratamento da autoridade no primeiro.

5 VALOR PROBATÓRIO

5.1 Inobservância do rigor do artigo 266 do Código de Processo Penal e suas consequências jurídicas

O não cumprimento do rigor de uma norma que define mandamentos procedimentais enseja consequências jurídicas variadas. Lê-se como ausência de regularidade formal em sentido amplo, uma vez que há atipicidade do ato praticado quando em comparação direta com o dispositivo processual.

Desta forma, deve-se questionar se esta atipicidade específica levará à definição de mera irregularidade, sem consequências eficaciais, à invalidade ou até à inexistência do procedimento. Já observamos que, pela jurisprudência extraída do informativo nº 684 do Superior Tribunal de Justiça, não é o caso de mera irregularidade. A formação jurisprudencial, por mais importante que seja o tribunal formador, não é, por si só, atestado de veracidade. No entanto, não parece mesmo ser caso de mera irregularidade, uma vez que a relevância da

formalidade comprovada pelos estudos científicos já encaminhados do ramo da psicologia não pode ser abstraída sob justificativa de uma sentença ambígua do dispositivo³⁴

5.1.1 Nulidade

Quanto à invalidade do ato, enfrentamos novo problema. O sistema processual penal brasileiro tem indicação um tanto quanto arcaica ao separar em rol legal de nulidades passíveis de serem identificadas nos atos processuais. Assim, em sede do artigo 564 do Código de Processo Penal, o legislador, julgando-se capaz de prever todas as situações de atipicidade formal de atos processuais, prenuncia: “A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:”.

A solução, ainda que não seja a ideal, pois não possui previsão específica - como a nulidade da ausência de 15 jurados para a constituição do júri (artigo 564, inciso III, alínea “i”, Código de Processo Penal), por exemplo - a fins de segurança jurídica, parece compreender a nulidade do reconhecimento como omissão de formalidade que constitui elemento essencial do ato, havendo celebração infiel ao modelo legal.

Deste jeito, aplica-se o artigo 564, inciso IV: “A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: IV - por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato”³⁵.

No caso em estudo, vemos que o artigo 226 do Código de Processo Penal deve ser levado ao rigor máximo pois compreendido em um cenário processual penal específico: de prova com cunho psicológico determinante a sua eficácia útil. Por isso mesmo, este fator deve ser levado em conta para definir a consequência jurídica do reconhecimento mal realizado, já que ela deve ser pautada pela consequência material de sua pífia efetuação.

Neste sentido, sabe-se que “a observância do procedimento modelado pela lei é penhor da legitimidade política e social do provimento judicial a ser proferido afinal, justamente porque é através dela que se assegura a efetividade do contraditório”³⁶. Ou seja, a invalidade do procedimento de reconhecimento pessoal realizado de forma diversa da preconizada pelo dispositivo legal parece ser o melhor caminho de entendimento quanto à consequência jurídica.

Esta nulidade poderia ser classificada como absoluta ou relativa. Sabemos que as nulidades absolutas são aquelas que atingem interesses de ordem pública e que, no fim do dia, possuem fulcro em garantias constitucionais. Por outro lado, a lei coloca de forma explícita

³⁴Aqui, refere-se ao termo “se possível”, presente no artigo 226, inciso II, do Código de Processo Penal, e sua aplicação polêmica já abordada.

³⁵BRASIL. Decreto-Lei nº 3689, de 03 de outubro de 1941.

³⁶DINAMARCO, Cândido Rangel. GRINOVER, Ada Pellegrini. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Teoria Geral do Processo. 23ª edição. São Paulo, 2007.

que são relativas as nulidades do artigo 564, inciso IV do Código de Processo Penal, bastando a leitura do artigo 572 do mesmo diploma para se inferir que é caso de nulidade relativa.

5.1.2 Inexistência

Ainda se poderia afirmar que existem procedimentos de reconhecimento tão esdruxulamente realizados no que tange à formalidade do ato, que a própria existência deste ato seria questionada. Sabe-se que possível afirmar que a atipicidade do procedimento quanto à norma procedimental enseja inexistência quando o grau de distância entre o dever ser e o ser, ou seja, de subsunção do fato à norma, é tanto que não mais faria sentido em classificar o ato como apenas nulo. Neste sentido, advém a classificação como absolutamente nulo ou inexistente.

Para melhor rigor técnico, este grau seria atingido quando o núcleo de ser do ato não é atingido nem mesmo de forma superficial. Assim, haveria uma questão antecedente à própria validade do ato, uma vez que lhe faltaria um requisito essencial de sua própria realidade jurídica. Isto significa que, por mais que materialmente o ato exista - afinal, existiria contradição em ser ato e não existir - a sua faceta jurídica nem mesmo existe. Como consequência, qualquer efeito deste ato seria contrário ao direito, pois apenas material e não jurídico. Esta diferenciação tem especial importância para fins de decisões transitadas em julgado, pois o ato inexistente não transita em julgado, bastando ser declarado inexistente para que seus efeitos materiais sejam revertidos.

