

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

Luis Felipe Morandini Caldeira

Provas dependentes da memória: as falsas memórias no testemunho e no reconhecimento de pessoas e coisas.

São Paulo
2023

Luis Felipe Morandini Caldeira

Provas dependentes da memória: as falsas memórias no testemunho e no reconhecimento de pessoas e coisas.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, concentrada na área de Direito Processual Penal, sob orientação da Profa. Maria Eugênia Ferreira da Silva Rudge Leite

São Paulo
2023.

Dedico este trabalho a minha mãe, norte luminoso e porto seguro em meio a revoltosa navegação que chamamos de vida; a meu pai (in memoriam), cuja saudade nunca cessará; ao meu irmão, pelo amor e companheirismo; a minha avó, pelos cuidados de toda uma vida; ao Raifai, Melzinha e Gael, pela fidelidade e afeto incondicionais.

Agradeço, primeiramente, aos meus pais, Ana e Gustavo, pelo inarredável amor e intransigente apoio. Ao meu irmão, João, pela amizade, convívio e brincadeiras diárias, sem os quais teria quedado pelas sombras da solidão.

Aos meus avós, exemplos de dedicação, trabalho e humildade.

Aos meus mestres da academia, por mostrarem-me a luz.

"Brevemente as nações esclarecidas colocarão em julgamento aqueles que têm até aqui governando os seus destinos. Os reis fugirão para os desertos, para a companhia dos animais selvagens que a eles se assemelham; e a Natureza recuperará os seus direitos".

Saint-Just; Sur la Constitution de la France, Discours prononcé à la Convention, 24 de abril de 1793.

RESUMO

Neste estudo busca-se analisar as relações envolvendo o processo de formação da memória e os métodos de obtenção de provas do reconhecimento de pessoas e coisas, bem como as provas testemunhais. Reconhece-se que o processo mnemônico está sujeito a inúmeras variantes, externalidades e influxos de ordem interna, que acaba por contaminá-la e sugestioná-la, distorcendo os fatos vivenciados por testemunhas e vítimas. Nessa seara, entram em voga as chamadas Falsas Memórias, que serão devidamente apresentadas no estudo, expressando sua implicação nesses meios de prova. Mister o reconhecimento da chamada psicologia do testemunho, porquanto a grande importância da prova testemunhal e do reconhecimento de pessoas no processo penal. Preambularmente, far-se-á uma apresentação doutrinária e jurisprudencial acerca das provas testemunhais e do reconhecimento de pessoas e coisas; em seguida, passa-se a uma exposição interdisciplinar envolvendo psicologia e direito; por derradeiro, analisar-se-á o processo de formação da memória e os erros judiciais advindos de sua falibilidade, a serem ilustrados com a apresentação de breves casos reais.

Palavras- chave: Processo Penal; Prova Testemunhal; Reconhecimento de Pessoas; Psicologia do Testemunho; Falsas Memórias;

ABSTRACT

This study intended to analyze the relationship between the process of memory formation and the methods used to obtain evidence of the recognition of people and things, as well as testimonial evidence. It is recognized that the mnemonic process is subject to countless variants, externalities and internal influences, which end up contaminating and suggesting it, distorting the facts experienced by witnesses and victims. In this area, the so-called False Memories come into play, which will be duly presented in the study, expressing their implication in these means of proof. The so-called psychology of testimony must be recognized, given the great importance of testimonial evidence and the recognition of people in criminal proceedings. At first, there will be a presentation of doctrine and case law on testimonial evidence and the recognition of people and things; then there will be an interdisciplinary presentation involving psychology and law; finally, there will be an analysis of the process of memory formation and the judicial errors arising from its fallibility, to be illustrated with the presentation of brief real cases.

Keywords: Criminal Proceeding; Testimonial Evidence; Recognition of Persons; Psychology of Testimony; False Memories;

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	9
2	PRINCÍPIOS GERAIS DA PROVA.....	13
3	PROVA TESTEMUNHAL.....	17
4	RECONHECIMENTO DE PESSOAS E COISAS.....	35
5	PSICOLOGIA E PROCESSO PENAL.....	45
6	ERRO JUDICIAL NO RECONHECIMENTO DE PESSOAS.....	54
7	CONCLUSÃO.....	59
	REFERÊNCIAS.....	61

1. INTRODUÇÃO

Na busca pela verdade real, o processo penal vale-se da tentativa de reconstruir um fato passado com a finalidade de instruir o julgador, munindo-o de alicerces para a tomada de uma decisão que melhor se aproxime dos acontecimentos reais. Daí a se falar da instrumentalidade do processo penal: é por meio dele que se realiza a tentativa de retrospecto, de reconstrução aproximativa com o passado.

Nesse sentido, Aury Lopes Jr traça o paradoxo ínsito ao ato judicante: o magistrado atua no presente, julgando um ato do passado, com base em informações colhidas num tempo próximo e projetando os efeitos para o futuro¹. Essas informações são precisamente o que chamamos de prova. Cuida-se do meio através do qual se poderá reconstruir o passado; aproximar o presente do pretérito. É, nesse sentido, a apreciação, o estudo e investigação daquilo que restou e sobreviveu ao tempo. Não há, portanto, prova sobre aquilo que não existe.

Em sentido amplo, provar significa demonstrar a veracidade de um enunciado sobre um fato. Etimologicamente a palavra tem a mesma origem de *probo*, do latim, *probatio* e *probus*; traduz a ideia de reaproximação, inspeção, verificação ou confirmação.

Consoante a melhor doutrina², há três acepções possíveis da palavra prova: (i) prova como atividade probatória; (ii) prova como resultado; (iii) prova como meio. A primeira traduz o conjunto de atividades de verificação mediante as quais se procura chegar a um fato relevante. É, portanto, a produção probatória, cuidando dos atos, diligências e ações destinados a influir no convencimento do juiz sobre uma alegação factual. A segunda, designa a formação da convicção do órgão julgador no curso do processo acerca da existência ou não de um fato; por derradeiro, prova como meio destina-se aos instrumentos idôneos à formação da convicção do órgão julgador.

As provas têm como finalidade influir na convicção do órgão julgador. É através das provas - conjunto de elementos associados a determinada infração que

¹ JR., Aury L. Direito processual penal. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553626355. p. 164. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 09 out. 2023.

² LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023. pág. 583

superaram o fator tempo - que se cria condições para aquilo que se chama de atividade recognitiva³. É por meio da prova, portanto, que se busca aproximar o passado do presente, reconstruindo uma situação fática pretérita de modo mais fidedigno possível, a fim de se atingir a verdade real.

Tem-se no conceito de fonte de prova as pessoas ou coisas da qual se extrai a prova. Uma vez praticado a infração penal, tudo aquilo que possa servir ao esclarecimento desse fato ilícito será considerado fonte de prova. Deriva do fato em si.

Meios de prova, ao seu turno, tem como nota a instrumentalidade: dizem respeito a atividade endoprocessual desenvolvida perante o juiz⁴. Através dele, a prova é introduzida ao processo; sai do mundo do ser, para o dever ser. Como sustenta Badaró:

A testemunha de um fato é a fonte de prova, enquanto suas declarações em juízo são o meio de prova. O documento é uma fonte de prova, a sua incorporação ao processo é um meio de prova. O livro contábil é a fonte de prova, enquanto a perícia contábil é o meio de prova⁵.

Por fim, os meios de investigação da prova ou de obtenção da prova referem-se ao conjunto de diligências e procedimentos pelas quais se identifica, extrai e coleta-se a prova.

Como citamos, a atividade probatória tem como nota a instrumentalidade, destinando-se, ao angariar os elementos materiais de uma infração penal, aproximar o passado do presente, tencionando a busca pela verdade real. Sinteticamente, a atividade probatória tem como objeto o movimento dialético sobre a verdade ou falsidade de uma afirmação que interesse à solução da controvérsia processual⁶. Aduz Renato Brasileiro de Lima:

³ JR., Aury L. Direito processual penal. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553626355. p. 164. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 09 out. 2023

⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023. pág. 587

⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 166.

⁶ Aqui vale uma digressão doutrinária apontada por Renato Brasileiro: segundo José Frederico Marques, há uma diferença entre objeto da prova *in concreto* da prova. Objeto da prova é a coisa, fato ou acontecimento ou circunstância que deva ser demonstrada no processo; já objetos *in concreto*, referem-se aos fatos essenciais à decisão do litígio. (Elementos de direito processual penal. Vol. II. Campinas: Editora Bookseller, 1997. p. 254). Hélio Tornaghi, por seu turno, faz uma diferença entre objeto de prova em abstrato e objeto da prova em concreto.

Especificamente no âmbito do processo penal, tem-se que a atividade probatória recai, basicamente, sobre a veracidade (ou não) da narrativa constante da peça acusatória, buscando-se demonstrar que a imputação de um fato delituoso atribuído a determinada pessoa é verdadeira ou não (ou não)⁷.

Acerca da teoria geral das provas, alguns conceitos, por gozar de elevado relevo nas discussões acadêmicas e doutrinárias, merecem destaque: é o caso das provas emprestadas e do ônus da prova.

Prova emprestada diz respeito à utilização em um processo de uma prova produzida em outro. Ou seja, aqueles acontecimentos factuais provados sobre o crivo do contraditório e da ampla defesa são transportados para outro processo, como se dele fossem, através de uma certidão. Essencialmente, cuida-se de uma prova documental. Malgrado realizada em outro processo, gozará do mesmo prestígio e valor da prova originariamente produzida. Com esse entendimento, Ada Grinover, Scarance e Magalhães Gomes Filho (2009, p. 117) sustentam que o valor probante da prova emprestada *"é o da sua essência, e esta será sempre a originária, consoante produzida no processo primitivo"*⁸.

Quanto à posição supracitada, há consenso doutrinário: a prova emprestada é uma prova. Todavia, o dissenso reina na possibilidade de sua utilização. Segundo uma posição majoritária⁹, a prova emprestada só é viável se aquele contra quem ela for utilizada tiver participado do processo de onde ela se originou. Resume bem Renato Brasileiro:

Só se pode considerar como prova emprestada, portanto, aquela que foi produzida no primeiro processo, perante aquele que terá que se sujeitar a seus efeitos no segundo processo, com a possibilidade de ter contado, naquele, com todos os meios possíveis de contrariá-la¹⁰.

⁷LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023. p. 590.

⁸GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. As nulidades no processo penal. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 117.

⁹A posição minoritária advoga que além da prova ser produzida em estrita observância do contraditório, há de se contemplar também o respeito ao princípio do juiz natural. É a posição de Grinover (op. cit. p. 118) segundo o qual *"para o transporte puro e simples de uma prova, de um processo para outro, seria necessário que o contraditório no processo originário tivesse sido instruído perante o mesmo juiz, que também seja o juiz da segunda causa (entendendo-se, com o termo juiz, não a pessoa física investida na função, mas o órgão jurisdicional constitucionalmente competente)"*.

¹⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023. p. 593

No âmbito jurisprudencial, todavia, prevalece o entendimento de que a prova emprestada deve ser admitida mesmo quando produzida em processo com partes distintas. O STJ debruçou-se sobre um caso cível, cuja conclusão também foi usada em casos penais, sustentando que:

(...) Em vista das reconhecidas vantagens da prova emprestada no processo civil, é recomendável que essa seja utilizada sempre que possível, desde que se mantenha hígida a garantia do contraditório. No entanto, a prova emprestada não pode se restringir a processos que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade sem qualquer justificativa razoável para tanto. Independentemente de haver identidade de partes, o contraditório é o requisito primordial para o aproveitamento da prova emprestada, de maneira que, assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra a prova, e de refutá-la adequadamente, afigura-se válido o empréstimo¹¹.

Como já externado, seu valor probatório é o mesmo da prova originalmente produzida. Todavia, a jurisprudência entende que ela tem qualidade precária, condicionando sua admissibilidade ao processo penal desde que ela não seja o único elemento de convicção a influir no convencimento do magistrado¹².

No atinente ao ônus da prova, instituto absolutamente essencial ao estudo da teoria geral, temos de conceituá-lo, sucintamente, como o encargo aplicado às partes de provar a veracidade de suas alegações formuladas ao longo do processo.

A disciplina legal dessa matéria é sintética ao dizer, no art. 156, primeira parte, do Código de Processo Penal, que *a alegação da prova incumbirá a quem a fizer*.

A concisão do enunciado, pouco explicativo, redundou na necessidade da doutrina consolidar a quem incumbiria o ônus da prova. Uma primeira corrente afirma que seria incumbência da acusação provar a existência do fato típico, a autoria e participação do imputado, a necessária relação entre conduta e resultado e, por derradeiro, o elemento subjetivo do agente.

Há, no entanto, quem pense que basta a comprovação da existência do fato típico, havendo, por conseguinte, uma presunção de que o fato seria ilícito e culpável, como se a tipicidade fosse indiciária das demais frações analíticas do crime. Também existe, lado outro, aqueles que pensam que apenas o dolo é presumido, relegando o ônus probatório apenas à culpa.

¹¹ STJ, Corte Especial, EREsp 617.428-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.06.2014, DJe 17.06.2014.

¹² STJ, 5ª Turma, HC 94.624/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 26.05.2009, DJe 22.06.2009.

Uma outra interpretação parece-nos gozar de maior acurácia, qual seja, aquela que vale-se, por analogia, da normatização contida no Código de Processo Civil. Conforme o processo civil, caberá ao réu o ônus da prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 373,II)¹³, e à defesa no processo penal, o ônus da prova quanto às excludentes de ilicitude, da culpabilidade, ou acerca da presença de causa extintiva de punibilidade.

Assim, caberia à acusação a prova da existência do fato típico, da autoria ou participação, da relação de causalidade e do elemento subjetivo. Exige-se, pois, um juízo de certeza por parte do magistrado ao aquilatar as provas trazidas pela acusação. À defesa, lado outro, caberia a prova de uma provável causa de excludente de ilicitude, da culpabilidade ou de uma causa extintiva da punibilidade.

2. PRINCÍPIOS GERAIS DA PROVA

Igualmente importante para a teoria geral da prova é a principiologia dessa matéria, em grande parte extraída do processo penal como um todo, mas que merece análise apartada por gozar de certas particularidades.

Iniciamos a análise com o princípio da proporcionalidade, que afigura-se como um macroprincípio, desbordando no debate do uso de provas ilícitas *pro reo* ou *pro societate*, absolutamente candente nos dias atuais.

A Constituição Federal é límpida ao estabelecer a inadmissibilidade do uso no processo de provas obtidas por meio ilícito, franqueando-lhe status de garantia fundamental. A doutrina e a jurisprudência, no entanto, advogam pela possibilidade do uso da prova ilícita quando ela for produzida em benefício do acusado. Nesse diapasão, a garantia protetiva gizada no art. 5º, inciso LVI da Magna Carta foi pensada

¹³ Segundo Badaró, fatos impeditivos são aqueles cuja ausência é necessária para a eficácia jurídica dos fatos constitutivos e cujo concurso impede a produção de seus efeitos. Uma vez comprovados, os fatos impeditivos impedem que o fato constitutivo produza seus efeitos. Já os fatos modificativos, segundo o mesmo autor, são aqueles que operam em um momento subsequente à constituição da relação jurídica, ensejando efeito modificador da eficácia jurídica já produzida por essa relação ou até mesmo determinar sua extinção.

como uma limitação ao *jus puniendi* do Estado e não poderia prejudicar o réu. Haveria, nesse sentido, a preponderância, à luz de um juízo de proporcionalidade, do direito de defesa e do estado de inocência face ao direito de punir. O imputado que conseguisse provar sua inocência, mesmo que através de meios ilícitos, agiria, a bem da verdade, com uma causa de exclusão da ilicitude, sob o manto da legítima defesa. A rigor, não há de se falar em prova ilícita, nesse caso, conforme sustentam Grinover, Gomes Filho e Scarance¹⁴.

Se por um lado a doutrina e jurisprudência caminham no mesmo sentido em aceitar o uso da prova ilícita pro reo, sua utilização em nome da sociedade é amplamente mais controversa. Uma parte da doutrina sustenta sua possibilidade valendo-se do mesmo princípio da proporcionalidade¹⁵. Observam, todavia, que seu uso dar-se-á sob a nota da excepcionalidade, sob pena de legitimar qualquer tipo de violação dos direitos fundamentais por parte do Estado.

Malgrado haja respeitadas posições em defesa do uso excepcional da prova ilícita *pro societate*, os Tribunais superiores, majoritariamente, vergam-se pela inadmissibilidade de seu uso. Prevalece, conforme aponta Renato Brasileiro de Lima:

O entendimento de que admitir-se a possibilidade de o direito à prova prevalecer sobre as liberdades públicas indiscriminadamente, é criar um perigoso precedente em detrimento da preservação de direitos e garantias individuais: não seria mais possível estabelecer-se qualquer vedação probatória, pois todas as provas, mesmo que ilícitas, poderiam ser admitidas no processo, em prol da busca da verdade e do combate à criminalidade, tornando letra morta o disposto no art. 5º, LVI, da Constituição Federal¹⁶.

Reforçando o argumento supracitado, Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos sustentam que:

¹⁴GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. As nulidades no processo penal. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 128.

¹⁵Com esse entendimento, Barbosa Moreira em *A constituição das provas ilicitamente obtidas*, trazendo o exemplo do uso pro societate quando o Ministério Público atuar contra grandes organizações criminosas, onde há evidente disparidade de força em favor do crime organizado. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A constituição das provas ilicitamente obtidas. Revista Forense, v. 337. p. 128). Scarance Fernandes, por sua vez, exemplifica com o caso concreto da fuga de presidiários perigosos do estabelecimento penitenciário, ensejando a violação da correspondência do preso sem prévia autorização judicial. Descobriu-se com o plano de fuga a intenção, por parte dos fugitivos, de sequestrar um juiz de direito quando todos estivessem reunidos em audiência, em uma determinada Comarca do Estado de São Paulo. Questionado sobre a admissibilidade da prova por parte da defesa, o Supremo Tribunal Federal concluiu que a administração penitenciária poderia violar a correspondência, desde que motivada por razões de segurança pública, de disciplina prisional e de preservação da ordem jurídica, respeitando-se a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei nº 7.210/84 (STF, 1ª Turma, HC 70.814/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 24/06/1994).

¹⁶LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023. p.. 629.

O entendimento flexibilizador dos dispositivos constitucionais citados, além de violar a dicção claríssima da Carta Constitucional, é de todo inconveniente em se considerando a realidade político-institucional do País [...] Embora a ideia de proporcionalidade possa parecer atraente, deve-se ter em linha de conta os antecedentes de País, onde as exceções viram regra desde sua criação (vejam-se, por exemplo, as medidas provisórias). À vista da trajetória inconsistente do respeito aos direitos individuais e da ausência de um sentimento constitucional consolidado, não é nem conveniente nem oportuno, sequer de 'lege ferenda', enveredar por flexibilizações arriscadas¹⁷.