Em forma mais prática, no que concerne a este trabalho, seria importante, portanto, definir o cerne do reconhecimento pessoal. Tendo em mente estes fins, seria um reconhecimento que não é apto para reconhecer nem de forma ínfima, resultando em um não procedimento. Exemplo melhor seria o reconhecimento no qual a pessoa a ser reconhecida é tratada pela autoridade como “criminoso” ao se referir em frente ao reconhecedor. Ora, o que há de se reconhecer se a pessoa leiga já é implicitamente colocada em situação na qual deverá positivar sua inspeção imagética.

Em outra instância, seria o caso do reconhecimento pessoal no qual o reconhecedor não tem acesso a uma imagem minimamente nítida do reconhecido. Isto porque, seria impossível haver reconhecimento em sua essência. Em exemplo mais extravagante, seria o caso de um reconhecedor que não testemunhou nem foi vitimado pelo crime, não tendo entrado em contato com o suspeito nem feito parte do evento relevante.

Ainda pode-se adicionar os casos em que a descrição original do objeto do reconhecimento não coaduna com o suspeito. A exemplo: pessoa descreve que quem o

assaltou foi indivíduo de origem asiática e com uma tatuagem de caveira nos olhos. O suspeito é pessoa branca sem tatuagens. O ato de reconhecimento *per se* - a comparação - quando acontecesse não seria uma real comparação, pois o objeto base de comparação não tem qualquer respaldo com o sujeito, perdendo característica nuclear.

5.2 Irrepetibilidade e convalidação do reconhecimento

A regra do artigo 155 do Código de Processo Penal é de haver uma necessidade de instauração do contraditório quando da valoração da prova pelo magistrado. Tal comando normativo atende tanto ao princípio da persuasão racional que guia o livre convencimento motivado do juiz quanto se atenta à essencial garantia constitucional do contraditório. Ou seja, é disposição legal que se submete aos vetores principiológicos impostos para o funcionamento hígido do ordenamento jurídico.

No entanto, o artigo possui letramento que resguarda exceções. Vejamos:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, **ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas** (grifo meu)³⁷.

Por um caráter de impossibilidade real, há isenção da submissão ao contraditório - ao menos ao tradicional modelo de contraditório, restando o diferido - nos casos de provas cautelares, antecipada e irrepetíveis. Enquanto as duas primeiras diriam respeito a situações que, por um temor objetivo de perecimento de prova ou certeza dele, seria necessária a produção sem contraditório, na terceira a dinâmica seria diferente.

A prova irrepetível se dá quando o contraditório é, por sua natureza, impossível pela atuação de causas externas à fonte de prova. Estas causas externas variam da naturalidade à provocação por ação consciente externa. Neste caso, a ação de um terceiro que mata uma testemunha ouvida durante o inquérito policial, por exemplo, torna irrepetível sua oitiva, enquanto naquele, a morte desta testemunha por razões naturais causa esta irrepetibilidade.

Por mais que pareçam existir apenas estas duas possibilidades de causa, uma nova surge um tanto quanto entranhada à primeira: as situações ínsitas à própria fonte de prova que causam a irrepetibilidade. Seria, sem dúvida, um caso de causa natural, mas em situação que, em análise antecedente, não há risco sobre a irrepetibilidade, mas certeza dela. Ou seja, enquanto a possibilidade de morte da testemunha que foi ouvida em solo policial implica um

³⁷ BRASIL. Decreto-Lei nº 3689, de 03 de outubro de 1941.

risco de irrepetibilidade deste depoimento, em sentido contrário, neste caso, anteriormente, já há certeza de que o procedimento criará uma prova que se exaure no momento em que é produzida. Neste momento, sem contraditório.

Este parece ser o caso de reconhecimento de pessoas. Por todas as razões advindas da psicologia cognitiva e da neurociência já expostas neste trabalho, demonstra-se a necessidade de adequação do procedimento a diversos parâmetros formais pretéritos. Mais do que isso, a natureza da mente humana, que visa o aprendizado constante, tende a deturpar o conteúdo desta prova quanto mais elementos são somados. Assim, a cada dia que passa do momento do crime, ou do momento em que o reconhecedor teve contato com a pessoa a ser reconhecida, mais se esvai a conexão da imagem psicológica na mente da testemunha ou vítima e a pessoa investigada ou acusada, abalando, portanto, de maneira mais aviltante a vinculação material entre a prova produzida e o objetivo do reconhecimento.

Em outras palavras, há natureza irrepetível do reconhecimento pessoal pelas razões psicológicas intrínsecas ao funcionamento do nosso cérebro. Por esta razão, o entendimento diverso desta classificação jurídica para este tipo de prova nada mais é do que a luta contra a própria essência do ser humano.

Esta definição implica novas consequências a consideração da invalidade deste procedimento. Isto porque, conforme visto, sendo possível classificar o reconhecimento em desconformidade ao preconizado pelo artigo 226 do Código de Processo Penal como um ato nulo, o estudo de sua convalidação terá de observar especial atenção.

A convalidação de atos nulos é dividida entre aquela realizada frente a nulidades absolutas e nulidades relativas. Sabendo ser caso de nulidades relativa, leia-se, as que são convalidadas quando não arguidas no prazo do artigo 571, havendo sido atingido o fim do ato nulo ou com aceitação tácita das partes, a convalidação do reconhecimento passa a ser momento de proteção frágil da episteme do processo penal.

5.3 Reconhecimento no inquérito policial

Conforme sabemos, o valor probatório de qualquer elemento de informação produzido no inquérito policial é irrisório, havendo relação de dependência ao efetivo contraditório para adquirirem o *status* de prova. Na verdade, conforme maior rigor técnico, desde a alteração legislativa do artigo 155 do Código de Processo Penal, os elementos informativos definitivamente não têm valor probatório algum, pois, quando confirmados pela submissão ao contraditório, quem passa a ter força probante é a prova produzida.

Em outro prisma, havendo vícios no inquérito policial, a regra é de não que não sejam carregados para a ação penal em forma de nulidade. No entanto, há exceções. Entre elas, destaca-se a produção de provas irrepetíveis. Como visto, enquadra-se nesta categoria o meio de obtenção de prova do reconhecimento pessoal.

Pois bem, disto infere-se, portanto, que, em uma análise posterior retrospectiva, caso este procedimento positivo esteja maculado pela informalidade, considerando os parâmetros observados ao longo deste trabalho - leia-se, aplicação do artigo 226 sob interpretação do Conselho Nacional de Justiça e acatando a jurisprudência estabelecida pelo Superior Tribunal de Justiça, tudo isto em nome do melhor cumprimento das bases científicas psicológicas para atingir um mínimo epistêmico - poderá haver mudança significativa do processo. Isto porque, caso se possa deduzir que o reconhecimento pessoal foi elemento fundante da peça acusatória, não havendo outros componentes acusatórios relevantes, a ação carecerá de justa causa.

É comum que, na delegacia de polícia, haja um abuso de reconhecimentos utilizando meros álbuns fotográficos, havendo uma seleção de suspeitos que, muitas das vezes, constrói uma tendência na mente do reconhecedor. Por outro lado, não é raro que em Juízo, por mais que usualmente mais resguardadores da forma legal, reconhecimentos sejam ineficientes pelo tempo passado entre fato delituoso e ato processual. Abre-se, dessa maneira, uma investigação acadêmica: a escolha passa ser entre optar pelo modelo que privilegia a memória de vítima e testemunhas em detrimento do melhor cumprimento procedimental ou por aquele que, muitas vezes falho, garante um pouco mais de justiça processual, em em prejuízo da recordação dos envolvidos.

Conforme aceitamos a lógica da irrepetibilidade, esta segunda escolha passa a ser limitada a ocasiões - raríssimas, diga-se de passagem - em que não houve reconhecimento em solo policial. Mesmo assim, o fator tempo, exposto no item 4.1.3 faz com que o reconhecimento em Juízo seja prejudicado quanto ao valor epistêmico. Ou seja, na prática, esta escolha entre duas opções parece encaminhar para a aceitação de que o rigor técnico do procedimento em delegacia tem de ser melhorado, já que a natureza do cérebro humano é imutável.

5.4 Possibilidade de valoração de reconhecimento mau executado

Quanto à consequência jurídica de um reconhecimento realizado em desconformidade com aquilo previsto pelo artigo 226 do Código de Processo Penal, ainda surge um viés doutrinário e jurisprudencial de subsistência de valor probatório por mais que com substancial redução do grau probante.

Segundo esta linha de pensamento, em um reconhecimento pessoal realizado, por exemplo, com a presença de apenas uma pessoa - *show up* -, o magistrado deveria levar em consideração o fato de que uma testemunha ou vítima do crime se dispôs a atestar a coincidência entre a figura mentalizada psicologicamente e a imagem apresentada no mundo real, devendo, no entanto, levar em conta em termos de valor probante que se trataria de prova com poder epistêmico menor.

Neste sentido:

Não tendo sido possível, o ato não foi perdido por completo, nem deve ser desprezado. Apenas não receberá o cunho de reconhecimento de pessoa ou coisa, podendo constituir-se numa prova meramente testemunhal, de avaliação subjetiva, que contribuirá ou não para a formação do convencimento do magistrado. Logicamente, perde sua força, embora não seja desprezível. Ensina Tornaghi que 'a forma se exige para a existência do reconhecimento; a inobservância da forma acarreta a inexistência deste ato, mas não a inexistência de todo e qualquer ato. **E se o outro ato praticado convence o juiz, não é possível dizer que ele não estará convencido.** A lei prevê determinados meios de prova, mas não impede outros³⁸ (grifo meu).