Continuando a análise dos princípios regentes da teoria geral das provas no processo penal, merecem ser citados os princípios da comunhão da prova, da autorresponsabilidade das partes e da oralidade.

O primeiro refere-se à prevalência do processo, dotando-o de autonomia e vida própria, quando uma prova é produzida nele. Nesse sentido, a prova, produzida sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, torna-se comum, ou seja, passa a não pertencer exclusivamente a nenhuma das partes. O princípio naturalmente só terá sentido após a produção da prova, já que a parte poderá desistir de sua feitura antes.

Quanto à autorresponsabilidade das partes, sucintamente, diz respeito ao acatamento, por parte das partes, das consequências de sua atividade ou inatividade probatória. Significa dizer, noutras palavras, que haverá naturais consequências quanto à atitude que tomar a parte durante o momento de produção de provas. A guisa de exemplo, Renato Brasileiro alude à hipótese em que no processo de um crime de ação penal pública, o Ministério Público falhe em comprovar a existência de fato típico, redundando na consequente absolvição do acusado¹⁸.

O princípio da oralidade, ao seu turno, foi transformado em verdadeira regra durante a produção probatória no processo penal. Antes restrito ao âmbito dos Juizados Especiais Criminais (art. 82, Lei n. 9.099/95), as reformas promovidas pelas Leis 11.719/08 e 11.689/08 franquearam à palavra falada o protagonismo no processo penal. Assim, deve o magistrado dar prevalência à palavra falada em relação à palavra escrita, sem exclusão desta. Consequência direta desse novo regramento é a

¹⁷BARROSO, L. R. A viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e as provas ilícitas. Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 213, p. 149–164, 1998. DOI: 10.12660/rda.v213.1998.47206. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/47206>. Acesso em: 9 out. 2023., p. 149-163.

¹⁸LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023. p. 631

assunção de subprincípios, tais como o princípio da concentração¹⁹, princípio do imediatismo²⁰ e princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias²¹.

De importância ímpar, o princípio da identidade física do juiz, presente anteriormente no âmbito do procedimento do Tribunal do Júri e nos Juizados Especiais Criminais, foi trazido ao procedimento comum, através do art. 399, § 2º, do CPP, afirmando que o juiz que presidir a instrução deverá proferir a sentença. Sustenta Renato Brasileiro de Lima (2023, p. 631) que *"a adoção desse princípio proporciona o indispensável contato entre o acusado e o juiz, assim como a colheita imediata da prova por aquele que, efetivamente, irá proferir a decisão"*²².

O processo penal dedica-se a dirimir o confronto entre o jus puniendi e o status libertatis do acusado, necessitando, por isso mesmo, da possibilidade de ampla liberdade probatória, quanto ao momento, ao tema e quanto aos meios de prova a serem utilizados. No tocante ao primeiro - quanto ao momento da prova - temos como tempo idôneo, via de regra, a produção probatória a qualquer momento do processo, conforme dispõe o art. 231 do CPP²³. Há, naturalmente, exceções, cuja inobservância temporal redundam na preclusão, a exemplo da apresentação das provas testemunhais, conforme dispõe os arts. 41 e 396-A do CPP

Quanto ao tema da prova, desde que haja pertinência com o objeto da prova, há ampla liberdade para tocar em quaisquer fatos atinentes ao processo. Em relação à liberdade quanto aos meios de prova, a ampla liberdade presente do sistema processual penal permite a existência das chamadas provas nominadas e das provas

¹⁹O princípio da concentração caracteriza-se pela afluência do procedimento de produção probatória em uma única audiência, tencionando encurtar o lapso temporal entre a data do fato e a do julgamento. Nesse sentido, o art. 400, § 1º, do CPP: *"as provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias"*.

²⁰Como sustenta Renato Brasileiro, o princípio do imediatismo refere-se a exigência do juiz proceder diretamente à colheita de todas as provas, em contato imediato das partes. (LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023. p. 631).

²¹Também visando diminuir o lapso temporal e reduzir o tempo da marcha processual, o princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias é um desdobramento direto do princípio da duração razoável do processo. Trata-se de uma regra que comporta exceções.

²²O autor faz uma ressalva interessante, afirmando que *"ao introduzir o princípio da identidade física do juiz no processo penal, o art. 399, § 2º, do CPP, não ressaltou situações em que o princípio será mitigado. Sem embargo do silêncio do legislador, sempre nos pareceu possível a aplicação subsidiária do revogado Código de Processo Civil, como faculta o art. 3º do CPP. Portanto, o juiz que presidir a instrução deve julgar a demanda, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor"*. (LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023.p. 631). Nesse sentido: STJ, 5ª Turma, HC 133.407/RS, Rel Min. Jorge Mussi, julgado em 3/2/2011.

²³Art. 231. Salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo.

inominadas. Essa sistemática é depreendida por uma interpretação *contrario sensu* do art. 155²⁴, permitindo-se qualquer meio de prova desde que o objeto dela não verse sobre o estado das pessoas.

3. PROVA TESTEMUNHAL

Trata-se do principal meio de prova do nosso processo penal²⁵ e consiste na pessoa desinteressada e capaz de depor perante a autoridade judiciária, que acaba por narrar fatos da qual tenha tomado conhecimento, através de seus sentidos, e que interessem à decisão da causa.

Conforme sublinha Mougenot, ao traçar o caminho etimológico da palavra:

O vocábulo testemunha, do latim testis, vem de tertius, que era no direito romano o terceiro encarregado de assistir a um contrato avençado oralmente entre duas partes e sujeito, por conseguinte, à confirmação de seus termos quando solicitado. Assim, alude ao apoio de terceiro, originando-se na mesma raiz, aliás, de 'três', que deu origem à 'testamento', 'contestar', 'detestar', 'protestar'. Logo ninguém pode ser testemunha de si mesmo²⁶.

Deveras, a testemunha deve ser sempre pessoa diversa dos sujeitos processuais chamadas a juízo, com o intento de narrar fatos que tenham relevância e correspondência com a causa litigiosa.

²⁴Art. 155. 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. Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

²⁵ Segundo Aury Lopes Jr, *"com as restrições técnicas que infelizmente a polícia judiciária brasileira - em regra - tem, a prova testemunhal acaba por ser o principal meio de prova do nosso processo criminal. Em que pese a imensa fragilidade e pouca credibilidade que tem (ou deveria ter), a prova testemunhal culmina por ser a base da imensa maioria das sentenças condenatórias ou absolutórias proferidas"*. (JR., Aury L. Direito processual penal. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553626355. p. 222. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9786553626355/>. Acesso em: 09 out. 2023).

²⁶ BONFIM, Edilson M. Curso de processo penal. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. E-book. ISBN 9788553610624. p. 176. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9788553610624/>. Acesso em: 09 out. 2023.

Ademais, não basta a ser apenas pessoa alheia aos sujeitos processuais, deve a testemunha ser, no âmbito processual penal, capaz fisicamente de depor. O art. 202 do Código de Processo Penal é extensivo, afirmando que "*toda pessoa poderá ser testemunha*". Naturalmente, aquelas que não gozarem suficientemente da plenitude de suas faculdades mentais a fim de rememorar fatos vividos, não estarão aptas a exercer esse mister dentro do processo. A incapacidade jurídica, no entanto, é irrelevante, visto que até menores de 18 anos poderão testemunhar.

Neste sentido, conforme sublinha Norberto Avena:

Qualquer indivíduo que tenha condições de perceber os acontecimentos ao seu redor e narrar o resultado destas suas percepções, independentemente de sua integridade mental, idade e condições físicas". Com efeito, continua o autor, "podem ser arrolados o interdito, o inimputável, o surdo, o mudo e etc. Evidentemente, poderá ser diferente, conforme o caso, o valor a ser conferido pelo magistrado por ocasião da sentença a cada depoimento devendo ser considerado com reservas, por exemplo, o depoimento de uma criança de tenra idade ou de um portador de deficiência mental²⁷.

Segundo Aury Lopes Jr (2023, p. 224), o regramento do art. 202 vem no sentido de solapar discriminações históricas presentes em nossa sociedade, principalmente em relação a mulheres, crianças ou e pessoas em situação de vulnerabilidade que nossa sociedade equivocadamente considera como "pessoas de má reputação (prostitutas, drogados, travestis, condenados e etc), que ao longo da evolução do processo penal sofreram restrições em termos probatórios"²⁸.

²⁷ AVENA, Norberto. Processo Penal. 14 ed. Rio de Janeiro: Método, 2022. p. 565

²⁸"Da mesma forma", continua o processualista gaúcho, "não há que se falar em restrição ao depoimento dos policiais. Eles podem depor sobre os fatos que presenciaram e/ou dos quais têm conhecimento, sem qualquer impedimento. Obviamente, deverá o juiz ter muita cautela na valoração desses depoimentos, na medida em que os policiais estão naturalmente contaminados pela atuação que tiveram na repressão e apuração do fato. Além dos prejulgamentos, a imensa carga de fatores psicológicos associados à atividade desenvolvida, é evidente que o envolvimento do policial com a investigação (e prisões) gera a necessidade de justificar e legitimar os atos (e eventuais abusos) praticados. Assim, não há uma restrição ou proibição de que o policial seja ouvido como testemunha, senão que deverá o juiz ter muita cautela no momento de valorar esse depoimento". Há, todavia, corrente minoritária, conforme sustenta Renato Brasileiro de Lima, afirmando que o testemunho do policial deve ser sobrevalorizado aprioristicamente, já que ele goza de fé pública; uma segunda corrente afirma o extremo contrário, trabalhando com a ideia de que "*a palavra do agente policial, quanto aos fatos que ele afirma ter testemunhado o acusado praticar não é suficiente para a demonstração de nenhum elemento do crime em uma sentença condenatória*". Reafirmando Aury Lopes, Renato Brasileiro diz haver uma terceira corrente, intermediária aos extremos retrocitados, em que se reitera a possibilidade e valoração do testemunho policial dado em juízo, assim como qualquer outra prova testemunhal, cabendo ao magistrado, em análise do caso concreto, valorar a prova, verificando sua compatibilidade com os demais elementos trazidos ao processo, bem como sua consistência e completude. (LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 14 ed. São Paulo: Editora Juspodium, 2023. p. 683-684).

Além disso, continua o professor:

O Código de Processo Penal, ao referir 'pessoa', está fazendo alusão a pessoa natural, ao ser humano, homem ou mulher. Assim, não há que se falar em pessoa jurídica como testemunha (e, para tanto, sequer é preciso enfrentar a questão da responsabilidade penal da pessoa jurídica). Quem depõe é pessoa natural, ainda que o faça na qualidade de diretor, sócio, ou administrador de uma pessoa jurídica. Não há a menor possibilidade arrolar-se a empresa como testemunha, mas sim o empresário²⁹.

A doutrina aponta várias características da prova testemunhal, quais sejam: judicialidade, oralidade, retrospectividade, objetividade e individualidade. Por sua importância, merecem análise detida em apartado.

A judicialidade da prova testemunhal reforça o papel da segurança jurídica necessária a esse meio de prova, considerando-se testemunha somente aquela "*pessoa ouvida em juízo sobre os fatos delituosos em discussão no processo*" (Renato Brasileiro de Lima, 2023, p. 675). Nesse sentido, a testemunha existirá apenas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, conforme sustenta Renato Brasileiro de Lima, afirmando que:

Ainda que determinada pessoa tenha sido ouvida na fase investigatória, seja no curso de um inquérito policial, seja durante um procedimento investigatório criminal presidido pelo Ministério Público, seu depoimento deverá ser reproduzido em juízo, a fim de se fazer observar os princípios do contraditório e da ampla defesa³⁰.

Quanto a oralidade, é de boa monta que o depoimento seja prestado oralmente, sendo defeso fazê-lo por escrito em situações normais. A testemunha, no entanto, poderá valer-se de uma breve consulta a apontamentos, conforme dispõe o parágrafo único do art. 204 do Código de Processo Penal. Dessa forma, para que o processo dialético seja devidamente consubstanciado, é vedado à testemunha apenas ratificar

²⁹ JR., Aury L. Direito processual penal. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553626355. p. 224. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 09 out. 2023

³⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023 p. 675

aquilo que declarou na fase preliminar, sob pena de violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório³¹.

Nesse sentido entendeu a 6ª Turma do STJ, segundo a qual:

Em caso concreto na qual o juiz leu os depoimentos prestados pelas testemunhas da acusação em sede policial, limitando-se a colher a mera ratificação de tais declarações, concluiu a 6ª Turma do STJ que a produção da prova testemunhal, por ser complexa, envolve não só o fornecimento do relato oral, mas também o filtro da credibilidade das informações apresentadas. In casu, tal peculiaridade fora maculada pelo modo como empreendida a instrução, na medida em que o depoimento do policial foi chancelado como judicial com uma simples confirmação, não havendo como, dessa maneira aferir sua credibilidade. Assim, concluiu não se mostrar lícita a mera leitura do magistrado das declarações prestadas na fase inquisitória para que a testemunha, em seguida, ratifique-a³².

Malgrado o regramento seja a oralidade, há naturais exceções previstas no próprio Código de Processo Penal, assim, de acordo com o art. 221, § 1º³³, algumas autoridades gozam da prerrogativa de prestar o depoimento por escrito. Também os depoentes mudos, surdos ou surdo-mudos, cuja oitiva será realizada de uma forma especial, conforme disposto pelos arts. 192 e 223, parágrafo único: os surdos responderão oralmente, sendo-lhe apresentado as perguntas por escrito; os mudos as perguntas serão feitas oralmente, respondendo-as por escrito; o surdo-mudo terá seu depoimento inteiramente prestado por escrito.

O depoimento testemunhal deve primar pela objetividade, já que a testemunha depõe sobre fatos específicos, sendo-lhe vedado emitir qualquer juízo de valor, salvo

³¹Com esse entendimento, inclusive, há disposição no Código de Processo Penal Militar no art. 352, verbis, *"a testemunha deve declarar seu nome, idade, estado civil, residência, profissão e lugar onde exerce atividade, se é parente, e em que grau, do acusado e do ofendido, quais as suas relações com qualquer dêles, e relatar o que sabe ou tem razão de saber, a respeito do fato delituoso narrado na denúncia e circunstâncias que com o mesmo tenham pertinência, não podendo limitar o seu depoimento à simples declaração de que confirma o que prestou no inquérito. Sendo numerária ou referida, prestará o compromisso de dizer a verdade sobre o que souber e lhe fôr perguntado"*. (grifos nossos)

³²LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023. 675-676. O caso relatado é o HC 183.696/ES, de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, publicado em 14/02/2012.

³³Art. 221. O Presidente e o Vice-Presidente da República, os senadores e deputados federais, os ministros de Estado, os governadores de Estados e Territórios, os secretários de Estado, os prefeitos do Distrito Federal e dos Municípios, os deputados às Assembléias Legislativas Estaduais, os membros do Poder Judiciário, os ministros e juizes dos Tribunais de Contas da União, dos Estados, do Distrito Federal, bem como os do Tribunal Marítimo serão inquiridos em local, dia e hora previamente ajustados entre eles e o juiz.

§ 1º O Presidente e o Vice-Presidente da República, os presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal poderão optar pela prestação de depoimento por escrito, caso em que as perguntas, formuladas pelas partes e deferidas pelo juiz, lhes serão transmitidas por ofício.

quando sua opinião for inerente à própria narrativa factual, conforme sustenta o art. 213³⁴³⁵. Também deverá falar sobre fatos pretéritos, exibindo a tônica da retrospectividade da prova testemunhal. Jamais deverá, pois, falar sobre fatos futuros ou realizar quaisquer prognósticos³⁶.

Por fim, o depoimento testemunhal deve ser apreciado sob a batuta da individualidade, já que as testemunhas são inquiridas separadamente, exigindo-se por parte do magistrado a sua separação física, não permitindo que tenham contato umas com as outras. Nessa linha, prevê o art. 210, caput, do CPP, que *"as testemunhas serão inquiridas cada uma de per si, de modo que umas não saibam nem ouçam os depoimentos das outras, devendo o juiz adverti-las das penas cominadas ao falso testemunho"*. Ademais, segundo o parágrafo único do mesmo artigo, as testemunhas, antes do início da audiência e durante sua realização, devem ficar em espaços reservados, separadas, visando garantir a incomunicabilidade entre elas³⁷.

Como visto, segundo o art. 202, toda pessoa natural poderá depor, tendo o dever de fazê-lo caso esteja apta, trata-se, portanto, de verdadeira obrigação da testemunha. Há, no entanto, exceções legais, previstas no Código Processual.

Segundo o art. 206, malgrado a testemunha não possa se eximir de depor, algumas pessoas poderão recusar-se a fazê-lo, tais como o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que separado ou divorciado, a companheira ou companheiro, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado,

³⁴Art. 213. O juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato.

³⁵Muito interessante é a abordagem crítica que Aury Lopes Jr. faz ao art. 213, que prevê a objetividade no depoimento. Segundo o autor, citando Cordero, *"a objetividade do testemunho, exigida pela norma processual (art. 213 do CPP), é ilusória para quem considera a interioridade neuropsíquica, na medida em que o aparato sensorial elege os possíveis estímulos, que são codificados segundo os modelos relativos de cada indivíduo, e as impressões integram uma experiência perceptiva, cujos fantasmas variam muito no processo mnemônico. Essa variação é ainda influenciada conforme a recordação seja espontânea ou solicitada, principalmente diante da complexidade fática que envolve o ato de testemunhar em juízo, fortissimamente marcado pelo ritual judiciário e sua simbologia. As palavras que saem desse manipuladíssimo processo mental, não raras vezes, estão em absoluta dissonância com o fato histórico"*. Assim, conclui o autor, *"a objetividade do testemunho deve ser conceituada a partir da assunção de sua impossibilidade, reduzindo o conceito à necessidade de que o juiz procure filtrar os excessos de adjetivação e afirmativas de caráter manifestamente (des)valorativo. O que se pretende é um depoimento sem excessos valorativos, sentimentais e muito menos um julgamento por parte da testemunha sobre o fato presenciado. É o máximo que se pode tentar obter"*. (JR., Aury L. Direito processual penal. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553626355. p. 227. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 09 out. 2023).

³⁶A testemunha, portanto, narrará fatos passados, narrará a historicidade do crime, com base na memória - e toda sorte de contaminação e fantasias que isso acarreta. Ao juiz caberá uma atividade cognitiva, conhecendo os fatos através do conhecimento alheio.