Tal perspectiva traria a este reconhecimento informal uma capacidade de provar semelhante a uma prova testemunhal. Ou seja, haveria uma relevância extremamente maior deste procedimento mal executado para o convencimento do juiz do que a propositura da nulidade do ato que, por si só, invalidaria o uso desta prova como fundamentação para uma decisão judicial.

Sem que se caia em espantelhos, parece evidente que esta orientação de pensamento - que considera apenas uma perda de valor probatório quando da realização do reconhecimento pessoal sem observação do artigo 226 do Código de Processo Penal - tem como base argumentativa a estruturação jurídica brasileira pilarizada na persuasão racional do magistrado. Em tese, o que se propõe, portanto, é que a não utilização da prova produzida em um reconhecimento informal, quando o julgador se sentir subjetivamente convencido, seria incorreta por razão do nosso sistema.

Tal argumento não se sustenta. Eis a fundamentação legal do livre convencimento motivado:

³⁸NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 524.

O juiz formará sua convicção pela **livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial**, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (grifo meu)³⁹.

Vê-se, logo de primeira leitura, que o viés textual é da livre apreciação submetida a determinados critérios quais sejam, em especial a fundamentação e o contraditório. O comando legal persegue o comando constitucional previsto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Republicana:

Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e **fundamentadas todas as decisões**, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (grifo meu)⁴⁰

Com a Lei nº 13.964/2019 ("Pacote Anti Crime"), ainda houve reforço da importância da fundamentação na lei penal através da alteração do Código de Processo Penal. Lê-se, agora, no artigo 315, § 2º, do diploma:

Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento⁴¹.

Destes excertos, extrai-se que o livre convencimento motivado vem acompanhado da necessidade de fundamentação. Seria como uma lógica heroína, que dá grandes poderes ao magistrado - afinal, possui um leque infinito de possibilidades para sua decisão, haja vista haver "livre convencimento" -, mas lhe incumbe gigantesca responsabilidade, até porque todas suas decisões terão de ser fundamentadas, encontrando lastro mínimo na realidade.

Pois bem, conforme se atestou, o reconhecimento realizado em desconformidade legal possui lastro nulo à realidade. A psicologia do testemunho e os estudos sobre a memória humana indicam não só uma relativização, mas uma anulação da utilização desta prova.

³⁹ BRASIL. Decreto-Lei nº 3689, de 03 de outubro de 1941.

⁴⁰BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 de outubro de 1988.

⁴¹BRASIL. Decreto-Lei nº 3689, de 03 de outubro de 1941.

Assim sendo, considerando a produção científica realizada a respeito do tema, qualquer decisão que considere o reconhecimento informal como fonte de prova que dá base epistêmica suficiente é, por definição, uma decisão não fundamentada. Caso seja suportada por outras provas, poderia ter sim valor de fundamentação, mas quem lhe daria esta condição seria exclusivamente as outras provas produzidas e não o reconhecimento.

Ainda que se argumente que bastaria dar valor testemunhal a esta prova produzida, tal justificativa também padeceria de lógica. Isto porque, neste tipo de prova - a testemunhal -, para além de ser previsto o contraditório, ainda que diferido, o problema da falsa memória persiste. Na verdade, ele é agravado pela categorização e indução a que é levado o reconhecedor/testemunha. Explica-se: o procedimento de reconhecimento, por mais que realizado em conformidade, tem finalidade fechada (reconhecer ou não), enquanto o relato testemunhal tem teor aberto de narrativa.

Por isto mesmo, ainda mais quando agravado pela inconformidade legal, este alargamento da capacidade probante da má execução de um procedimento se torna tão sensível à memória. Neste sentido:

As falsas memórias se diferenciam da mentira, essencialmente, porque, nas primeiras, o agente crê honestamente no que está relatando, pois a sugestão é externa (ou interna, mas inconsciente), chegando a sofrer com isso. Já a mentira é um ato consciente, em que a pessoa tem noção do seu espaço de criação e manipulação. Ambos são perigosos para a credibilidade da prova testemunhal, mas **as falsas memórias são mais graves, pois a testemunha ou vítima desliza no imaginário sem consciência disso**. Daí por que é mais difícil identificar uma falsa memória do que uma mentira, ainda que ambas sejam extremamente prejudiciais ao processo (grifo meu)⁴².

Assim sendo, não se nega que o reconhecimento formalizado deva passar por um critério do julgador quanto ao seu valor probatório. O sistema de provas escolhido pela ordem jurídica brasileira confere este poder ao magistrado, havendo poucas situações de tarifamento de prova. No entanto, a valoração tem de advir de reconhecimento com fulcro minimamente lastreado na realidade científica. Ou seja, pode haver valoração do magistrado, mas está se limita apenas aos casos em que as formalidades do artigo 226 do Código de Processo Penal são respeitadas.

5.5 Tabela de valoração

Para atingimento de fins didáticos, faz-se necessária a elaboração de uma tabela para que se crie um guia de interpretação fática de reconhecimentos. Para tanto, deve ser levado em consideração que se trata apenas de uma representação ideal, com hipóteses de aplicação

⁴²JUNIOR, Aury Lopes. Direito processual penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. item n. 5.6, p. 670-678

do trabalho, sem que, em nenhum momento, possa-se tomar como base para utilização desregrada e não contextualizada da consequência jurídica.

Tabela 1 - Valoração e Classificação jurídica

43	Base epistêmica científica	<i>Status</i>
<i>Show up</i> ⁴⁴ com sugestionamento no inquérito policial	O método não segue o mínimo epistêmico e o sugestionamento macula o procedimento	Inexistência
<i>Show up</i> no inquérito policial	O método não segue o mínimo epistêmico	Invalidade
<i>Show up</i> com sugestionamento fotográfico	O método não segue o mínimo epistêmico, o sugestionamento macula o procedimento	Invalidade
<i>Show up</i> fotográfico	O método não segue o mínimo epistêmico	Invalidade
Álbum de fotografias	Compreensão pelo reconhecedor de que são todos suspeitos	Invalidade
Procedimento em Juízo após sua ocorrência em inquérito policial	Natureza irrepetível	Invalidade
Procedimento inédito em Juízo	Atuação do fator tempo	Invalidade
Figurante de nível de semelhança beirando a inexistência (raças ou gêneros diferentes, alturas e fisionomias muito discrepantes)	Não se atinge o mínimo nuclear de uma comparação para reconhecimento	Inexistência
Figurante de nível de semelhança médio/baixo (fisionomia não tão semelhante, mas características primárias)	Perfeição da norma positivada de reconhecimento, mas ausência de elevado respaldo material e científico	Ato válido, mas com valor probatório mais baixo

⁴³Qualquer omissão das características pressupõe suas perfeitas condições

⁴⁴Tudo que não é tratado como *Show up* é o modelo de *Line up*

idênticas)		
Figurante de nível de semelhança alto	Ato perfeito	Ato válido
Evento relevante situado em cenário de pouca luz	O evento relevante não foi assimilado perfeitamente na memória	Invalidade
Reconhecedor de raça diversa do suspeito	Atuação do <i>cross race effect</i>	Ato válido, mas com valor probatório mais baixo
Distância temporal acentuada entre evento relevante e procedimento	Atuação do fator tempo	Invalidade
Sugestionamento acentuado (autoridade que força a figura do suspeito como de autor)	Não se atinge o mínimo nuclear do ato de reconhecimento se existe uma coação moral do reconhecedor	Inexistência
Sugestionamento sutil	Suscetibilidade à falsas memórias	Invalidade
Reconhecimento virtual com aparelho eletrônico problemático	Distância acentuada da previsão da norma positivada de reconhecimento	Invalidade
Reconhecimento virtual	Atendimento à norma, mas com limitação epistêmica	Ato válido, mas com valor probatório mais baixo
Divergência entre pessoa descrita e reconhecida	Não se atende o mínimo nuclear de reconhecimento	Inexistência
Ausência de descrição	Distância acentuada da previsão da norma positivada de reconhecimento	Invalidade
Declaração do reconhecedor não é de 100% de certeza	Deve ser equivalente a um reconhecimento negativo	Invalidade

Fonte: Autoria própria.

6 RESERVA DO POSSÍVEL

O conceito de “Reserva do Possível” advém dos estudos de direito constitucional e pensa a máquina pública enquanto um organismo real frente às demandas propostas. Estas demandas representam um aumento substancial no nível de gasto público na medida em que a

Constituição Republicana promulgada em 1988 tem por característica principal a sua faceta cidadã. Em outras palavras, pode-se dizer que a aquisição do *status* de cidadania pela população brasileira através das normas contidas no texto constitucional, em especial as normas programáticas, resultam em um custo para o Estado brasileiro que está inserido na realidade e não no dever ser jurídico.

A apreciação do professor Ricardo Lobo Torres, especialista no tema de direito financeiro, vai no sentido de que a ação positiva do Estado apenas “se afirma de acordo com a situação econômica conjuntural⁴⁵”. No entanto, em outra via, sabemos que, no Estado Social e Democrático de Direito⁴⁶, a característica predominante é da ação positiva do Estado, por meio de políticas públicas, para assegurar os vetores normativos e as regras dispostas no esqueleto constitucional. Assim, este novo modelo de Estado enxerga a problemática de se encarar com passividade o papel do Estado, isto é, entendendo apenas as liberdades negativas como as imprescindíveis - ou aptas de atenderem um mínimo existencial, .

Neste mesmo tipo de Estado, “o orçamento instrumentaliza as políticas públicas e define o grau de concretização dos valores fundamentais constantes do texto constitucional⁴⁷”. Nesta linha, voltando-se ao tema do reconhecimento pessoal, como restariam os argumentos de que a implementação de um procedimento correto seria inviável?