³⁷Parágrafo único. Antes do início da audiência e durante a sua realização, serão reservados espaços separados para a garantia da incomunicabilidade das testemunhas.

salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias. Buscou o legislador, essencialmente, preservar a harmonia no seio familiar, evitando que pessoas ligadas por laços parentais e conjugais sejam obrigadas a depor em detrimento de seus parentes, propiciando uma situação conflituosa.

Em análise crítica, depreende o artigo, Aury Lopes Jr, ao dizer que o regramento é coerente:

Contudo, peca ao final, quando define que esse direito de recusar-se a depor não poderá ser exercido quando não for possível, por outro modo, obter-se a prova do fato. Isso cria situações constrangedoras e depoimentos despidos de qualquer credibilidade. Exemplo típico é o do delito cometido no ambiente doméstico, como no caso da mãe que assiste um filicídio, onde o pai mata o próprio filho. Obrigar essa mãe a depor é inútil. Um depoimento voluntário é de grande valia, mas nada serve retirar-lhe o direito de recusar-se a depor³⁸.

Há, por outro lado, pessoas que são proibidas de depor, contrariando a regra contida no art. 206, cuja essência é a obrigação de depor. Diz o art. 207, verbis, "*são proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho*". Compreende-se por função, o encargo que alguém recebe em virtude da lei, decisão judicial ou contrato, também abarcando a função pública; ministério, por outro lado, é o encargo de natureza essencialmente religiosa, como um padre ou pastor, por exemplo; já ofício representa uma atividade manufatureira, de cunho manual, mecânica; profissão, por derradeiro, diz respeito a atividade de natureza intelectual.

Essa proibição de depor vem ao encontro do tipo penal previsto no art. 154, que tipifica a conduta de violação de segredo profissional. Conforme definição de Heleno Cláudio Fragoso:

A ação típica consiste em revelar, sem justa causa, segredo de que o agente teve conhecimento em razão da função, ministério, ofício ou profissão, não sendo necessário que o segredo preexistia às relações entre agente e o interessado em sua conservação, ou que este tenha consciência de sua existência. O fato sigiloso pode, por exemplo, surgir no curso de uma consulta médica, de que o sujeito passivo não seja inteirado³⁹.

³⁸ JR., Aury L. Direito processual penal. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553626355. p. 225. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 09 out. 2023.

³⁹ Comentários ao Código Penal, p. 458. Nesse sentido, é imprescindível que a divulgação do conteúdo sigiloso tenha aptidão para causar dano a outrem, de ordem material ou moral. Na dicção do STJ, "o

Outrossim, a Lei de Abuso de Autoridade pune o fato do agente público, em seu art. 15, ter constrangido a depor, sob ameaça de prisão, pessoa que em razão de função, ministério, ofício ou profissão deva guardar segredo ou resguardar sigilo.

Em alguns casos, o contido no art. 207 é afastado em virtude de legislação específica: é o caso dos advogados, na medida em que o Estatuto da Ordem dos Advogados veda o causídico de depor, mesmo que desobrigadas pela parte interessada. O art. 7º, inciso XIX, da Lei nº 8.906/94, diz ser direito do advogado *"recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional"*⁴⁰.

A proibição decorre, conforme sublinha Aury Lopes Jr (2023, p. 225) de um *"imperativo ético da profissão e nem mesmo quando autorizado pelo interessado pode o advogado depor sobre fatos de que teve conhecimento em processo no qual atuou ou deva atuar"*.

Além do dever de depor, que comporta certas exceções como supracitado, há o dever de comparecimento por parte da testemunha. Assim, uma vez regularmente intimada, deve comparecer em juízo para prestar seu depoimento no local, dia e hora designados. Não comparecendo, sem motivação idônea, o juiz poderá requisitar à autoridade policial a sua apresentação ou determinar que seja conduzida por oficial de justiça, que poderá solicitar o auxílio da força pública. Há também a possibilidade de imposição de multa, no valor de 1 a 10 salários mínimos, conforme contido nos arts. 458 e 436, § 2º, sem prejuízo de eventual processo criminal pelo delito de desobediência e do pagamento das custas da diligência relacionadas a condução coercitiva (art. 219, do CPP).

sigilo profissional é exigência fundamental da vida social que se deve ser respeitado como princípio de ordem pública, por isso mesmo o Poder Judiciário não dispõe de força cogente para impor a sua revelação, salvo na hipótese de existir específica norma de lei formal autorizando a possibilidade de sua quebra, o que não se verifica na espécie. O interesse público do sigilo profissional decorre do fato de se constituir em um elemento essencial à existência e à dignidade de certas categorias, e à necessidade de se tutelar a confiança nelas depositadas, sem o qual seria inviável o desempenho de suas funções, bem como por se revelar em uma exigência da vida e da paz social". (STJ, 4ª Turma, RMS 9.612/SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 03.09.1998).

⁴⁰No mesmo sentido, o Código de Ética de Disciplina da OAB, no art. 35: *"o advogado tem o dever de guardar sigilo dos fatos de que tome conhecimento no exercício da profissão"*. Parágrafo único. *"O sigilo profissional abrange os fatos de que o advogado tenha tido conhecimento em virtude de funções desempenhadas na Ordem dos Advogados do Brasil"*.

O legislador foi sábio ao comportar certas exceções ao dever de comparecimento para aqueles que estiverem impossibilitados de se deslocar, à exemplo dos enfermos ou idosos, que poderão ser inquiridas onde estiverem, conforme preleciona o art. 220.

Na sequência, o art. 221⁴¹ apresenta prerrogativas que algumas pessoas possuem, em virtude de ocuparem cargos de grande monta, de ajustarem com o magistrado local e hora para sua inquirição. Cuida-se de verdadeiro agendamento, que busca preservar não só essas pessoas que ocupam cargos relevantes na função pública, mas o próprio andamento da justiça, já que o deslocamento dessas pessoas poderia redundar em agitação e alvoroço.

Importante advertimos que o regramento do art. 221 não faculta ao inquirido frustrar a oitiva; este permanece sob o manto da obrigatoriedade de comparecer, sendo-lhe terminantemente vedado recusar-se a testemunhar. Nesse sentido, lembramos Renato Brasileiro de Lima que o Supremo Tribunal Federal decidiu pela perda dessa especial prerrogativa quando a autoridade protelar demasiadamente a escolha de data e hora para a oitiva⁴².

Outra exceção se dá quanto a testemunha que resida em outra comarca. Nesse caso, a oitiva dar-se-á por carta precatória, com prazo razoável para seu cumprimento. Sob pena de nulidade relativa, deve o juízo deprecante intimar as partes quanto a expedição da carta precatória, conforme dispõe a Súmula nº 155 do Supremo Tribunal Federal: *"é relativa a nulidade do processo criminal por falta de intimação da expedição de precatória para a inquirição de testemunha"*. O magistrado deprecante, todavia, não precisa informar a data e hora para as partes; cuida-se de ônus das partes, uma vez informadas, via intimação, da expedição da carta, esclarecer-se sobre a data e hora da audiência designada para oitiva da testemunha⁴³.

⁴¹ Art. 221. O Presidente e o Vice-Presidente da República, os senadores e deputados federais, os ministros de Estado, os governadores de Estados e Territórios, os secretários de Estado, os prefeitos do Distrito Federal e dos Municípios, os deputados às Assembléias Legislativas Estaduais, os membros do Poder Judiciário, os ministros e juizes dos Tribunais de Contas da União, dos Estados, do Distrito Federal, bem como os do Tribunal Marítimo serão inquiridos em local, dia e hora previamente ajustados entre eles e o juiz.

⁴² No caso concreto, a prerrogativa do art. 221 foi declarada perdida quando um Deputado Federal, arrolado como testemunha, sem justa causa, não atendeu o chamado da justiça de definir uma data e hora em até 30 dias. O parlamentar, com nítido caráter dilatório, marcou mais de cinco datas possíveis e acabou por não comparecer a nenhuma delas. (Informativo nº 564 do STF: AP 421 QO/SP, Rel Min. Joaquim Barbosa, 22/10/2009).

⁴³ Súmula nº 273 do STJ: Intimada a defesa da expedição da carta precatória, torna-se desnecessária a intimação da data da audiência no juízo deprecado.

Há ampla polêmica acerca da necessidade da presença do acusado durante a oitiva da testemunha no juízo deprecado, desdobramento lógico do princípio da ampla defesa e do contraditório - direito do réu de informar-se. Em estando solto, naturalmente poderá optar por comparecer ou não; caso esteja preso, todavia, entende a jurisprudência que caberá ao imputado definir se quer: caso tenha previamente requerido a presença, deve ser assegurado seu comparecimento perante o juízo deprecado, não se vislumbrando nulidade caso não tenha requerido presença após ser intimado (STF, RE 602.543/RG-QO Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 035 25/02/2010).

Por fim, há a possibilidade da testemunha residir no estrangeiro. Nesse caso, a oitiva dar-se-á por carta rogatória. Essa intimação, todavia, é condicionada, ou seja, há exigência legal, conforme o art. 222-A, de se demonstrar previamente a imprescindibilidade da oitiva, devendo a parte requerente arcar com os custos do envio, salvo se economicamente necessitado⁴⁴.

Há fortes críticas doutrinárias ao art. 222-A: Ada Pellegrini Grinover, em *As nulidades no Processo Penal*, diz que a necessidade de demonstrar previamente a imprescindibilidade das cartas rogatórias viola frontalmente o direito à ampla defesa e seu consequente direito à prova. Assim, caso a prova seja relevante ao processo, deverá ser produzida, dispensando qualquer condição prévia. Ademais, a exigência de pagamento, segundo a autora, inquina a própria ideia de presunção da inocência, ampla defesa e igualdade, porquanto onera uma das partes desproporcionalmente⁴⁵.

Os tribunais superiores, todavia, discordam do posicionamento da processualista. O STF já debruçou-se sobre a constitucionalidade do art. 222-A, considerando-a harmônica com os dísticos constitucionais, sobretudo com a razoável duração do processo, já que as cartas rogatórias costumam prolongá-lo⁴⁶. Exige-se, no entanto, que ela seja devidamente fundamentada, sob pena de indeferimento. Nesse caso não há de se falar em violação da ampla defesa⁴⁷.

O art. 222-A não previu, expressamente, a possibilidade de usar videoconferência para a oitiva de testemunha que residir no exterior. Através de uma interpretação sistemática, todavia, valendo-se da convencionalidade, vislumbra-se

⁴⁴Art. 222-A. As cartas rogatórias só serão expedidas se demonstrada previamente a sua imprescindibilidade, arcando a parte requerente com os custos de envio.

⁴⁵GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. p. 149.

⁴⁶STF, Tribunal Pleno, AP 470 QO4/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 186 01/10/2009.

⁴⁷STJ, 5ª Turma, RHC 100.406/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 21/08/2018, DJe 29/08/2018.

possível essa atuação, com base na Convenção de Palermo (Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional), conforme lembra-nos Renato Brasileiro de Lima⁴⁸. Nesse caso, afirma o autor, a referida convenção, incorporada ao ordenamento nacional pelo Decreto 5.015, previu a possibilidade de:

Assistência Judiciária Recíproca entre os Estados, nas investigações, nos processos e em outros atos judiciais relativos às infrações previstas na Convenção, valendo-se do sistema de videoconferência (art. 18, § 18). Por conseguinte, nos crimes abrangidos pela Convenção de Palermo, e em outras situações previstas em Tratados, bilaterais ou multilaterais, é perfeitamente possível a utilização de videoconferência para a oitiva de pessoas no estrangeiro, notadamente porque o Tratado deve prevalecer sobre a disciplina prevista no CPP, nos termos do art. 1º do mesmo diploma legal.

Quanto ao dever de prestar o compromisso de dizer a verdade há sistemáticas diversas. Regra geral, presente no art. 203 do CPP, a testemunha assume o compromisso de dizer a verdade⁴⁹. Mas, afinal, o que se entende, hodiernamente, como o compromisso de dizer a verdade? Segundo Norberto Avena, há uma corrente doutrinária que afirma que o compromisso

Não passa de um sinal, um símbolo que, conforme esteja presente ou ausente no depoimento, permite ao juiz conferir-lhe maior ou menor valor no ato de sentenciar. Deste modo, qualquer testemunha, mesmo a dispensada de compromisso, poderá responder pelo crime de falso testemunho se faltar, calar ou negar a verdade⁵⁰.

⁴⁸LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023. p. 680

⁴⁹Art. 203. A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade.

⁵⁰AVENA, Norberto. p. 566. Há, no entanto, corrente que sustenta o contrário, conforme discorre Renato Brasileiro de Lima: *"outra corrente sustenta a impossibilidade de as testemunhas compromissadas (meros informantes) praticarem o falso testemunho, ante a inexistência do dever da verdade, em razão do vínculo que as prende a uma das partes e que as torna desmerecedoras da mesma credibilidade das demais, isto é, das testemunhas numerárias"*. (LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 12 ed. São Paulo: Editora Juspodivm. 2023. p. 680). Nesse sentido, narra o autor, em caso concreto julgado pelo STJ, atinente a mentira contada pela esposa do réu em processo criminal, a 6ª Turma concluiu que, para a caracterização do crime de falso testemunho, não é necessário o compromisso da testemunha. Todavia, no caso, em virtude da proximidade entre a testemunha e o réu (esposa e marido, respectivamente), não se poderia exigir que ela dissesse a verdade, culminando em prejudicar a pessoa pela qual nutre afeição. Dessarte, considerou-se não haver ilicitude na conduta. (STJ, 6ª Turma, HC 92.836/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 27/04/2010, DJe 17/05/2010).

Nesse sentido, inclusive, entende o STJ, afirmando ser irrelevante a formalidade do compromisso para a caracterização do crime de falso testemunho⁵¹.

Cada regra comporta uma exceção, e não seria diferente quando ao compromisso de dizer a verdade, não se exigindo essa prestação quando se tratar das pessoas elencadas pelo art. 206 do CPP⁵². Repise-se que nesse caso não há obrigação de depor, a não ser que o depoimento seja absolutamente essencial à integralidade da prova do fato e de suas circunstâncias. Destarte, quando da oitiva, essas pessoas não precisam prestar o compromisso de dizer a verdade.

Por derradeiro, há, entre os deveres das testemunhas, a exigência de comunicar a mudança de residência, por força do art. 224 do Código de Processo Penal⁵³, tendo por prazo um ano a ser contado após o depoimento. Vem a calhar o regramento, visando a celeridade da própria produção probatória e a necessidade de se revisitar depoimentos caso seja necessário.

A doutrina, com finalidade didática, realiza uma separação entre depoentes e informantes: aquelas são as testemunhas que prestam compromisso legal; enquanto estas são as dispensadas de fazê-lo.

Outrossim, primando pelo didatismo, buscaram os cientistas do direito diferenciar as testemunhas em várias espécies. A chamada testemunha numerária representa aquelas computadas para efeito de aferição do número máximo de testemunhas permitidas pela legislação, sendo estas as regularmente compromissadas. As testemunhas extranumerárias, ao revés, não são computadas dentro do limite legalmente previsto, podendo ser convocadas, nesse sentido, ilimitadamente⁵⁴. As chamadas testemunhas diretas são aquelas que presenciaram o fato; as testemunhas indiretas são aquelas, *contrario sensu*, que não presenciaram diretamente o acontecimento, mas ouviram falar sobre ele⁵⁵.

⁵¹ STJ: HC 192.659/ES, j. 19.12.2011; AgRg no HC 190.766/RS, DJ. 13.09.2013.

⁵² Art. 206. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.

⁵³ Art. 224. As testemunhas comunicarão ao juiz, dentro de um ano, qualquer mudança de residência, sujeitando-se, pela simples omissão, às penas do não-comparecimento.

⁵⁴ São extranumerárias as testemunhas convocadas pelo juiz para desanuviar questão que enseje dúvida (art. 209, caput), as que não prestam compromisso legal e foram arroladas pelas partes, e as que nada sabem que interesse à decisão da causa (art. 209, § 2º).

⁵⁵ São, por isso mesmo, chamadas de testemunhas auriculares. O STJ já debruçou sobre o valor probatória da testemunha por ouvir dizer, aduzindo que "*a norma segundo a qual a testemunha deve depor pelo que sabe per proprium sensum et non per sensum alterius impede, em alguns sistemas - como no norte-americano - o depoimento da testemunha indireta, por ouvir dizer (hearsay rule). No*

Testemunha própria é aquela que depõe acerca da imputação presente na peça acusatória; testemunha imprópria, também chamada de instrumentária ou fedatária, são aquelas que atestam a regularidade do procedimento, e não sobre o fato delituoso em si⁵⁶. Informante, como já dito, é aquela testemunha não compromissada; testemunha referida, por fim, é aquela que foi mencionada por outra pessoa, sendo ouvida a pedido das partes ou de ofício pelo magistrado.

Objetivando acautelar certas testemunhas, por serem consideradas pessoalmente vulneráveis, buscou o legislador estabelecer um regramento especial em sua oitiva, intentando preservá-las da revitimização, minorar o sofrimento de relembrar a dor que sofreram em virtude da natureza da infração penal praticada, bem como protegê-las contra eventuais intimidações. Constan no rol expresso do art. 217-A do Código Penal⁵⁷, além de idosos e testemunhas ou vítimas de crimes perpetrados no contexto familiar.

Foi no Rio Grande do Sul que foi criado o procedimento denominado de *depoimento sem dano*. Nacionalizando o referido sistema, a Lei n. 13.431, de 4 de abril de 2017, passou a prever, em seus arts. 7º e 8º duas novas espécies de tomada de depoimento: a escuta especializada, cuja previsão traduz uma entrevista sobre a situação de violência sofrida por uma criança ou adolescente, perante órgão de proteção multidisciplinar, e o depoimento especial, verdadeira oitiva especial com crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência. Ambas devem ser realizadas em espaço diferenciado, com infraestrutura própria, garantindo a privacidade da criança ou adolescente⁵⁸.

Brasil, embora não haja impedimento legal a esse tipo de depoimento, 'não se pode tolerar que alguém vá a juízo repetir a vox publica. Testemunha que depusesse para dizer o que lhe contou, o que ouviu, sem apontar seus informantes, não deveria ser levada em conta (Hélio Tornaghi). (STJ, 6ª Turma, REsp 1.373.356/BA, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 20/04/2017, DJe 28/04/2017).

⁵⁶ É o caso, por exemplo, das testemunhas presentes no auto de prisão em flagrante.

⁵⁷ Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no **caput** com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

⁵⁸ Art. 7º Escuta especializada é o procedimento de entrevista sobre situação de violência com criança ou adolescente perante órgão da rede de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade.

Art. 8º Depoimento especial é o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária.

No mesmo sentido, foi introduzido na Lei Maria da Penha, através da Lei n. 13.505/17, o art. 10-A⁵⁹, promovendo uma espécie de depoimento especial relacionado à inquirição da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou testemunhas do delito que trata a Lei n. 11.340/06.

Mister detalharmos o procedimento para a oitiva das testemunhas. Inicia-se, naturalmente, com a apresentação do rol de testemunhas, que deve dar-se tempestivamente, sob pena de preclusão.

Em relação a acusação, a regra geral versa que essa apresentação dar-se-á quando da inicial acusatória. Constitui-se, desse modo, requisito essencial para a idoneidade da peça, conforme estipula o art. 41 do CPP, prevendo que *"a denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas"*.

No tocante à defesa, a legislação foi modificada pela Lei nº 11.719/08, cuja inovação retirou a apresentação da defesa prévia, colocando-a quando do oferecimento da resposta à acusação, tal como previsto no art. 396-A do CPP⁶⁰.

Quanto ao aspecto quantitativo, o número de testemunhas varia de acordo com o procedimento adotado. Com efeito, no procedimento comum ordinário há possibilidade do arrolamento de até oito testemunhas, conforme o art. 401, caput do CPP⁶¹. No procedimento comum sumário, é possível o alistamento de no máximo cinco testemunhas (art. 532 do CPP)⁶². Já em relação ao procedimento sumaríssimo, regrado pela Lei 9.099/95, é possível relacionar até três testemunhas. O procedimento do júri também tem regramento próprio, sendo permitido listar de oito a cinco testemunhas na primeira fase e segunda fase respectivamente (arts. 406, § 3º e 422)⁶³.

⁵⁹Art. 10-A. É direito da mulher em situação de violência doméstica e familiar o atendimento policial e pericial especializado, ininterrupto e prestado por servidores - preferencialmente do sexo feminino - previamente capacitados.

⁶⁰Art. 396-A. Na resposta, o acusado poderá argüir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário

⁶¹Art. 401. Na instrução poderão ser inquiridas até 8 (oito) testemunhas arroladas pela acusação e 8 (oito) pela defesa.

⁶²Art. 532. Na instrução, poderão ser inquiridas até 5 (cinco) testemunhas arroladas pela acusação e 5 (cinco) pela defesa

⁶³ Art. 406. O juiz, ao receber a denúncia ou a queixa, ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

§ 2º A acusação deverá arrolar testemunhas, até o máximo de 8 (oito), na denúncia ou na queixa.

Malgrado seja cristalino a disciplina legal supracitada, resta controvérsia se o número máximo de testemunhas diz respeito à pessoa do imputado ou ao delito cometido. Majoritariamente a doutrina se inclina por considerar que, para a acusação, o número foi legalmente plasmado de acordo com a quantidade de fatos imputados, independentemente do número de acusados; já para a defesa, considera-se tanto o número de fatos, quanto o número de imputados⁶⁴.

Nesse sentido entendeu o STJ em HC, manifestando-se que:

O limite máximo de 8 (oito) testemunhas descrito no art. 401, do Código de Processo Penal, deve ser interpretado em consonância com a norma constitucional que garante a ampla defesa no processo penal (art. 5º, LV, da CF/88). Para cada fato delituoso imputado ao acusado, não só a defesa, mas também a acusação, poderá arrolar até 8 (oito) testemunhas, levando-se em conta o princípio da razoabilidade e proporcionalidade⁶⁵.

Após a apresentação do rol, supracitado, é necessário intimar as testemunhas a fim de comparecerem em data e hora marcados. Caso seja militar, será necessário a requisição ao seu superior hierárquico, conforme o art. 2221, § 2º do CPP; no caso de ser funcionário público, após intimação da testemunha, é mister a expedição de mandado ao chefe de repartição, com o fito de comunicar-lhe a hora e o dia marcados para a inquirição. Busca-se, assim, preservar o próprio funcionamento da administração pública, em consonância com o princípio da continuidade do serviço público.

Caso a testemunha não seja encontrada, previa-se a possibilidade de substituição dentro de três dias. A Lei nº 11.719/08 elidiu essa sistemática, silenciando quanto a possibilidade de substituição. Nesse sentido, o STF⁶⁶ e grande parte da doutrina busca aplicar subsidiariamente o Código de Processo Civil, em seu art. 451⁶⁷,

Art. 422. Ao receber os autos, o presidente do Tribunal do Júri determinará a intimação do órgão do Ministério Público ou do querelante, no caso de queixa, e do defensor, para, no prazo de 5 (cinco) dias, apresentarem rol de testemunhas que irão depor em plenário, até o máximo de 5 (cinco), oportunidade em que poderão juntar documentos e requerer diligência.

⁶⁴Renato Brasileiro de Lima (2023) exemplifica: *"se são dois os acusados pela prática de um crime de roubo, cada um deles terá direito a arrolar até 8 (oito) testemunhas, mesmo que possuam o mesmo defensor. Por outro lado, se a um único acusado forem imputados dois fatos delituosos, terá direito a arrolar 8 (oito) testemunhas para cada um deles"*. (LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023. p. 684).

⁶⁵STJ, 5ª Turma, HC 55.702/ES, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro - Desembargador convocado do TJ/AP - j. 05/10/2010, DJe 25/10/2010.

⁶⁶ STF, Tribunal Pleno, AP 470 AgR - segundo/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 079 29/04/2009.

⁶⁷Art. 451. Depois de apresentado o rol de que tratam os §§ 4º e 5º do art. 357, a parte só pode substituir a testemunha: I - que falecer; II - que, por enfermidade, não estiver em condições de depor; III - que, tendo mudado de residência ou de local de trabalho, não for encontrada.

que prevê a possibilidade de substituição de testemunha em caso de falecimento ou que por enfermidade não esteja apta a depor, ou, tendo mudado de residência, não for encontrada pelo oficial de justiça⁶⁸.

Em caso semelhante, a mesma lei 11.719/08 modificou a possibilidade de desistência da oitiva da testemunha, deslocando-a para o art. 401, § 2º, do CPP⁶⁹, facultando à parte desistir da inquirição das testemunhas arroladas, ressalvado o disposto no art. 209 do CPP, que refere-se àquelas indicadas pelo juízo e testemunhas referidas.

A inquirição da testemunha se dará individualmente, resguardando-se a incomunicabilidade entre elas. Nesse sentido, o Código de Processo Penal estabeleceu uma verdadeira sistemática com o fito de mitigar ao máximo a possível influência e combinação entre as testemunhas. Assim, conforme o art. 210, caput, do CPP⁷⁰, as testemunhas serão ouvidas individualmente, de modo que não saibam e nem ouçam o depoimento uma das outras. Nesse sentido, deverá ser garantido uma sala especial com espaços reservados individualmente antes e durante a realização da audiência.

O art. 217 do CPP prevê a possibilidade de retirar o acusado da sala de audiência ou realizá-la por videoconferência. Trata-se de decisão motivada do magistrado⁷¹, que deverá aferir, no caso concreto, se a presença do réu pode causar

⁶⁸Segundo Renato Brasileiro de Lima, *"a ausência de previsão específica da possibilidade de substituição de testemunhas no Código de Processo Penal não pode ser interpretada como silêncio eloquente do legislador. Afinal, a busca por um provimento jurisdicional final justo e legítimo não pode ser fulminada pelo legislador sob pena de o processo não alcançar sua finalidade de pacificação da lide. Tendo em conta a importância da prova testemunhal para o processo penal, não se pode usurpar o direito da parte de, na eventualidade de não ser localizada uma das testemunhas que arrolou para comprovar suas alegações, substituí-la por outra que considere apta a colaborar com a instrução. Destarte, desde que não fique evidenciada fraude no processo ou preclusão temporal para o arrolamento da testemunha substituta, parece-nos plenamente possível a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, com fundamento no art. 3º do CPP"*. (LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 14 ed. São Paulo: Ed. Juspodivm, 2023. p. 685).

⁶⁹Art. 401. Na instrução poderão ser inquiridas até 8 (oito) testemunhas arroladas pela acusação e 8 (oito) pela defesa.

§ 2º A parte poderá desistir da inquirição de qualquer das testemunhas arroladas, ressalvado o disposto no art. 209 deste Código.

⁷⁰ Art. 210. As testemunhas serão inquiridas cada uma de per si, de modo que umas não saibam nem ouçam os depoimentos das outras, devendo o juiz adverti-las das penas cominadas ao falso testemunho

Parágrafo único. Antes do início da audiência e durante a sua realização, serão reservados espaços separados para a garantia da incomunicabilidade das testemunhas

⁷¹De acordo com Renato Brasileiro, *"a retirada do acusado da sala de audiências não pode ser determinada tão somente com base em mero juízo de suspeita do juiz acerca de possível intimidação futura da testemunha. Pelo contrário, a adoção de tal medida pressupõe a efetiva prática de atos comissivos que demonstrem o propósito do acusado no sentido de influenciar o ânimo da testemunha"*.

humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, prejudicando a busca pela verdade real. O defensor do réu, naturalmente, deverá permanecer presente, sob pena de nulidade absoluta por violação dos princípios da ampla defesa e do contraditório.

A interpretação do art. 217 permite-nos dizer que mesmo no caso de videoconferência, busca-se acautelar a testemunha no sentido de não permitir que o imputado identifique a testemunha. Cuida-se a retirada do réu, como adverte Norberto Avena, de medida residual:

Aplicável apenas quando não for possível a inquirição da testemunha por meio de videoconferência - método pelo qual a testemunha presta seu depoimento em local distinto de onde se encontra o juiz, que oficia no processo, sendo as perguntas e respostas transmitidas mediante um sistema composto de microfones, televisores, câmeras, facultando-se a todos uma visão simultânea de ambos os ambientes⁷².

Após realizar o compromisso de dizer a verdade - àquela para o qual for exigido legalmente - a testemunha deverá declarar seu nome, profissão e local onde exerce, idade, estado, residência, se é parente - se o for, em qual grau - e quais suas relações com qualquer uma delas⁷³. Diverge a doutrina quanto a possibilidade de se imputar crime de falso testemunho caso a testemunha minta sobre sua qualificação⁷⁴.

Segundo o art. 214 do CPP, abre-se às partes, antes de iniciado o depoimento da testemunha, a oportunidade de contraditar a testemunha ou arguir circunstâncias ou defeitos que a tornem suspeita de parcialidade, ou indigna de fé. Busca-se, portanto, impugnar o depoimento da testemunha.

Norberto Avena faz uma distinção entre a contradita e a arguição de parcialidade, afirmando não serem expressões sinônimas, tampouco institutos aplicáveis aos mesmos casos. Assim, segundo o autor, a contradita deve ser utilizada

(LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 14 ed. São Paulo: Ed. Juspodivm, 2023. p.686).

⁷² AVENA, Norberto. Processo Penal. 14 ed. Rio de Janeiro: Ed. Método, 2023. p. 577

⁷³ Art. 203. A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade

⁷⁴ Magalhães Noronha afirma tratar-se de formalidade substancial, "*que influi no mérito e no valor que serão dados ao depoimento. Sua falsidade ofende, ao mesmo tempo, os diversos interesses em litígio e atenta contra a administração da justiça, ferindo-a em sua atuação normal e na eficácia da realização*". (NORONHA, Edgard Magalhães. Direito Penal. v. 4. São Paulo: Editora Saraiva, 1972. p. 389). Em sentido contrário, Julio Fabbrini Mirabete, considerando tratar-se do delito de falsa identidade.

em relação à testemunha que não deva prestar compromisso (art. 208 do CPP), cujo efeito, caso a contradita seja aceita, é privá-las da necessidade de prestar o compromisso; também deve ser utilizada em relação à pessoa que seja proibida de depor, excluindo-a do rol de testemunhas⁷⁵.

Já a arguição de parcialidade, igualmente prevista no art. 214, ocorre quando uma das partes tiver ciência de fatos que tornem a testemunha indigna de fé ou suspeita de parcialidade. Exemplifica Avena (2023):

Exemplos de situações que justificariam essa forma de impugnação consistiriam na amizade íntima ou na inimizade capital com qualquer dos envolvidos no fato delituoso, o parentesco com a vítima, a circunstância de responder a processo criminal por fato análogo e etc. Trata-se, como se pode observar, de circunstâncias que não impedem o depoimento da testemunha (pois não abrangidas pelo art. 207 do CPP), tampouco a prestação de compromisso (pois não referidas pelo art. 208 do CPP), mas que, de qualquer sorte, devem ser consignadas no termo de audiência, para que possam ser consideradas pelo juiz ao proferir a sentença⁷⁶.

Subsequente à qualificação da testemunha e à contradita e arguição de parcialidade pelas partes, inicia-se a colheita do depoimento, norteadada pelo art. 212 do CPP cuja previsão estipula que *"as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida"*.

A nova disposição do art. 212 é absolutamente cristalina, dando protagonismo às partes, que deverão inquirir diretamente à testemunha, afastando, portanto, a antiga primazia do magistrado, a quem cabia formular as perguntas inicialmente antes da nova sistemática⁷⁷. A atuação do juiz, portanto, ficará relegada após findada a inquirição pelas partes, limitando-se a pontos que considere não suficientemente esclarecidos, atuando, por assim dizer, de forma subsidiária. Elimina-se, deste modo, o sistema presidencialista outrora em vigor.

⁷⁵ AVENA, Norberto. Processo Penal. 14 ed. Rio de Janeiro: Ed. Método, 2023. p. 568.

⁷⁶ Idem.

⁷⁷ Alguns doutrinadores ainda entendem que o magistrado deve formular as perguntas inicialmente. É o caso de Guilherme de Souza Nucci, para quem *"o juiz, como presidente da instrução e destinatário da prova, continua a abrir o depoimento, formulando, como sempre fez, as suas perguntas às testemunhas de acusação, de defesa ou do júízo. Somente após esgotar o seu esclarecimento, passa a palavra às partes para que, diretamente, reperguntem"*. (NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 474).

A nova disciplina do art. 212 mereceu elogios por parte de Aury Lopes Jr., reputando conformar-se ao sistema acusatório previsto em nosso processo penal constitucional:

Ao demarcar a separação das funções de acusar e julgar e, principalmente, atribuir a gestão da prova às partes, o modelo acusatório redesenha o papel do juiz no processo penal, não mais como juiz-ator (sistema inquisitório), mas sim de juiz-espectador. Trata-se de atribuir a responsabilidade pela produção da prova às partes, como efetivamente deve ser num processo penal acusatório e democrático. (...) Portanto, o juiz deixa de ter o papel de protagonismo na realização das oitivas, para ter uma função completa, subsidiária. Não mais, como no modelo anterior, terá o juiz aquela postura proativa, de fazer dezenas de perguntas, esgotar a fonte probatória, para só então passar a palavra às partes, para que, com o que sobrou, completar a inquirição⁷⁸.

Ao magistrado caberá, inicialmente, apenas decidir a pertinência das perguntas formuladas pelas partes - no princípio, o chamado *direct-examination*, onde a parte inquirir a testemunha que arrolou; depois, o chamado *cross-examination*, cabendo a parte contrária formular perguntas à testemunha. Cuida-se de verdadeira reinquirição, absolutamente salutar à produção probatória.

Inobservado a ordem exigida pelo art. 212, estará a audiência fulminada de nulidade relativa, conforme entende o Superior Tribunal de Justiça⁷⁹. Com o mesmo entendimento, o STF exige a demonstração de prejuízo, tempestivamente, sob pena

⁷⁸ JR., Aury L. Direito processual penal. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553626355. p. 223. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 09 out. 2023. No mesmo sentido, Renato Brasileiro de Lima afirma que *"a salutar abolição do sistema presidencial, no qual o juiz perguntava primeiro e as partes faziam perguntas por intermédio do magistrado, pela adoção do método acusatório (as partes iniciam a inquirição e o juiz a encerra), veio tornar mais eficaz a produção da prova oral, visto que permite o efetivo exame direto e cruzado do contexto das declarações tomadas, o que melhor delinea as atividades de acusar, defender e julgar. (...) Esse novo regramento vem, ademais, ao encontro do sistema acusatório adotado pelo ordenamento pátrio (CF, art. 129, I), deixando a cargo das partes a primazia na produção da provas, sem olvidar a iniciativa probatória do juiz, a ser exercida de maneira subsidiária, para complementar a prova e dirimir dúvidas sobre pontos relevantes"*. (LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023. p. 688).

⁷⁹ AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRIBUNAL DO JÚRI. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO NA FASE DA PRONÚNCIA. INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS PELO MAGISTRADO. NULIDADE AFASTADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

"Continua sendo possível ao magistrado indagar as testemunhas durante a instrução, diante do impulso oficial do processo. Com efeito, a jurisprudência desta Corte de Justiça, no sentido de que a inquirição das testemunhas pelo Juiz, antes que seja oportunizada às partes a formulação das perguntas, com a inversão da ordem prevista no art. 212 do Código de Processo Penal, constitui nulidade relativa, que exige a demonstração do efetivo prejuízo, conforme o disposto no art. 563 do mesmo Estatuto, para que seja alcançada a anulação do ato (AgRg no RHC n. 148.274/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, julgado em 15/6/2021, DJe 25/6/2021)" (AgRg no HC n. 787.903/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 13/12/2022, DJe de 19/12/2022).

de preclusão⁸⁰. Com a devida vênia, o entendimento dos Tribunais Superiores merece críticas de nossa parte: a inversão da ordem de inquirição atenta claramente contra o dispositivo legal e contra a sistemática adotada pela ordem constitucional, traduzindo-se em verdadeira nulidade de ordem pública. A inversão, ademais, provoca, mesmo que irrefletidamente, inarredável direcionamento das respostas das testemunhas.

No mesmo diapasão, uma eventual inversão da ordem de perguntas às testemunhas - que, segundo a sistemática do art. 400, caput, do CPP⁸¹, deve iniciar-se pela acusação e findar-se pela defesa - também exige demonstração de prejuízo, constituindo, segundo os Tribunais Superiores, nulidade relativa. A inversão da ordem, todavia, é possibilitada quando da oitiva através de carta precatória; nesse caso inverte-se a ordem em virtude da boa celeridade exigida pelo processo.