6.1 Reserva do Possível e Reconhecimento Pessoal

Não se trata de espantalho, pois não é raro que as críticas aos adeptos de um reconhecimento pessoal epistemologicamente rigoroso sejam pautadas em frases como “aqui não é a Suíça” ou “não temos nem saneamento básico”. Estes argumentos, resumidamente, tratam a questão econômica como fulcro para negatizar a implementação dos estudos psicológicos ao tema, se baseando, mesmo quando não enunciados desta forma, na linha que defende uma reserva do possível.

Tratam-se de argumentos falaciosos por dois diferentes motivos. O primeiro é a possibilidade real de implementação deste rigor procedimental e o segundo é a impossibilidade lógica de responsabilização penal do indivíduo por ausência de estrutura estatal.

⁴⁵TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário. Renovar. Rio de Janeiro, 2009

⁴⁶SUNDFELD, Carlos Ary. Fundamentos do Direito Público. Malheiros Editores Ltda. São Paulo, 1992.

⁴⁷MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 169, jul./set. 2007.

Assim sendo, logo de início, tomando por base a irrepetibilidade do procedimento, bem como a necessidade de realização do modelo *line up*, tem-se como demanda a efetiva realização do reconhecimento em local reservado e com funcionários dispostos a se prontificarem como figurantes de reconhecimento. Também é necessário que a abordagem da autoridade realizadora do procedimento seja feita em conformidade com os estudos científicos e as definições normativas propostas - aqui, fala-se em perseguição objetivo das etapas dispostas e utilização de perguntas abertas -.

Ora, para tal, basta a realização de contrato formal com pessoas que seriam utilizadas rotativamente. A utilização de câmeras de segurança também seria bem vinda. Isto porque, em uma sociedade cada vez mais adepta da tecnologia digital, havendo, inclusive, realização em massa de audiências virtuais, parece absurda a afirmação de não haver caixa para que se grave a realização do procedimento. Inclusive, como já mencionado no item 2.1.2, a própria Resolução do Conselho Nacional de Justiça tem previsão neste sentido. Por último, basta uma validação de todas etapas com descrição pormenorizada em termo, restando inadmitidos modelos genéricos e padronizados, como, infelizmente, se observa trivialmente em delegacias.

6.2 Impossibilidade de prejuízo ao acusado

Por fim, caso este argumento não seja aceito, impossível que se justifique a condenação de inocentes através da utilização retórica da “Reserva do Possível”. Sabe-se que o Direito Penal enquanto *ultima ratio* guia a utilização do princípio *in dubio pro reo* no Direito Processual Penal. A origem no elevado grau de sancionamento da medida estatal tem como consequência um vetor normativo de favorecimento ao acusado que resulta, entre outras coisas, na elevação do *standard* probatório para a condenação.

Esta elevação não está desacompanhada e, em realidade, é parte de todo um modelo que entende a gravidade tanto da restrição da liberdade de um particular por ação do Estado como da consequência material para a vida deste particular da imputação penal sobre ele disposta. No caso do reconhecimento pessoal, isto não pode ser ignorado.

Isto porque, o argumento econômico-financeiro do orçamento público não pode se sobrepor ao critério subjetivo e objetivo de justiça ainda mais na seara penal. Bem verdade, seria bárbara a imposição não só da pena, mas de toda a lógica penal psicológica e material a um indivíduo sem que, ao menos, fosse respeitado um critério mínimo de ciência na assistência da melhor aplicação da justiça.

Talvez o que impeça o senso comum de identificar essa absurdez ilógica seja justamente o caráter aparentemente mais abstrato das ciências psicológicas. No entanto, quando compreendemos que a definição da psicologia do testemunho bem como da neurociência é tão certa quanto uma ciência estritamente natural pode-se traçar paralelos que elucidam o caso.

Nesta linha, julgar como válido um reconhecimento epistemologicamente paupérrimo para se obter uma condenação penal sob argumento de que a não aplicação desta consequência ensejaria impunibilidade e que o risco de condenação de um inocente faz “parte do jogo”, seria como defender uma ação policial que atira indiscriminadamente no público ao obter indícios de que alguém nesse meio seria um criminoso que resiste à prisão. É desproporcional, gera risco a todos os inocentes à volta e, por fim, também não dá o tratamento legal - conforme o Estado de Direito - àquele que cometeu o crime.

Por esta razão, quando não há elementos que provem que o reconhecimento tenha sido feito com a devida cautela que, ainda mais após a leitura deste trabalho, é notadamente exigida, não se pode presumir que o tenha sido realizado. Por exemplo, não havendo filmagens da ocorrência do reconhecimento, exige-se, ao menos, um termo detalhado - não genérico - das circunstâncias em que se deu o procedimento, assinado por todos os participantes e pela autoridade condutora. Na ausência deste mínimo de prova da ocorrência imaculada do reconhecimento, deve ser entendida sua não ocorrência, não podendo ser utilizado contra o acusado.