4. RECONHECIMENTO DE PESSOAS E COISAS

Conforme o magistério de Norberto Avena (2023, p. 584), *"o reconhecimento de pessoas compreende-se o ato pelo qual não apenas vítimas ou testemunhas, mas também acusados ou investigados identificam terceira pessoa"*. Com o mesmo

⁸⁰HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. INVERSÃO DA ORDEM DE INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS. ARTIGO 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ARGUIÇÃO DE NULIDADE. PREJUÍZO. DEMONSTRAÇÃO. AUSÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I – Não é de se acolher a alegação de nulidade em razão da não observância do procedimento de formulação de perguntas às testemunhas, estabelecida pelo art. 212 do CPP, com redação conferida pela Lei 11.690/2008. Isso porque a defesa não se desincumbiu do ônus de demonstrar o prejuízo decorrente da inversão da ordem de inquirição das testemunhas. II – Esta Corte vem assentando que a demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que “o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades pas de nullité sans grief compreende as nulidades absolutas” (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie). Precedentes. III – O acórdão ora questionado está em perfeita consonância com decisões de ambas as Turmas desta Corte no sentido de que a inobservância do procedimento previsto no art. 212 do CPP pode gerar, quando muito, nulidade relativa, cujo reconhecimento não prescinde da demonstração do prejuízo para a parte que a suscita. IV – Ordem denegada. (HC 117102, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 25/06/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-157 DIVULG 12-08-2013 PUBLIC 13-08-2013)

⁸¹ Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado

entendimento, segundo Adalberto José Q. T. de Camargo, citado por Guilherme Madeira Dezem:

O reconhecimento é o meio processual de prova, eminentemente formal, pelo qual alguém é chamado para verificar e confirmar a identidade de uma pessoa ou coisa que lhe é mostrada com outra que viu no passado⁸².

Cuida-se, portanto, de meio de prova, conforme compreende majoritariamente a doutrina, formalizado pelo art. 226 do Código de Processo Penal⁸³, podendo ocorrer tanto na fase processual como na fase pré-processual, no curso da investigação preliminar.

Mister, ademais, a lição de Janaina Matida e William Weber Cecconello, afirmando que o reconhecimento de pessoas é, do ponto de vista cognitivo, um procedimento irrepetível:

Quando um crime é praticado, a vítima/testemunha, armazena em sua memória uma representação mental do autor e, posteriormente é solicitada a prestar declarações bem como realizar o reconhecimento. A descrição dos fatos oferecida pelos envolvidos e a identificação da autoria dos responsáveis por comportamentos juridicamente proibidos são recursos aos quais confere-se destacada importância, de sorte que não se trata de qualquer exagero afirmar que a determinação dos fatos na justiça criminal depende, em grande medida, da memória⁸⁴.

⁸² DEZEM, Guilherme Madeira. Curso de Processo Penal. 8 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 792. Segundo Aury Lopes Jr., "o reconhecimento é um ato através do qual alguém é levado a analisar alguma pessoa ou coisa, e, recordando o que havia percebido em um determinado contexto, compara as duas experiências. Quando coincide a recordação empírica com essa nova experiência levada a cabo em audiência ou no inquérito policial, ocorre o reconhecer. (...) Partimos da premissa de que é reconhecível tudo o que podemos perceber, ou seja, só é passível de ser reconhecido o que pode ser conhecido pelos sentidos. Nessa linha, o conhecimento por excelência é o visual, assim previsto no CPP. Contudo, silencia o Código no que se refere ao reconhecimento que dependa de outros sentidos, como o acústico, olfativo ou tátil". (LOPES JR. Aury. Direito Processual Penal. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p)

⁸³ Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma: I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida; II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la; III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela; IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais. Parágrafo único. O disposto no nº III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento

⁸⁴ MATIDA, J.; CECCONELLO, W. W. Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, [S. l.], v. 7, n. 1, p. 409, 2021. DOI: 10.22197/rbdpp.v7i1.506. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/506>. Acesso em: 9 out. 2023.

Aqui é importante um breve histórico acerca do instituto, que tem como base, assim como grande parte do Código de Processo Penal de 1941, o Codice di Procedura Penale italiano de 1930, de cariz fascista, precisamente em seu art. 361, que é até certo ponto emulado pelo nosso art. 226.

À época já se tinha conhecimentos acerca da questionabilidade desse meio de prova, conforme sublinha Caio Badaró Massena, aduzindo ao clássico estudo de 1924, *La critique du témoignage*, de François Gorphe, que alerta, em tradução livre do autor:

Os erros do reconhecimento não podem contar-se; um volume não bastaria para relatar todos os que foram descobertos, que, por outro lado, não foram senão uma pequena parte⁸⁵. Advertia o autor, valendo-se de estudos empíricos, sobre a miríade de fatores que poderiam impactar e sugestionar o reconhecimento de pessoas, entre eles a semelhança, as condições de luminosidade, o influxo da emoção, o tempo de exposição e principalmente a sugestionabilidade do procedimento utilizado no ato de reconhecimento⁸⁶.

A formalidade desse meio de prova é absolutamente essencial e imprescindível, sob pena de nulidade, identificações errôneas e injustiças. Todavia, nem sempre foi assim compreendido pela jurisprudência - em correspondência com a praxe forense, que primava pela informalidade - depreendendo das formalidades aduzidas no art. 226 como meras recomendações legais.

Nesse sentido, merece ser citado a crítica feita por Renato Brasileiro de Lima, segundo o qual a inobservância do art. 226 na praxe forense, com a conivência do Judiciário:

Acabava por servir como estímulo para o desrespeito do procedimento probatório do reconhecimento de pessoas, seja quando realizado na fase investigatória, seja quando realizado em juízo. Permitia-se, assim, a perpetuação do foco de inúmeros erros judiciais e, consequentemente, de graves injustiças. Afinal, segundo estudos da Psicologia moderna, são comuns as falhas e os equívocos que podem advir da memória humana e da capacidade de armazenamento de informações. Isso porque a memória pode, ao longo do tempo, se fragmentar, e, por fim, se tornar inacessível para reconstrução do fato. O valor probatório do reconhecimento, portanto, possui considerável grau de subjetivismo, a potencializar falhas e distorções do ato

⁸⁵BADARÓ MASSENA, C. Erro judiciário e reconhecimento de pessoas: lições extraídas da experiência brasileira. Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio, [S. l.], n. 4, 2023. DOI: 10.33115/udg_bib/qf.i1.22814. Disponível em: <https://revistes.udg.edu/quaestio-facti/article/view/22814>. Acesso em: 10 oct. 2023.

⁸⁶ Idem.

e, conseqüentemente, causar erros judiciários de efeitos deletérios e muitas vezes irreversíveis⁸⁷.

Forma, no processo, é garantia. Portando a virada jurisprudencial dos Tribunais Superiores veio bem a calhar, afastando a vetusta interpretação de reconhecer o art. 226 como mera recomendação, ilustrado, doravante, como verdadeira imposição, sob pena de nulidade. Paradigmática, nesse sentido, a decisão do STJ, pela 6ª Turma, no HC 598.886/SC, que trouxe conclusões acerca da matéria:

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DE PESSOA REALIZADO NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. PROVA INVÁLIDA COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. RIGOR PROBATÓRIO. NECESSIDADE PARA EVITAR ERROS JUDICIÁRIOS. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

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

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

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

⁸⁷LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 14 ed. São Paulo: Editora Juspodium, 2023. p. 696. No mesmo sentido, magistério de Heleno Cláudio Fragoso, segundo quem *"as formalidades de que se cerca o reconhecimento de pessoas são, em certa medida, a própria garantia da viabilidade deste reconhecimento como prova, e a história dos erros judiciários não-lo atesta. Por outro lado, o livre convencimento na apreciação das provas não pode significar uma abusiva liberdade subjetiva, que alcance até mesmo a produção de provas [...]". O processo penal civilizado não se desenvolve 'a ferro e fogo', mas segundo as formas que o legislador estipulou como as mais aptas a gerarem um resultado isento de erros. [...]. O art. 226 do CPP fixa regras de observação obrigatória para o reconhecimento de pessoas ou coisas, procurando diminuir a larga margem de erro que os reconhecimentos em geral apresentam"*. (BADARÓ MASSENA, C. Erro judiciário e reconhecimento de pessoas: lições extraídas da experiência brasileira. Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio, [S. l.], n. 4, 2023. DOI: 10.33115/udg_bib/qf.i1.22814. Disponível em: <https://revistes.udg.edu/quaestio-facti/article/view/22814>. Acesso em: 10 oct. 2023.).

4. O reconhecimento de pessoa por meio fotográfico é ainda mais problemático, máxime quando se realiza por simples exibição ao reconhecedor de fotos do conjecturado suspeito extraídas de álbuns policiais ou de redes sociais, já previamente selecionadas pela autoridade policial. E, mesmo quando se procura seguir, com adaptações, o procedimento indicado no Código de Processo Penal para o reconhecimento presencial, não há como ignorar que o caráter estático, a qualidade da foto, a ausência de expressões e trejeitos corporais e a quase sempre visualização apenas do busto do suspeito podem comprometer a idoneidade e a confiabilidade do ato

A mesma 6ª Turma, na sequência do julgado retrocitado, deu seguimento a relativização do reconhecimento de pessoas e coisas como meio de prova, implicando que mesmo aqueles realizados em consonância com o art 226, malgrado sejam válidos, possuem uma força probante relativa, gozando de "fragilidade epistêmica"⁸⁸.

Mais problemático ainda é o reconhecimento fotográfico, conforme aduz Aury Lopes Jr. por se tratar de prova inominada, sem previsão legal⁸⁹. Segundo o autor, a utilização desse tipo de reconhecimento deve ser absolutamente subsidiária, revestindo-se como mero ato preparatório para o reconhecimento pessoal. Sem embargo disto, grande parte doutrina tem admitido seu uso, valendo-se do princípio da busca da verdade real. Outrossim, a jurisprudência superior pátria também a admite, reputando-a como uma prova inominada⁹⁰.

⁸⁸Explica Renato Brasileiro de Lima que "se realizado em conformidade com o modelo legal (art. 226 do CPP), o reconhecimento pessoal é válido, sem, todavia, possuir força probante absoluta, de sorte que não pode induzir, por si só, à certeza da autoria delitiva, em razão de sua fragilidade epistêmica. Se, todavia, tal prova for produzida em desacordo com o disposto no art. 226 do CPP, deverá ser considerada inválida, o que implica a impossibilidade de seu uso para lastrear o juízo de certeza da autoria do crime, mesmo que de forma suplementar. Mais do que isso, inválido o reconhecimento não poderá ele servir nem para lastrear outras decisões, ainda que de menor rigor quanto ao standard probatório exigido, tais como decretação da prisão preventiva e o recebimento da denúncia e a pronúncia". (LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 14 ed. São Paulo: Editora Juspodium, 2023. p. 696.)

⁸⁹Segundo o processualista gaúcho, "não pode ser admitida uma prova rotulada de inominada quando na realidade ela decorre de uma variação (ilícita) de outro ato estabelecido na lei processual penal, cujas garantias não foram observadas". (JR., Aury L. Direito processual penal. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. p. 234. E-book. ISBN 9786553626355. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 09 out. 2023).

⁹⁰Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. ROUBO MAJORADO POR CONCURSO DE AGENTES. SUPOSTA INSUFICIÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA AUTORIA DELITIVA. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE. MANUTENÇÃO DA NEGATIVA DE SEGUIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte reconhece que "o reconhecimento fotográfico do acusado, quando ratificado em juízo, sob a garantia do contraditório e da ampla defesa, pode servir como meio idôneo de prova para lastrear o édito condenatório" (HC 104404, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, j. 21.09.2010). Precedentes. 2. Eventual divergência quanto às premissas adotadas pelas instâncias antecedentes implicaria o reexame de fatos e provas, providência inviável em sede de habeas corpus. 3. Agravo regimental desprovido. (HC 188760 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 08/04/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 28-04-2021 PUBLIC 29-04-2021)

Malgrado sua subsidiariedade, seu uso é cada vez mais frequente durante as diligências policiais e são, em grande parte, problemáticos, conforme sustenta Di Gesu:

O reconhecimento fotográfico constitui-se em uma diligência policial de uso frequente, diante da carência de suficientes dados identificadores, através da qual se procura orientar o início da investigação mediante a apresentação de arquivos ou álbuns de pessoas 'fichadas'. O ideal seria que o reconhecedor descrevesse a pessoa a ser reconhecida, nos termos do inciso I do art. 226, do Código de Processo Penal. Ocorre que na fase pré-processual, comumente são apresentadas fotografias dos supostos imputados às vítimas, como um ato preparatório do reconhecimento pessoal. Se, por algum motivo o ofendido ou a testemunha não conseguiu, no momento da prática delituosa captar a imagem do suspeito - devido ao efeito 'foco na arma'; porque ele estava com o rosto encoberto por toca ou capacete; ou porque não obteve contato direto com o aquele envolvido, dentre outras diversas moduladoras que concorrem para piorar a qualidade da identificação [...] - poderá fixar na memória a fotografia anteriormente vista, sendo induzido a posterior reconhecimento pessoal⁹¹.

Há dois modos de realização desse meio de prova em nosso país: o chamado *show-up* e o álbum de suspeitos. No *show-up* fotográfico, sustenta MATIDA e CECCONELLO, é apresentada uma foto do suspeito à vítima e a testemunha, que é solicitada a dizer se é ou não o autor do delito. A problemática desse método reside, advertem os autores:

Na falta de alternativa para que a vítima/testemunha possa comparar os rostos. Em um *show up* a vítima pode chegar a reconhecer o suspeito como autor do crime simplesmente em razão de apresentar características semelhantes ao autor (o mesmo corte de cabelo, por exemplo)⁹².

⁹¹DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 130-131. Acerca do chamado "efeito do foco de arma", aduz-se que *"no momento em que se testemunha um assalto, o fato não é codificado como se fosse uma cena coerente e completa em si mesma. Codifica-se, sim, o fato de que um assalto está ocorrendo, processo que ativa na memória semântica as informações relativas ao que ocorre normalmente durante um evento desse tipo. Além disso, são codificados elementos dispersos relativos ao lugar, aos objetos e às pessoas, mas nem tudo é registrado, muita coisa se perde. Se houver uma arma, por exemplo, a atenção será concentrada nela e suas características provavelmente serão lembradas de forma clara (no que se reconhece como weapon effect), em detrimento de outros elementos, sobre os quais a atenção não se detém. Muitas vezes a testemunha sabe recordar perfeitamente a arma do delito, mas não consegue identificar quem a segurava, ainda que o lineup seja conduzido de forma correta"*. MAZZONI, Giuliana. Crimes, testemunhas e falsas recordações. Revista Viver Mente & Cérebro. São Paulo, ano 1, n.149, jun. 2005. p. 81. No mesmo sentido, o relatório Innocence Project Brasil (2020, p.7-8) depreende que *"vítimas de crimes praticados com armas de qualquer tipo tendem a focar no objeto que as ameaça, o que prejudica o registro de outros elementos da dinâmica criminoso, até mesmo o do rosto do autor"*.

⁹²MATIDA, J.; CECCONELLO, W. W. Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, [S. l.], v. 7, n. 1, p. 409, 2021. DOI: 10.22197/rbdpp.v7i1.506. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/506>. Acesso em: 9 out. 2023..

É, portanto, um procedimento falho, que implica em alto grau de sugestionabilidade e risco de falsos reconhecimentos.

Já o álbum de suspeitos, consiste na apresentação de uma pluralidade de suspeitos, sendo exibido à vítima ou testemunha um álbum com inúmeros indivíduos previamente selecionados pela autoridade policial⁹³. A ausência de critérios quanto à composição dos álbuns de suspeitos demonstra, inegavelmente, a seletividade do direito penal⁹⁴. Caso que merece citação é o de Tiago Vianna Gomes, conforme advertem MATIDA e CECCONELLO:

Em recente decisão de HC 619.327/RJ, o Superior Tribunal de Justiça, sob relatoria do Min. Sebastião Reis Junior, pôs um fim à injusta condenação de Tiago, condenado por roubo a mão armada de uma motocicleta, ocorrido em 2017. Tampouco no caso de Tiago pode-se indicar a partir de que momento sua fotografia passou a integrar um dos álbuns de suspeitos então exibido à vítima. Fato é que, como não há controle dos critérios para ingresso, nem do momento a partir do qual a autoridade policial tem a obrigação de exclusão, apesar de ser absolvido por um processo de receptação (anterior ao processo de roubo), a foto de Tiago continuou a ser reiteradamente exibida a vítimas aleatórias, a despeito de que houvesse discrepância entre as características do culpado descritas pelas vítimas e as de Tiago. Era uma questão de tempo para que o procedimento do álbum, sugestivo por excelência, gerasse seus 'frutos'. Tiago foi reconhecido nada menos que oito vezes⁹⁵.

Merecem destaque, ademais, as considerações dadas pelo Superior Tribunal de Justiça acerca do lapso temporal quanto ao reconhecimento fotográfico, declarando a sua nulidade quando o hiato temporal for muito grande, verbis:

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. DEPOIMENTO DA VÍTIMA. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO E PESSOAL. ÚNICOS ELEMENTOS DE PROVA. CONTRADIÇÕES E INCONSISTÊNCIAS AFERÍVEIS, PRIMO ICTU OCULI. DESNECESSIDADE DE REEXAME DO ACERVO

⁹³ Idem. p. 418.

⁹⁴ Matida e Cecconello ilustram essa seletividade através do caso de Luiz Carlos da Costa Justino, um violoncelista da Orquestra da Grota: "*Justino foi abordado depois de uma apresentação na região das Barcas, em Niterói (Rio de Janeiro). É possível perceber, em realidade, a sucessão de arbitrariedades presentes no caso, já que tampouco se pode compreender o que, exatamente, Justino fazia, que pudesse ter sido interpretado como 'atitude suspeita'. Abordado após o término de sua apresentação musical, Justino foi conduzido à delegacia em razão de mandado de prisão preventiva expedido por um roubo de celular e dinheiro ocorrido em 2017. Sua participação em ação realizada por quatro pessoas foi determinada pela seleção de sua foto num álbum de suspeitos*". Ocorre que Justino era primário, gozava de bons antecedentes, não tinha qualquer passagem pela polícia e mesmo assim, integrava o álbum de suspeitos, conforme aponta o magistrado André Nicolitt em habeas corpus deferido em favor de Justino (TJRJ, Comarca de São Gonçalo, Proc. n. 0021082-75.2020.8.19.0004, p. 5). in MATIDA, J.; CECCONELLO, W. W. Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, [S. l.], v. 7, n. 1, p. 409, 2021. DOI: 10.22197/rbdpp.v7i1.506. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/506>. Acesso em: 9 out. 2023.

⁹⁵ Idem. p. 419. acesso em 09/10/2023.

PROBATÓRIO. DÚVIDA RAZOÁVEL. IN DUBIO PRO REO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Desde que respeitadas as exigências legais, o reconhecimento de pessoas pode ser valorado pelo Julgador. Isso não significa admitir que, em todo e qualquer caso, a afirmação do ofendido de que identifica determinada pessoa como o agente do crime seja prova cabal e irrefutável. Do contrário, a função dos órgãos de Estado encarregados da investigação e da acusação (Polícia e Ministério Público) seria relegada a segundo plano. O Magistrado, por sua vez, estaria reduzido à função homologatória da acusação formalizada pelo ofendido.

2. Consoante jurisprudência desta Corte, o reconhecimento positivo, que respeite as exigências legais, portanto, "é válido, sem, todavia, força probante absoluta, de sorte que não pode induzir, por si só, à certeza da autoria delitiva, em razão de sua fragilidade epistêmica" (STJ, HC n. 712.781/RJ, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 15/3/2022, DJe de 22/3/2022).

3. O reconhecimento de pessoas que obedece às disposições legais (o que não as observa é nulo, consoante jurisprudência pacífica desta Corte) não prepondera sobre quaisquer outros meios de prova (confissão, testemunha, perícia, acareação, etc.); ao contrário, deve ser valorado como os demais.

4. **Há diferentes graus de confiabilidade de um reconhecimento. Se decorrido curto lapso temporal entre o crime e o ato e se a descrição do suspeito é precisa, isenta de contradições e de alterações com o passar do tempo - o que não ocorre no caso em tela - a prova, de fato, merece maior prestígio. No entanto, em algumas hipóteses o reconhecimento deve ser valorado com maior cautela, como, por exemplo, nos casos em que já decorrido muito tempo desde a prática do delito, quando há contradições na descrição declarada pela vítima e até mesmo na situação em que esse relato porventura não venha a corresponder às reais características físicas do suspeito apontado.** (HC n. 769.783/RJ, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 10/5/2023, DJe de 1/6/2023.)

Reconhecendo a problemática ínsita à redação do art. 226 do CPP, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) propôs um grupo de trabalho acerca do reconhecimento de pessoas, sob a batuta do Ministro Rogério Schietti, buscando não somente realizar um diagnóstico de como esse meio de prova vem sendo empregado no Brasil, mas também sugerir eventuais mudanças legislativas com a finalidade de adequá-la a uma nova sistemática suscitada por estudos multidisciplinares, bem como harmonizá-la com a principiologia constitucional do processo penal⁹⁶.

⁹⁶ A nova redação do art. 226, proposta pelo grupo de trabalho, seria esta: "Art. 226. Sempre que houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma: I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento: a) será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida, devendo-se observar o uso de relato livre e de perguntas abertas, vedado o uso de perguntas que possam induzir ou sugerir a resposta; b) será perguntada sobre a distância aproximada a que esteve do autor do delito, o tempo aproximado durante o qual visualizou o rosto daquele, bem como as condições de visibilidade e iluminação no local e a distância aproximada que estava do fato; c) será perguntada se alguma pessoa apontada como potencial autor do delito lhe foi anteriormente exibida pela autoridade policial ou se, de qualquer modo, teve acesso ou visualizou previamente alguma imagem desta. II - antes de iniciar o procedimento de reconhecimento, a vítima ou testemunha será instruída de que: a) o autor do delito pode ou não estar entre aqueles que serão apresentados; b) após observar as pessoas apresentadas, ela poderá reconhecer uma destas, bem como não reconhecer quaisquer delas; c) as investigações irão continuar independentemente de uma pessoa ser

Inicialmente, reconheceu-se que, devido ao elevado grau de subjetividade desse meio de prova, há necessidade de maior acautelamento no seu uso, sobretudo com base na chamada Psicologia do Testemunho. Nesse sentido, o Grupo de

reconhecida. III – o potencial autor do fato será apresentado com, no mínimo, outras quatro pessoas alheias ao fato investigado, que atendam à descrição dada pela testemunha ou pela vítima e sejam concretamente semelhantes, de modo que a pessoa cujo reconhecimento se pretender não se destaque das demais; IV – no caso de alinhamento simultâneo, as pessoas submetidas ao reconhecimento devem ser apresentadas em conjunto; no caso de alinhamento sequencial, as pessoas devem ser exibidas uma a uma, pelo mesmo período de tempo; V – nos delitos cometidos por vários autores, devem ser utilizados múltiplos alinhamentos, com apenas uma pessoa a ser reconhecida em cada procedimento e sem repetição das demais; VI – o reconhecimento por meio de alinhamento de fotografias será feito na impossibilidade, devidamente justificada, de realização do reconhecimento presencial, e deverá observar, além dos requisitos pertinentes àquela modalidade, que: a) todas as fotos possuam iluminação e resolução similar, posicionamento padronizado e apresentem expressão facial semelhante; b) as vestimentas dos integrantes do alinhamento podem variar, desde que a pessoa a ser reconhecida não seja a única utilizando roupas iguais às descritas pela testemunha ou vítima, vedado que o potencial autor do delito seja exibido com uniforme prisional, sob uso de algemas ou em outra condição que denote estar sob custódia; c) se a fotografia da pessoa a ser reconhecida contiver marcas ou sinais característicos, como cicatriz ou tatuagem, a região respectiva da imagem deverá ser coberta ou borrada em todas as fotografias exibidas; d) no caso de reconhecimento positivo, todas as fotografias utilizadas no procedimento deverão ser juntadas aos autos, com a respectiva indicação da fonte de sua extração e data do registro fotográfico. VII - a autoridade providenciará para que a pessoa a ser reconhecida não veja aquela chamada para fazer o reconhecimento; VIII - após a resposta da testemunha ou da vítima quanto a ter reconhecido ou não alguma das pessoas apresentadas, será solicitado que aquela indique, com suas próprias palavras, o grau de confiança de sua resposta, o que será devidamente reduzido a termo, utilizando-se suas próprias palavras, e sendo-lhe vedada qualquer tipo de informação acerca de seu reconhecimento ter ou não correspondido à expectativa por parte da autoridade pública; IX - do ato de reconhecimento será lavrado auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais, devendo nele constar declaração expressa de que todas as formalidades previstas neste Código foram cumpridas; X - é proibida a realização de procedimento de reconhecimento, seja presencial ou fotográfico, com exibição apenas da pessoa cujo reconhecimento se pretender ou por meio de consulta a “álbum de suspeitos” e, na hipótese de descumprimento dessa regra, é defeso realizar novo reconhecimento com a mesma pessoa, ainda que por meio de procedimento conforme a lei; XI – o procedimento do reconhecimento deverá ser conduzido por autoridade ou funcionário que não saiba qual das pessoas apresentadas é aquela cujo reconhecimento se pretende; XII - todo o procedimento de reconhecimento, incluindo a etapa em que é feita a descrição do autor do delito, será documentada mediante gravação audiovisual, sendo o armazenamento e a respectiva manipulação da gravação realizados em acordo com as regras de preservação da cadeia de custódia da prova. §1º A inobservância do procedimento previsto no presente artigo implicará a inadmissibilidade do reconhecimento positivo como elemento de informação ou de prova. § 2º Deve ser consignada no auto de que trata o inciso VIII deste artigo a raça autodeclarada da pessoa que tiver que fazer o reconhecimento, bem como a raça autodeclarada da pessoa eventualmente reconhecida e das demais pessoas sujeitas ao alinhamento. §3º O reconhecimento de pessoa, especialmente o realizado por meio de fotografia, deverá ser corroborado por outros elementos externos de prova, não sendo suficiente, por si só, para a decretação de medidas cautelares pessoais, para o recebimento de denúncia ou queixa, para a decisão de pronúncia no procedimento do Júri ou para a prolação de sentença condenatória. §4º O disposto no inciso VII do caput deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento, salvo se a presença do réu estiver a causar humilhação, temor ou sério constrangimento à testemunha ou à vítima. §5º A pessoa cujo reconhecimento se pretender possui o direito de estar acompanhada de defensor constituído ou nomeado para o ato durante todo o processo de reconhecimento pessoal ou fotográfico, bem como durante os procedimentos sucessivos desse ato originário, nos termos da legislação vigente. §6º No caso de superveniência de sentença absolutória transitada em julgado, a fotografia do acusado deverá ser excluída imediatamente de eventuais registros para fins criminais. §7º As formalidades do procedimento de reconhecimento de pessoas constituem elemento essencial do ato, nos termos do art. 564, IV.

Trabalho propôs uma mudança na redação do art. 226, reputando a atual dicção demasiadamente lacunosa e desatualizada. Nesse sentido, admite-se que:

Mesmo esse procedimento menos detalhado e rigoroso é continuamente desrespeitado, admitindo-se como reconhecimento práticas vulgares de identificação que escapam a qualquer controle técnico ou legal. A ausência de critérios seguros, precisos e de simples assimilação para identificar com segurança possíveis responsáveis por delitos no sistema de justiça criminal é, nesse sentido, surpreendente. Como resultado, uma dupla injustiça se torna frequente: de um lado, inocentes são condenados com base em reconhecimento precários; de outro, os verdadeiros autores de crimes escapam do processo formal de atribuição de responsabilidade penal⁹⁷.

Com efeito, o estudo do CNJ coligiu os principais entraves à adequação constitucional do procedimento de reconhecimento de pessoas e coisas, traduzindo-se em cinco eixos, quais sejam: (i) sugestionabilidade do responsável pelo reconhecimento; (ii) irrepetibilidade do procedimento; (iii) diminuição da pressão sobre vítimas e testemunhas; (iv) o estrito cumprimento de certas formalidades no alinhamento de pessoas; (v) a garantia do direito ao contraditório em relação a todo o processo⁹⁸.

Nesse diapasão, considerando os elementos da subjetividade e o alto grau de sugestionabilidade desse meio de prova, aduz-se que o reconhecimento pessoal:

Muito mais que um ato processual é um complexo ato psicobiológico, chamado de processo mnemônico, o qual se dá na seguinte ordem: aquisição à retenção à recordação. Vários são os fatores responsáveis pela deterioração da lembrança, sendo que os dois principais são: 1) o intervalo até a retenção (a diminuição da precisão da lembrança se deve ao esquecimento normal, o qual é mais rápido após a aquisição e antes da retenção, tornando-e mais lento em seguida) e 2) as informações obtidas após o ocorrido (durante o intervalo entre a aquisição e a retenção, ou mesmo após a retenção, a testemunha está exposta a novas informações sobre o acontecimento presenciado, por exemplo, por comentários posteriores de outras testemunhas, os quais criarão problemas para distinguir entre a informação original e a incorporada posteriormente). Quanto ao primeiro fator de deterioração da lembrança não há muito a que discorrer, aplicando tão somente uma regra aritmética para a qual a relação entre o tempo e a lembrança são inversamente proporcionais, ou seja, quanto maior o tempo transcorrido entre o fato e o momento da recuperação desta informação na memória, menor e pior será a lembrança. No tocante à contaminação da memória por informações externas, devemos afirmar que frequentemente a informação posterior ao evento, recebida pela testemunha ou pela vítima, lhes é proporcionada durante a tomada da declaração pelo sujeito (policia)

⁹⁷<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/12/relatorio-final-gt-sobre-o-reconhecimento-de-pessoas-conselho-nacional-de-jusica.pdf>. (acessado em 16/09/2023) p.109

⁹⁸Segundo o estudo, a sugestionabilidade do responsável pelo reconhecimento *"reforçada por determinações pessoais ou ambientais, agrava o índice de reconhecimentos equivocados, produzindo maior número de falsos positivos"*.

que está incumbido da investigação e, ainda que inconscientemente, ele conduz o depoimento na direção que melhor condizer com seu preconceito sobre o deslinde dos fatos. Assim, as perguntas que obedeçam a determinados interesses parciais, baseadas em premissas falsas e em expectativas do entrevistador, podem distorcer, seriamente, a lembrança dos fatos, por uma testemunha⁹⁹.

5. PSICOLOGIA E PROCESSO PENAL

Segundo o estudo *Avanços Científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses*, a memória pode ser definida como *"o conjunto de processos que permitem manipular e compreender o mundo"*, passando por três etapas: codificação, armazenamento e recuperação¹⁰⁰.

A formação da memória está intimamente ligada a aspectos sócio-culturais, conforme apontam FIORELLI e MANGINI (2020), cuja análise aponta a existência de um componente cultural na memória, afirmando que:

Pessoas em sociedades ou grupos familiares de cultura oral (os conhecimentos passam de uma geração para outra por meio de relatos) lembram-se melhor do que ouvem do que daquilo que leem¹⁰¹.

⁹⁹DOMINGUES, Alexandre de Sá; Rezende, Rodrigo de Souza. A fragilidade do reconhecimento pessoal como única prova para a condenação penal. Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n. 210, mai. 2010, p. 11.

¹⁰⁰A codificação, conforme definido no estudo, consiste na *"transformação do fato vivenciado (estímulos) em uma forma que possa ser retida pelo nosso cérebro (sistema cognitivo)"*, dependendo, pois, da forma como a pessoa vai haurir o evento e do decorrente processo de significação por ela. Esse processo está permanentemente sujeito aos influxos externos e internos. O armazenamento, ao seu turno, representa a *"etapa de retenção da informação codificada, se essa lembrança é considerada importante para a pessoa ela é armazenada na memória de longo prazo, estando disponível para ser recuperado por ela. A memória armazenada está sujeita a perdas e distorções, em função do que ocorre após o evento ser codificado e armazenado"*. A recuperação, em derradeiro, traduz-se no processo de busca da informação anteriormente armazenada, seja através da recordação ou do reconhecimento. Assim, *"a etapa de recuperação corresponde ao momento quando as testemunhas são chamadas para prestar seu depoimento ou realizar um reconhecimento. No caso do testemunho, a recuperação da memória pode se dar através da recordação (seja livre ou com pistas, bem como através do reconhecimento). (...) Já o ato de reconhecimento envolve o processo de comparar a memória do assaltante com o(s) indivíduos(s) apresentados, seja pessoalmente ou por fotografia"*. http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf (acessado em 16/09/2023).

¹⁰¹FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. Psicologia Jurídica. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 42.

A questão cultural também relaciona-se aos aspectos de condição racial quando da apresentação dos suspeitos às vítimas ou testemunhas:

Pesquisas apontam que as pessoas possuem mais dificuldade em identificar indivíduos de outra raça, pois, via de regra, estão mais habituadas a identificar os detalhes fisionômicos dos seus semelhantes; em procedimentos de reconhecimento, a diferença racial entre as pessoas que são colocadas em lineup pode ser determinante para sugerir a vítima, levando-a a escolher alguém pré-determinado¹⁰².

Mais do que isso, o processo mnemônico é quase que dialético: rememoramos fatos vivenciados e sob essa memória, retornamos novamente ao passado, cotejando com aquilo que supomos lembrar, formando um sistema de memória sob memória. Fisiologicamente, a memória é explicada com o seguinte teor:

A formação de memórias é acompanhada pela modificação das sinapses, os contatos entre neurônios; a ativação das sinapses modificadas entre os neurônios interconectados faz ressurgir as lembranças aí impressas. As memórias são guardadas sob a forma de modificações nas relações específicas entre os neurônios, e não como alterações em moléculas ou neurônios específicos para a memória¹⁰³.

No que diz respeito ao nosso estudo, reputamos existir, entre nós, uma falsa compreensão acerca da memória, muito difundido e incorporado às nossas práticas no meio jurídico, de que ela funciona como um aparelho fotográfico, registrando os fatos como eles foram, com perfeito grau de exatidão. Ao revés:

A memória humana não é uma máquina com imagens guardadas como em um álbum de fotos, nem tampouco uma filmadora que registra os eventos de forma que possam ser exibidos como um filme. A memória é construída através da combinação de informações oriundas de diversos tipos de fontes, que podem influenciar (de forma positiva ou negativa), quando o objetivo do indivíduo é recordar alguma coisa¹⁰⁴.

No mesmo sentido, sinaliza MATIDA e CECCONELLO (2021):

Segundo o senso comum, sem maiores dificuldades, a memória seria capaz de entregar o conteúdo dos fatos vividos a qualquer momento. No entanto, como amplamente já sinalizado pelos autores deste artigo outros

¹⁰² https://www.innocencebrasil.org/_files/ugd/800e34_dde9726b4b024c9cae0437d7c1f425bb.pdf. p. 7. acessado em 09/10/2023

¹⁰³ FUSTER, J. Arquitetura da rede. Revista Viver Mente e Cérebro: Edição Especial, São Paulo, n.2, 2006. p. 27.

¹⁰⁴ http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf. Acessado em 09/10/2023

pesquisadores (Vieira, 2019; Machado; Moretzsohn; Burin, 2020) definitivamente esta não é uma boa descrição de como a memória humana funciona (Cecconello, Ávila & Stein, 2019). O registro, o armazenamento e a recuperação de seu conteúdo enfrentam dificuldades não desprezíveis. Quanto mais tempo passa do momento em que o fato se deu, por exemplo, maior a probabilidade de descompasso entre o que aconteceu e o que será oportunamente relatado. A qualidade das informações gravadas na memória é degradável, flexível e maleável, não sendo correto esperar que somente sujeitos com problemas cognitivos possam oferecer relatos pouco precisos do que viveram ou testemunharam¹⁰⁵.

Um dos componentes internos mais impactantes na formação da memória, nomeadamente no caso dos crimes, é a emoção vivenciada pela vítima ou testemunha do evento traumático. É de rigor no senso comum de que a por se tratar de um evento com alta carga emocional, aquele que o vivenciou jamais se esquecerá dele, perenizando a lembrança traumática. Como aduz a ciência:

A memória para eventos emocionais costuma ser mais vívida e detalhada, aumentando a tendência das pessoas de terem uma avaliação subjetiva de maior acurácia de sua memória, tornando-as confiantes em demasia nas suas lembranças¹⁰⁶.

Sem embargo disto, o fato delas serem armazenadas com maior vivacidade não traduz-se necessariamente em maior precisão.

A passagem do tempo, sem dúvidas, é a principal externalidade que compromete a memória, influenciando decisivamente na acurácia das informações e lembranças. O resultado do hiato temporal nas reminiscências é a sua inevitável degradação que, graças ao influxo de interferências e sugestionamentos, acabam por perder a sua higidez inicial, modificando-se e até reconfigurando-se fantasiosamente. Nesse sentido:

A gradual deterioração da memória em função da passagem do tempo, aumenta as chances de ela vir a ser contaminada, seja interna ou externamente, produzindo falsas memórias¹⁰⁷.