Resumidamente, este argumento é desconstruído pela simples noção lógica de que o cidadão não pode ser responsabilizado pelo descompromisso do Estado com a ciência.

7 CONCLUSÕES

Em panorama resolutivo, o presente trabalho passa a uma checagem geral de hipóteses levantadas, seus caminhos trilhados pelo estudo e pelas pesquisas realizadas até que, por fim, possa-se gerar uma síntese conclusiva.

Assim sendo, lembra-se que havia sido levantada dúvida sobre a natureza irrepetível da prova obtida através do reconhecimento de pessoas, assim como se seria possível atribuir qualquer valor probatório a reconhecimentos procedimentalmente paupérrimos e, por fim, se a aplicação do ideal de reconhecimento de pessoas seria viável dada a realidade brasileira.

A irrepetibilidade pareceu demonstrada. Levantada com argumentos que perpassaram a Resolução do Conselho Nacional de Justiça - que a entende desta forma - e atingiram seu auge demonstrativo conforme pesquisas sobre o funcionamento da mente humana, esta tese

enfrentou sua antítese quando o dia a dia forense claramente atende a uma dupla efetuação deste procedimento: em solo policial e em Juízo. Além disso, o Informativo nº 684 do Superior Tribunal de Justiça, ainda que de forma implícita, possibilita a refacção do procedimento. Pois bem, em síntese dialética, a força da psicologia do testemunho, em especial o fator de *feedback* positivo, indicaram que a prova produzida por meio do reconhecimento de pessoas é, de fato, irrepetível.

A questão do valor probatório encontrou resposta mais complexa. Surge, de forma evidente, da leitura das pesquisas de neurociência, de funcionamento de memória e sugestionabilidade, uma compreensão de fragilidade probatória. Não que não seja uma prova de muito valor, mas trata-se de prova delicada tal qual um copo de vidro. Pode ser muito útil para preencher com bebidas, mas deve ser tratado com cuidado para que não quebre e, além de deixar de ser útil nas refeições, gerar cacos que machucarão os envolvidos. Da mesma forma, o procedimento produz provas de extremo valor, mas deve ser realizado com a observação das formalidades previstas, correndo o risco que, em sentido contrário, perca todo seu valor probatório, incorrendo em invalidade. Assim sendo, chegou-se à conclusão de que, a não observação do rigor que a ciência demonstra ser demandado leva à invalidade do ato, havendo poucas situações em que há apenas uma simples diminuição de valor probatório.

Por fim, sobre a aplicação do reconhecimento pessoal em sua melhor modelagem epistêmica, houve uma construção de pesquisa que circundou diferentes aspectos para chegar a conclusão de sua viabilidade. De início, uma contextualização brasileira demonstrou a urgência de tratamento do tema da segurança, ressaltando que o falso positivo é causa de agravamento do cenário de violência e do crescimento do populismo penal. Posteriormente, sob um ponto de vista de um Estado Democrático e Social de Direito, enfrentou-se o tema da Reserva do Possível. A síntese após está antítese argumentativa concluiu que existe viabilidade e, mesmo se não existisse, não poderia o indivíduo responder injustamente pela incapacidade do Estado de satisfazer um atendimento da literatura científica.

Assim sendo, em suma, deste trabalho se adquiriu conhecimento sintetizado sobre o cenário jurídico e extra jurídico a respeito do procedimento de reconhecimento de pessoas. A viabilidade de adequação científica através da norma positivada e dos vetores principiológicos, além de demonstrada, mostrou-se necessária. O preenchimento interpretativo do artigo 226 do Código de Processo Penal deve ser acompanhado de uma contextualização brasileira, de estudos da psicologia e da neurociência, bem como da exegese e da aplicação consequencial jurídica que atende a melhor doutrina processual penal. Somente

através desta compreensão que o valor epistêmico da prova obtida por este meio se elevará e, como resultado, o nível de injustiça e de violência diminuirá.

8 REFERÊNCIAS

ALVES, Cíntia Marques. LOPES, Ederaldo José. Falsas Memórias: questões teórico-metodológicas. Universidade Federal de Uberlândia. Uberlândia, 2007.

ÁVILA, Gustavo N. Falsas Memórias e Sistema Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017;

CABETTE, Eduardo Luiz Santos e CABETTE, Bianca Cristine Pires dos Santos. Reconhecimento e “verbal overshadowing”. 16/03/2023. disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2023/03/16/reconhecimento-e-verbal-overshadowing/>>, acesso em 09/06/2024.

CARTA CAPITAL. Masculinidade Negra. Perifa Connection. São Paulo, 2019. Disponível em <<https://www.cartacapital.com.br/blogs/perifaconnection/masculinidade-negra/>>, acesso em 08/06/2024.