¹⁰⁵MATIDA, J.; CECCONELLO, W. W. Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, [S. l.], v. 7, n. 1, p. 409, 2021. DOI: 10.22197/rbdpp.v7i1.506. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/506>. Acesso em: 9 out. 2023

¹⁰⁶http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf. p. 21

¹⁰⁷Idem. p. 22. No mesmo sentido, Cristina Di Gesu, afirmando que "o transcurso do tempo é fundamental para o esquecimento, pois além de os detalhes dos acontecimentos desvanecerem-se no tempo, a forma de retenção da memória é bastante complexa, não permitindo que se busque em uma 'gaveta' do cérebro a recordação tal e qual ela foi apreendida. E, a cada evocação da lembrança, esta acaba sendo modificada [...] Destarte, [...] a coleta de prova em um prazo razoável aumenta sua confiabilidade ou, pelo menos, minimiza os danos em relação à falsificação da lembrança". (DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. Porto Alegre: Lumen Juris, 2010. p. 141-142)

Muitas vezes não é necessário nem um hiato de tempo tão grande para a memória falhar, conforme aduz Priscila Ponte:

As falhas da memória podem surgir logo a partir do primeiro momento do processo mnemônico, que é o da aquisição (ou codificação) da informação. Assim é porque as memórias não são guardadas de forma contínua, [...] mas como fragmentos de informações - que podem ser modificados por novas experiências¹⁰⁸.

Eis, portanto, o drama vivenciado pelo processo penal brasileiro: temos que a prova testemunhal é de longe o meio de prova mais utilizado na atividade judicante; *pari passu*, é aquele mais sujeito a influxos externos, manipulações, distorções e inconfiabilidade. Precisa a análise de Aury Lopes Jr., em artigo ao Conjur, afirmando que:

O processo penal acaba por depender, excessivamente, da 'memória' das testemunhas, desconsiderando o imenso perigo que isso encerra. Nossa memória é fragilíssima, manipulável, traiçoeira ao extremo. O mais interessante é ver como o processo acredita na 'memória' em relação a um fato ocorrido há muitos meses (senão até anos), sem perceber que no nosso dia a dia, muitas vezes, sequer somos capazes de recordar o que fizemos no dia anterior... Quantas vezes você chegou em casa a noite e disse: eu não me recordo do que fiz hoje de manhã!¹⁰⁹.

A dramaticidade da falibilidade da memória é agudizada pela incompreensão que nós, operadores do direito, temos dela quando estamos realizando nossa atividade. Confundimos, muitas vezes, o grau de certeza de uma testemunha com a acurácia do depoimento e de sua memória. Muitas vezes aquele depoimento firme, esmerado, consistente e sem tibieza é reputado como merecedor de nossa confiança; lado outro, o testemunho errático, claudicante, com determinada entonação de voz, será considerado pouco crível.

Citando o estudo de BREWER e WELLS (2006), o grupo de pesquisa Avanços Científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses, mostrou que a relação entre o grau de certeza e o rigor

¹⁰⁸PONTE, Priscila Fernandes Miranda Botelho da. Prova testemunhal, falsas memórias e a sugestionabilidade interrogativa. In: LIMA, Joel Corrêa de; CASARA, Rubens R. R. Temas para uma Perspectiva Crítica do Direito: Homenagem ao Professor Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 837.

¹⁰⁹<https://www.conjur.com.br/2014-set-19/limite-penal-voce-confia-memoria-processo-penal-dependedela> (acessado em 24/09/2023).

está entranhado em nosso sistema. Não obstante, buscaram apresentar motivos que distingam acurácia de confiança, vejamo-los:

(a) as pessoas tendem a buscar confirmações de suas hipóteses (viés confirmatório), resultando em super-confiança; (b) julgamentos de incerteza não podem ser feitos de forma pouco confiável, porque não há como ter controle das possibilidades ou cenários que levaram a esse julgamento; (c) a dificuldade que os indivíduos têm em mensurar o seu grau de certeza, baseando-se em uma mera impressão subjetiva; e (d) também, o grau de confiança de que uma pessoa que faz reconhecimento pode ser afetado pelo feedback oferecido por policiais, bem como testemunhas¹¹⁰.

Diante da incompreensão da memória, torna-se cada vez mais inarredável um processo penal interdisciplinar, que congregue a boa prática jurídica com elementos da psicologia e psiquiatria. Imperioso, pois, uma reconstrução da própria sistemática processual penal à luz das novas pesquisas acerca da psicologia do testemunho. Clamando por esse viés multidisciplinar, Luciene Cardoso afirma que:

A prova jurídica, e em especial a testemunhal, traz consigo, inevitavelmente, o seu caráter lógico e axiológico, comportando uma análise psicológica e filosófica. Por isso devem ser rompidos os departamentos estanques que isolam o Direito das ciências, a fim de que os operadores jurídicos possam, ao compreender noções básicas das mesmas, obter uma avaliação fenomenológica mais completa da prova testemunhal¹¹¹.

Feitos apontamentos preambulares acerca da interação entre memória e prova, faz-se necessário abordar um dos assuntos mais candentes na processualística do testemunho: as **falsas memórias**. Não se deve, num primeiro momento, confundi-las com mentiras, conforme sublinha Janaina Matida e William Cecconello, aduzindo que:

A falsa memória não é uma mentira, não se confunde com a deliberada intenção de faltar com a verdade. Nas falsas memórias, por contaminação do registro, armazenamento ou na tentativa de se recuperar o fato ocorrido, falta correspondência entre o que aconteceu e o que é recordado (Stain, 2019). O fato ocorrido é x, mas a vítima/testemunha, por variáveis que atuam dificultando o registro, o armazenamento ou a recuperação, recorda y e, por isso, relata y. A falsa memória acompanhada da sinceridade do relato provoca um erro honesto; um descompasso entre o relatado e o corrido que é, inobstante, bem intencionado. Na mentira, vale esclarecer, para continuar com o mesmo exemplo do fato x, a vítima/testemunha recorda x e relata

¹¹⁰ http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf. p. 24. Acesso em 09/10/2023/

¹¹¹ CARDOSO, Luciane. Prova Testemunhal: Uma abordagem hermenêutica. São Paulo: LTR, 2001. p. 83

deliberadamente fato y. O descompasso entre o relatado e o experienciado por ela não é bem intencionado, mas desonesto¹¹².

Precisas, nesse sentido, as ponderações de Vitor de Paula Ramos, citado pela jurisprudência pátria, segundo o quem:

A forma mais instintiva de definir a mentira é aquela constante tanto no Código Penal brasileiro quanto no Código Penal espanhol: “fazer afirmação falsa” ou “faltar com a verdade”. Na doutrina, portanto, há vozes afirmando que “mentir em geral envolve dizer algo que é falso”.

Não obstante, tal definição não parece precisa: alguém que detém e acredita em uma informação falsa, pode passá-la adiante sem que isso configure uma mentira. Trata-se do erro honesto. A diferença é sutil, mas visível: alguém que tem uma moeda no bolso e sabe disso mente ao afirmar que não possui uma moeda no bolso. Por outro lado, alguém que tem uma moeda no bolso e não sabe disso não mente, mas comete um erro honesto, ao afirmar que não possui uma moeda no bolso.

O testemunho, portanto, pode ser falso em pelo menos dois modos: mediante mentiras ou mediante erros honestos. É que a mentira ocorre não quando alguém afirma o falso, mas sim quando afirma o que acredita ou sabe ser falso. Afinal, a testemunha não pode ter uma crença sobre algo que acredita ser falso (o que seria uma contradição lógica), mas pode expressar algo em que não acredita. E isso é mentir.

Via de regra faz-se, no direito, uma contraposição indevida entre verdade e mentira. Habitualmente, afinal, tem-se que o contrário de estar mentindo é estar falando a verdade. Não obstante, como mencionado, nem sempre que a informação dada pela testemunha (ou por qualquer outra pessoa) não corresponder ao que efetivamente ocorreu haverá mentira.

O direito, em outras palavras, não faz, em geral, uma diferenciação essencial, entre dois pares de antônimos: verdade e inverdade, e mentira e sinceridade. Do ponto de vista da verdade e da inverdade, será inverídica a informação/recordação que não corresponder ao que realmente ocorreu, e será verídica aquela que corresponder. Do ponto de vista da mentira, por sua vez, essa tem seu contrário na sinceridade, que tem a que ver com a memória do sujeito, não com a realidade: grosso modo, mente quem narra uma versão diferente da sua memória. É sincero quem narra uma versão igual à sua memória.

É possível, portanto, que a testemunha tenha percebido de maneira equivocada o que ocorreu, de modo que, nesse caso, seu depoimento conterá informações inverídicas, não correspondentes à realidade (mas nem por isso haverá mentira). Isso porque a testemunha narra, supostamente a partir de uma recordação. A narrativa pode corresponder ou não à recordação, e a recordação pode ou não corresponder à realidade. São passos diferentes. Pode inclusive dar-se, destarte, situação em que o sujeito esteja mentindo (na medida em que está declarando possuir uma memória diferente daquela que, na verdade, possui), mas falando a verdade (na medida em que a sua narrativa corresponde à realidade, isto é, ao que realmente ocorreu). A narrativa não corresponderá à recordação (mentira), mas acabará coincidindo com a realidade (veracidade). (RAMOS, Vitor Lia de Paula. Prova testemunhal: do subjetivismo ao objectivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e epistemologia. 2018. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Universitat de Girona, Porto Alegre e Girona, 2018, p. 66-67, destaquei) in (AgRg no HC n.

¹¹²MATIDA, J.; CECCONELLO, W. W. Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, [S. l.], v. 7, n. 1, p. 409, 2021. DOI: 10.22197/rbdpp.v7i1.506. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/506>. Acesso em: 9 out. 2023.

730.232/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 19/12/2022, DJe de 21/12/2022.)

No mesmo sentido, esclarece-se que:

As falsas memórias não são mentiras ou fantasias das pessoas; elas são semelhantes às memórias verdadeiras, tanto no que tange a sua base cognitiva quanto neurofisiológica. No entanto, diferenciam-se das verdadeiras pelo fato de que as Falsas Memórias serem compostas, no todo ou em parte, por lembranças de informações ou eventos que não ocorreram na realidade. É um fenômeno fruto do funcionamento normal, não patológico, de nossa memória¹¹³.

Em magistral análise acerca das Falsas Memórias, Lilian Stein, Carmen Neufeld e Priscilla Brust fazem um breve histórico da evolução dos estudos das falsas memórias, sublinhando o conceito foi encetado na transição do século XIX para o século XX, através de pesquisas em alguns países europeus, tendo como leading case o estudo de um homem chamado Louis, em Paris, que alegava lembra-se de acontecimentos que nunca haviam ocorrido, levando o psiquiatra Theodule Ribot, em 1881, a usar pela primeira vez o termo falsas lembranças¹¹⁴.

Sustentam as autoras que as falsas memórias ocorrem devido a distorções endógenas, quanto por informações errôneas oferecidas no ambiente externo, ocorrendo tanto devido a uma distorção endógena, quanto por uma falsa informação oferecida pelo ambiente externo. Em suma, a memória está sujeita a distorções oriundas de processos externos e internos¹¹⁵. Nesse diapasão e em conformidade com que aponta o relatório Innocence Project Brasil (2020):

¹¹³NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreendendo o Fenômeno das Falsas Memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky; et. al..Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 36. No mesmo sentido, aduz Aury Lopes Jr. que *"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"*. https://www.conjur.com.br/2014-set-19/limite-penal-voce-confia-memoria-processo-penal-depender-de-la#_ftnref1 (acessado em 24/09/2023).

¹¹⁴NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreendendo o Fenômeno das Falsas Memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky; et. al..Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 23.

¹¹⁵Através do entendimento do processo de formação das falsas memórias, as autoras classificam-nas em espontâneas e sugeridas. As primeiras resultam das distorções internas, endógenas. São, segundo as autoras, também *"denominadas autossugeridas, ocorrem quando a lembrança é alterada internamente, fruto do próprio funcionamento da memória, sem interferência de uma fonte externa à pessoa. Neste caso, uma inferência ou interpretação pode passar a ser lembrada como parte da*

Apesar de ser intuitivo, é importante pontuar que a habilidade de identificar outra pessoa é diretamente impactada por elementos como iluminação do local no momento dos fatos; a eventual existência de contato prévio entre suspeito e a vítima ainda que se tenham visto uma única vez, também pode ser determinante para influenciar um reconhecimento positivo; o tempo de duração do evento criminoso é mais um fator que impacta a capacidade de realizar um reconhecimento. Um roubo pode levar apenas alguns segundos, enquanto um sequestro pode implicar o contato entre a vítima e o autor por diversos dias.

Mas, afinal, o que explicaria o fenômeno das falsas memórias? Segundo STEIN, BRUST e NEUFELD (2010), três modelos teóricos ascenderam com o objetivo de explicar os mecanismos responsáveis por elas: o paradigma construtivista, a teoria do monitoramento da fonte e a teoria do traço difuso.

O chamado paradigma construtivista busca conferir unicidade sistêmica à memória, reputando-a como sendo paulatinamente construída a partir das interpretações que fazemos dos eventos vivenciados. Nesse sentido:

A memória resultante do processo de construção seria aquilo que as pessoas entendem sobre experiência, seu significado, e não a experiência propriamente dita (Bransford e Franks, 1971). Segundo esse Paradigma, a memória construtiva: cada nova informação é compreendida e reescrita (ou reconstruída) com base em experiências prévias¹¹⁶. Assim, sua explicação na formação das falsas memórias deriva do desdobramento entre duas subdivisões: a teoria construtivista, segundo a qual "uma informação nova é integrada a informações prévias que o indivíduo possui, podendo distorcer ou sobrepor-se à memória inicial e assim gerar uma falsa memória", ou, então, pela denominada teoria dos esquemas, que explica as falsas memórias "como resultado do processo de compreensão de uma nova informação, conforme os esquemas mentais pré-existentes de cada indivíduo"¹¹⁷.

informação original e comprometer a fidedignidade do que é recuperado". Já em relação às falsas memórias sugeridas, aduz-se que "elas advêm da sugestão de falsa informação externa ao sujeito, ocorrendo devido à aceitação de uma falsa informação posterior ao evento ocorrido e a subsequente incorporação da memória original (Loftus, 2004). Esse fenômeno, denominado efeito da sugestão de falsa informação, pode ocorrer tanto de forma acidental quanto de forma deliberada. Nas FM sugeridas, após presenciar um evento, transcorre-se um período de tempo no qual uma nova informação é apresentada como fazendo parte de um evento original, quando na realidade não faz. Essa informação sugerida pode ou não ser apresentada deliberadamente com o intuito de falsificar a memória. O efeito da falsa informação tende a produzir uma redução das lembranças verdadeiras a um aumento das FM (Brainerd e Reyna)". NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreendendo o Fenômeno das Falsas Memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky; et. al..Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 26.

¹¹⁶ Idem. p. 27

¹¹⁷ NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreendendo o Fenômeno das Falsas Memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky; et. al..Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 26

Para a Teoria do Monitoramento da Fonte, cujo objeto de estudo principal é a influência da fonte de informação, ou seja, da pessoa ou local de onde ela é emanada, e a capacidade que temos de recuperar a memória acerca dessa informação, as falsas memórias advêm justamente da incapacidade de monitoração da realidade vivenciada:

Ocorrem quando cometemos erros no monitoramento ou quando são realizadas atribuições equivocadas das fontes que podem ser resultado da interferência de pensamento, imagens ou sentimentos que são erroneamente atribuídos à experiência original¹¹⁸.

A teoria do traço difuso, por derradeiro, buscando colmatar as lacunas deixadas pelas duas teorias anteriores, advoga que a memória é representada por sistemas distintos, chamados de memória essencial e memória literal. Exemplifica-se, nesse sentido:

As pessoas armazenam separadamente representações literais e de essência de uma mesma experiência, as literais capturam os detalhes específicos e superficiais (p. ex., 'bebeu um guaraná', 'comeu um hambúrguer com queijo'), e as de essência registram a compreensão do significado da experiência, que pode variar em nível de generalidade (p. ex. m 'bebeu um refrigerante', 'comeu um sanduíche'; 'comeu um lanche'). As taxas de esquecimento são diferentes para cada tipo de representação, sendo as memórias de essência mais estáveis ao longo do tempo do que as literais (Brainerd e Reyna, 2005). Portanto, diferentemente das outras teorias abordadas até agora, para a TTD, a memória não é um sistema unitário e sim composto por dois sistemas, nos quais o armazenamento e a recuperação das duas memórias são dissociados¹¹⁹.

¹¹⁸Idem. As autoras explicam: *"Situações em que se realizam simultaneamente duas ou mais tarefas prejudicam o armazenamento e, conseqüentemente, a recuperação de uma informação específica. A atenção do indivíduo está focada em diversos aspectos de ambas as tarefas, impedindo uma identificação confiável da origem da informação. Um julgamento rápido da fonte de informação contribui para um erro de atribuição, ou seja, para a formação de FM. O taxista provavelmente esteve submetido a tarefas de atenção dividida durante o assalto, já que enquanto ouvia as ameaças, continuava dirigindo e prestando atenção no caminho que estava fazendo. Assim, o julgamento da fonte de suas memórias sobre quem eram os assaltantes também pode ter ficado prejudicado"*. p. 32

¹¹⁹As Falsas memórias são divididas em espontâneas e sugeridas. A primeira advém do erro na lembrança de algo que é relativo à essência vivenciada; já a segunda são erros de memória provocados por uma falsa informação apresentada posteriormente ao evento. NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreendendo o Fenômeno das Falsas Memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky; et. al..Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 33-34.

6. O ERRO JUDICIAL NO RECONHECIMENTO DE PESSOAS

A falibilidade da memória, a inobservância de um procedimento correto na maioria dos casos e a falta de robustez probatória, tornam o reconhecimento de pessoas um campo extremamente fértil ao erro judicial¹²⁰. Isto porque o reconhecimento de pessoas forja-se fundamentalmente sob o sistema de variáveis, exigindo, por parte do tomador da prova, uma rigorosa observância no procedimento, buscando, ao mesmo tempo, mitigar o máximo possível as possíveis interferências que surgem quando da tomada desse meio de prova. Nesse sentido, sopesa Caio Badaró Massena:

O conhecimento acumulado sobre as chamadas variáveis do sistema - isto é, aqueles fatores que estão sob controle do sistema de justiça e influem na qualidade do reconhecimento - é bastante amplo. Sabe-se, por exemplo, que as perguntas feitas à testemunha para que ela descreva o suspeito podem interferir em sua memória, daí a necessidade de que se evite perguntas fechadas, optando-se pelo relato livre e, quando preciso, pelas perguntas abertas (Poole e Lindsay, 1995; Demarchi e Py, 2009; Cecconello e Stein, 2020, p. 176); Wells *et al.*, 2020, p. 9-10). São também reconhecidos os efeitos das instruções prévias dadas à pessoa chamada a realizar o reconhecimento, com recomendação de que não lhe sejam fornecidas informações não ditas, bem como seja informada de que a autoridade responsável do ato não sabe quem é o suspeito, que o culpado pode não estar entre as pessoas as quais compõem o alinhamento, que é possível responder 'não sei' e que a investigação continuará ainda que ela não identifique alguém (Wells *et al.* 2020, p. 20). A adoção do procedimento duplo-cego - quando o responsável por conduzir o reconhecimento não sabe quem é o suspeito nem qual sua posição no alinhamento - também é recomendada a fim de evitar informações ou comportamentos sugestivos, ainda que inconscientes (Cecconello e Stein, 2020, p. 181; Valentine e Fitzgerald, 2016, p. 136-137)¹²¹.