CECCONELLO, William Weber; STEIN, Lilian Milnitsky Stein, Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos. Porto Alegre. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Coletânea CNJ. Resolução nº484/2022, 21 de dezembro de 2022. Estabelece diretrizes para a realização do reconhecimento de pessoas em procedimentos e processos criminais e sua avaliação no âmbito do Poder Judiciário. Brasília, 2022, disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4883> >, acesso em 08 de junho de 2024.

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

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão : teoria do garantismo penal / Luigi Ferrajoli. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. GRINOVER, Ada Pellegrini. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Teoria Geral do Processo. 23ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

FIORAVANTI-BASTOS, Ana Carolina Monnerat. SEIDL-DE-MOURA, Maria Lúcia. LANDEIRA-FERNANDEZ, J. O Desenvolvimento do Efeito da Outra Raça (EOR) em Crianças: Dos Modelos de Codificação de Faces à Emergência do EOR. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro, 2014.

GLOBAL PEACE INDEX. Measuring peace in a complex world. 2021. Disponível em: <<https://reliefweb.int/report/world/global-peace-index-2021>>, acesso em 09/06/2024.

H. L. Roediger, III., & K. B. McDermott. Distortions of memory. In E. Tulving, & F. I. M. Craik, The Oxford Handbook of Memory. Oxford, Inglaterra: Oxford University Press, 2000

INNOCENCE PROJECT BRASIL. Prova de reconhecimento e erro judiciário. São Paulo: 2020.

IPSOS. Global Advisor - Views on crime and law enforcement around the world. Paris: 2023.

LOFTUS, E. F. Memory malleability: Constructivist and fuzzy-trace explanations. Learning and Individual Differences, 7, 2005.

LOFTUS, E. F. Make believe memories. American Psychologist: University of California: 2003, p. 867-873

LOFTUS, E. F. Creating false memories. Scientific American, 1997;

LOPES JR., Aury. Você confia na sua memória? Infelizmente, o processo penal depende dela. Conjur, 2014. Disponível em <

<https://www.conjur.com.br/2014-set-19/limite-penal-voce-confia-memoria-processo-penal-de-pende-dela/> >, acesso em 09/06/2024.

JUNIOR, Aury Lopes. Direito processual penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte: 2007.

MATIDA, Janaina; CECCONELLO, William Weber, Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência. Revista Brasileira de Direito Processual Penal. Porto Alegre: 2021.

MATIDA, Janaina; CECCONELLO, William Weber, Outra vez sobre o reconhecimento fotográfico. Porto Alegre, 2021. Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/2021-out-01/limite-penal-outra-vez-reconhecimento-fotografico/>>, acesso em 09/06/2024.

LIMA, Mercedes. O Sistema Punitivista. Migalhas. Migalhas de peso. 2021. Disponível em:

<<https://www.migalhas.com.br/depeso/343165/o-sistema-punitivista>>

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

POHL, Rüdiger F. Labelling and Overshadowing Effects. In: POHOL, Rüdiger F. (Ed.) *Cognitive Illusions: Intriguing phenomena in thinking, judgment and memory*. 2a. ed. Nova Iorque, 2016.

ROSA, Alexandre de Moraes da, A prática de *fishing expedition* no processo penal. Conjur, 2021. Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/2021-jul-02/limite-penal-pratica-fishing-expedition-processo-penal/>>, acesso em 09/06/2024.

SCHOOLER, Jonathan W., ENGSTLER – SCHOOLER, Tonya Y. Verbal Overshadowing of Visual Memories: Some things are better left unsaid. *Cognitive Psychology*. Volume 22, n. 1, 1990.

STEIN, Lilian Milnitsky Stein e ÁVILA, Gustavo Noronha de. Entrevistas Forenses e Reconhecimento Pessoal nos Processos de Criminalização: um diagnóstico brasileiro. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), 2018.

SILVA. José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 6ª edição. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1990.

SOUZA, Luciano Anderson de. Direito penal: parte geral. Volume 1. 2ª edição. Thomas Reuters Brasil. São Paulo, 2021.

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

SUNDFELD, Carlos Ary. Fundamentos do Direito Público. Malheiros Editores Ltda. São Paulo, 1992.

TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário. Renovar. Rio de Janeiro, 2009

TRINDADE, André Karam. Raízes do garantismo e o pensamento de Luigi Ferrajoli. Revista Consultor Jurídico, 8 de junho de 2013. Acesso em 12 de outubro de 2013. disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jun-08/diario-classe-raizes-garantismo-pensamento-luigi-ferrajoli/>>, acesso em 09/06/2024.

UOL. Brasil lidera ranking de homicídios no mundo, mostra estudo da ONU. 2023, disponível em <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/deutschewelle/2023/12/08/brasil-lidera-ranking-de-homicidios-no-mundo-mostra-estudo-da-onu.htm>> e ONU. Global Study on Homicide. 2023. disponível em: <https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/gsh/2023/GSH23_Chapter_2>, acesso em 09/06/2024.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral. 2ª edição. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1999.