Segundo o Innocence Project dos Estados Unidos - uma organização não governamental dedicada a auxiliar juridicamente pessoas que foram incorretamente condenadas -, cerca de 69% dos casos de erros judiciais em que houve revisão criminal após a realização dos exames de DNA foram frutos de uma condenação por reconhecimento equivocado de pessoas¹²².

¹²⁰<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/06022022-Reconhecimento-de-pessoas-um-campo-fertil-para-o-erro-judicial.aspx> - acessado em 3/10/2023.

¹²¹BADARÓ MASSENA, C. Erro judiciário e reconhecimento de pessoas: lições extraídas da experiência brasileira. *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, [S. l.], n. 4, 2023. DOI: 10.33115/udg_bib/qf.i1.22814. Disponível em: <https://revistes.udg.edu/quaestio-facti/article/view/22814>. Acesso em: 9 oct. 2023.

¹²² <https://innocenceproject.org/dna-exonerations-in-the-united-states/> - acesso em 3/10/2023

O reconhecimento de erros judiciais pela Suprema Corte dos EUA, país que possui referência nos estudos da psicologia do testemunho, remonta o ano de 1967, decidindo acerca de três casos, consolidando, dessa forma, o entendimento daquela Corte¹²³. Um ano depois, malgrado não tenha anulado a prova, no caso *Simmons v. United States*, também versando sobre o reconhecimento de pessoas, desta feita considerando a Corte que a memória da vítima foi sugestionada, já que tinha acessado fotos do acusado antes da audiência, demonstra a clara evolução jurisprudencial acerca da psicologia do testemunho e da formação da memória.

Em 1972, no paradigmático caso *Neil v. Biggers*, a Suprema Corte dos EUA assentou posição ao delinear critérios para a avaliação da confiabilidade da prova, admitindo que *"as provas obtidas por um procedimento sugestivo seriam admissíveis se houver um grau de confiança mínimo, constatado a partir das circunstâncias de sua produção"*, elencando, cinco balizas para estabelecer esse grau de confiança: 1) a oportunidade que a vítima/testemunha teve de olhar para o autor do crime; 2) o grau de atenção da vítima; 3) a descrição do autor fornecida antes do reconhecimento do suspeito; 4) o nível de certeza demonstrado no momento do reconhecimento; 5) o tempo transcorrido entre o crime e o reconhecimento¹²⁴.

Conforme o mesmo relatório, cerca de 75% de um total de 365 casos em que o Innocence Project de Nova Iorque atuou para inocentar pessoas injustamente condenadas, tiveram como principal causa de erro judicial o falso reconhecimento¹²⁵. Ademais, segundo dados do *National Registry of Exonerations*, banco de dados que

¹²³ Os casos são *Stovall v. Denno*; *United States v. Wade*; e *Gilbert v. California*. Segundo o relatório do Innocence Project Brasil, publicado em 2020, o primeiro caso é o mais paradigmático por reunir uma série de erros nas variáveis do sistema de reconhecimento. Eis o caso: em 1961, Paul e Frances Behrendt foram atacados por uma pessoa armada de faca. Paul faleceu na hora e Frances foi socorrido com ferimentos graves. A polícia, rapidamente, chegou ao nome de Theodor Stovall, que foi levado ao encontro da vítima, no hospital, para ser reconhecido. Foi apresentado à vítima algemado, ladeado por vários policiais e promotores. Além de ser o único suspeito, era também a única pessoa negra. A vítima reconheceu Stovall como autor do crime e veio a confirmá-lo já diante do Tribunal do Júri. Segundo a Suprema Corte, no entanto, o reconhecimento no hospital foi considerado demasiadamente sugestivo; ademais, o procedimento foi todo equivocado, porquanto dispensava o line-up e apresentava apenas um único suspeito. Sem embargo desses erros procedimentais, a mesma Corte considerou, com base no critério da necessidade, que o procedimento não podia ser considerado nulo, reputando, todavia, que *"o valor do reconhecimento deve ser sopesado em relação às circunstâncias contextuais do caso concreto, de modo a preservar o devido processo legal"*. Em https://www.innocencebrasil.org/_files/ugd/800e34_dde9726b4b024c9cae0437d7c1f425bb.pdf. p. 17-18

¹²⁴ https://www.innocencebrasil.org/_files/ugd/800e34_dde9726b4b024c9cae0437d7c1f425bb.pdf. p. 19. Acesso em 09/10/2023

¹²⁵ <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/12/relatorio-final-gt-sobre-o-reconhecimento-de-pessoas-conselho-nacional-de-jusica.pdf> p. 25. Acesso em 09/10/2023.

colige informações sobre erro judiciários revertidos nos Estados Unidos da América, o reconhecimento errôneo de pessoas reflete a terceira maior fatia de condenações de inocentes no país, representando cerca de 29% do total de casos¹²⁶.

Com o mesmo diapasão, adverte Janaina Matida:

De acordo com o *Innocence Project*, cerca de 70% das condenações sobre as quais a referida iniciativa conquistou revisões criminais deveram-se a falsos reconhecimentos. Trata-se de um dado avassalador. A cada dez condenações de inocentes, sete deveram-se a reconhecimento falso. As práticas probatórias brasileiras não permitem que assumamos qualquer postura otimista quanto aos erros judiciários brasileiros. O reconhecimento realizado sem observância de protocolos capazes de emprestar mínima fiabilidade faz par perfeito com o viés confirmatório que acomete os diversos atores da Justiça criminal (investigadores, acusadores e juízes). Sem entraves institucionais à sua debilidade probatória, o reconhecimento *ad hoc* tem sido bastante para o oferecimento de denúncias, decretação de cautelares, chegando até mesmo a ser suficiente para a condenações com base em visão de túnel¹²⁷.

A trajetória brasileira não fica isolada quando se trata de erros judiciais atinentes ao reconhecimento de pessoas, sobretudo após a *virada jurisprudencial* dada pelo Superior Tribunal de Justiça ao reinterpretar o art. 226 do CPP, em 2020, concedendo mais de 90 habeas corpus desde que a nova exegese foi adotada. A bem da verdade, há uma verdadeira epidemia de irregularidades quando se trata do reconhecimento de pessoas, sobretudo na fase inquisitorial.

Nesse sentido, conforme aduz o HC nº 680416- ES:

No caso concreto, analisado no mencionado precedente, um dos pacientes fora condenado exclusivamente com base no reconhecimento fotográfico, realizado em sede policial (e não confirmado em juízo) por apenas uma das quatro vítimas de roubo perpetrado em restaurante por dois indivíduos que usavam capuz (que tapava a boca e o nariz), deixando apenas os olhos descobertos, e tiveram suas roupas descritas. Todas as testemunhas ouvidas em juízo e na fase inquisitiva admitiram que não podiam reconhecer, com a certeza necessária, os autores dos fatos, mas foram unânimes em afirmar que o assaltante possuía cerca de 1,70m, enquanto o paciente cujo reconhecimento fotográfico era contestado media 1,95m

[...]

Em seguida, o Relator ponderou que o reconhecimento efetuado pela vítima, em sede inquisitorial, não constitui evidência segura da autoria do delito, dada a falibilidade da memória humana, que se sujeita aos efeitos tanto do esquecimento, quanto de emoções e de sugestões vindas de outras pessoas que podem gerar “falsas memórias” (fenômeno esse documentado em

¹²⁶ https://www.innocencebrasil.org/_files/ugd/800e34_dde9726b4b024c9cae0437d7c1f425bb.pdf. p. 4 Acesso em 03/10/2023

¹²⁷ <https://www.conjur.com.br/2020-set-18/limite-penal-reconhecimento-pessoas-nao-porta-aberta-seletividade-penal> - acessado em 03/10/2023

estudos acadêmicos respeitáveis), além da influência decorrente de outros fatores, como, por exemplo, o tempo em que a vítima esteve exposta ao delito e ao agressor (tempo de duração do evento criminoso); o trauma gerado pela gravidade do fato; o tempo decorrido entre o contato com o autor do delito e a realização do reconhecimento; as condições ambientais (tais como visibilidade do local no momento dos fatos); estereótipos culturais (como cor, classe social, sexo, etnia etc.).

Observou, ainda, que “se revela frágil e perigosa a prova decorrente do reconhecimento pessoal quando se realiza por exibição ao reconhecedor de fotografia do suspeito, quase sempre escolhida previamente pela autoridade policial, quer por registros já existentes na unidade policial, quer por imagens obtidas pela internet ou em redes sociais. E, mesmo quando se procura seguir, com adaptações, o procedimento indicado no CPP para o reconhecimento presencial, não há como ignorar que o caráter estático, a qualidade da foto, a ausência de expressões e trejeitos corporais e a quase sempre visualização apenas do busto do suspeito comprometem a idoneidade e a confiabilidade do ato” (destaques do original).

Tendo em conta os variados elementos capazes de mitigar ou alterar drasticamente a confiabilidade do reconhecimento do autor do delito, o Min. Schietti manifestou seu convencimento no sentido de que “O valor probatório do reconhecimento, portanto, deve ser visto com muito cuidado, justamente em razão da sua alta suscetibilidade de falhas e distorções. Justamente por possuir, quase sempre, um alto grau de subjetividade e de falibilidade é que esse meio de prova deve ser visto com reserva” (destaques do original).

Ressaltou, entretanto, que “Diferente seria a situação de uma prova de reconhecimento derivada de filmagens de um crime por câmeras de segurança ou de um aparelho celular, das quais se permitiria, com maior segurança, identificar a pessoa filmada durante a ação delitiva, sempre, evidentemente, com o apoio de outras provas, ainda que circunstanciais. Em tais casos, não se trataria de ato de reconhecimento formal, mas de prova documental inserida nos autos, a merecer avaliação criteriosa do julgador” (negrito do original)¹²⁸.

Outro caso alarmante de condenação por reconhecimento de pessoas deu-se no Recurso Especial nº 1914998-SP, revisando acórdão condenatório do TJSP, ocasião em que a vítima disse ter 70% de convicção de que o indivíduo apresentado no reconhecimento era o autor do delito, conforme sustenta o acórdão combatido:

Com efeito, a vítima Caetano, em Juízo, disse não ter convicção para efetuar o reconhecimento do réu, ponderando, contudo, que ele se assemelha a um dos assaltantes (70%).

[...]

A vítima Denise disse que dois rapazes jovens e magros, com capuz e boné na cabeça, passaram ao lado do carro em que a depoente estava e olharam para saber se havia alguém dentro. Nesse momento, pressentiu que seria assaltada. Eles entraram na pizzaria e, logo em seguida, saíram, determinando que a depoente saísse do carro. Ficou em estado de choque e só se preocupava com a vida de seu marido, pois um dos assaltantes estava armado. Nem sequer conseguia sair do carro. A depoente é péssima

¹²⁸https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=135383422&tipo_documento=documento&num_registro=202102205650&data=20210916&formato=PDF&_gl=1*vllmz3*_ga*MjA3OTkzNjI3LjE2OTQ2MDg5ODI.*_ga_F31N0L6Z6D*MTY5NjMzOTg0OS4xNS4wLjE2OTYzMzk4NDkuNjAuMC4w - acesso em 03/10/2023

fisionomista, ao contrário de seu marido, que reconheceu o acusado quando um vizinho mostrou a ele a fotografia do réu, logo após este ter causado um acidente que resultou na morte de outro vizinho (mídia audiovisual).

A vítima José, proprietário da pizzaria, disse que um rapaz armado entrou no estabelecimento e anunciou o assalto. Não consegue identificar o réu como sendo o assaltante, pois ele ficou de costas para o depoente

[...]

É compreensível que as demais vítimas não poderiam reconhecer o acusado, pois uma delas não viu seu rosto e a outra, diante do estado psicológico que a acometeu no momento do crime, ao ver seu marido sendo subjugado com arma de fogo apontada para sua cabeça, somente se preocupou com ele e não com a aparência do réu.

Portanto, respeitado o entendimento externado pelo preclaro Juiz sentenciante, a autoria do crime atribuída ao apelado ficou bem e suficientemente demonstrada seja porque a vítima Caetano reconheceu o réu como autor do roubo, na delegacia, por fotografia, sem esboçar qualquer dúvida; seja porque em Juízo o ofendido Caetano reafirmou ter reconhecido a fotografia do réu naquela oportunidade, asseverando, ainda, que o acusado, pessoalmente, é 70% semelhante ao réu, mesmo a audiência tendo sido realizada mais de três anos depois dos fatos; seja porque o denunciado, detido pela prática de outro delito, negou-se a se manifestar sobre a presente acusação, atitude que não se espera de quem se diz inocente (e-STJ, fls. 188-191 - sem grifo no original)¹²⁹.

Há inúmeros casos emblemáticos atendidos pelo Innocence Project no Brasil (2022) que merecem relevo, como o de Antônio Cláudio Barbosa de Castro, acusado falsamente de estupro após ser reconhecido, inicialmente pela voz e posteriormente através de foto nas redes sociais - imagem, esta, que circulou inclusive via whatsapp - por uma menina de 11 anos de idade. Reconhecido, depois disso, por mais sete vítimas e acusado de abusá-las, Antônio foi a julgamento. Na fase processual, as sete vítimas afirmaram não ter mais certeza sobre a autoria e retiraram a acusação; fora, todavia, condenado a 9 anos de prisão pelo estupro da criança de 11 anos.

Ocorre que, após investigação defensiva realizada pelo Projeto, verificou-se uma extrema incompatibilidade entre as características físicas do imputado e aquelas dadas em depoimento pelas vítimas. A perícia fotogramétrica concluiu, nesse sentido, pela impossibilidade de ser Antônio o autor do crime. A condenação foi revertida em 2019, após Antônio passar 5 anos em cárcere.

Silvio José da Silva Marques, lutador de MMA conhecido como Silvio Pantera, igualmente, foi vítima de reconhecimento equivocado, com o agravante de que este

¹²⁹https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=127096425&tipo_documento=documento&num_registro=202100040186&data=20210518&formato=PDF&_gl=1*1lj7c04*_ga*MjA3OTkzNjI3LjE2OTQ2MDg5ODI.*_ga_F31N0L6Z6D*MTY5NjM1MDY2MC4xOC4xLjE2OTYzNTEwOTUuNjAuMC4w - acesso em 03/10/2023.

reconhecimento se deu após a vítima passar 30 dias em coma¹³⁰. Preso na academia em que treinava, distante em mais de 30 km do local dos fatos - condição que não foi aquilatada durante o julgamento - e, a despeito de não ter sido reconhecido por nenhuma das três testemunhas, foi condenado a quase 17 anos de prisão por tentativa de latrocínio. Após 6 anos de prisão, Silvio conseguiu ter sua condenação revista junto ao STJ.

7. CONCLUSÃO

A despeito do nosso Código sabiamente não hierarquizar as provas, sabemos que a praxe forense inclina-se pela utilização de certos meios em detrimento de outros, seja pela facilidade em sua obtenção, seja pelo costume entranhado na microcultura dessa atividade. A prova testemunhal e o reconhecimento de pessoas afiguram-se, nesse sentido, como provas de grande relevo, traduzindo-se, em grande parte dos casos, no único meio de se obter a verdade real dos fatos.

A par disto, reconhece-se que, por serem dependentes da memória, estão sujeitas a elevado grau de falibilidade, inerentes a todo processo de formação mnemônica.

Assim, é possível inquinar a memória de erros, através de externalidades - como a própria luz do ambiente, a maneira como o reconhecimento é apresentado à vítima/testemunha, em descumprimento a certas formalidades que buscam mitigar essa distorção, a sugestionabilidade e induzimento através da sequência de perguntas, o hiato temporal com que a tomada de depoimento é realizado - bem como através do processo interno de formação da memória, afeto a toda gama de variações, como a emoção e o trauma vivenciado pela vítima/testemunha na hora do crime, o desvio de foco durante a prática do crime (efeito foco na arma) e, por fim, as falsas memórias.

¹³⁰<https://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/lutador-de-mma-e-presos-por-esfaquear-e-deixar-mulher-em-coma-07012016> (acessado em 09/10/2023).

O estudo da psicologia do testemunho mostra-se, desta feita, imprescindível a otimização desses meios de obtenção de prova. Primeiro, deve o juiz sentenciante deve aquilatar a prova com parcimônia, reconhecendo que nem sempre o juízo de certeza é verdadeiro por parte da testemunha/vítima, admitindo-se que ela pode estar influenciada por uma falsa memória. Nesse sentido, a prova testemunhal e o reconhecimento devem ser corroborados por outras provas, de modo a mitigar eventuais erros. Não se fala, pois, em subsidiariedade, como alguns doutrinadores sustentam, mas da necessidade de um reforço, um plus probatório, que de densidade e robustez na análise dos fatos.

A segunda recomendação deve ser direcionada ao legislador: há inúmeras sugestões de modificação e reforma do art. 226 do Código de Processo Penal, buscando incorporar parte da moderna visão jurisprudencial e dirimir eventuais erros, listando, através da incorporação de formalidades, num verdadeiro esforço interdisciplinar - ligando o direito à psicologia - métodos e modelos de se obter essa prova sem o elevado grau de sugestionabilidade atual.

É imperioso, pois, que o legislador esteja ciente da atual problemática afeta a psicologia do testemunho, reconhecendo através da experiência brasileira - e, em virtude dos dados, da experiência estadunidense - que a atual sistemática está desarmônica com a hodierna ciência aplicada, necessitando de específica reforma do nosso vetusto Código de Processo Penal.

Reconhecendo que esses meios de obtenção de provas são extremamente comuns em delitos sancionados pela privação de liberdade - redundando em grande sofrimento para o apenado e sua família -, torna-se cada vez mais premente uma aplicação interdisciplinar entre processo penal, psicologia e ciências sociais, buscando minorar eventuais erros e eliminando possíveis injustiças advindas de um reconhecimento errôneo.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 14 ed. Rio de Janeiro: Ed. Método, 2023.

BADARÓ MASSENA, C. **Erro judiciário e reconhecimento de pessoas: lições extraídas da experiência brasileira**. Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio, [S. l.], n. 4, 2023.

BARROSO, L. R. **A viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e as provas ilícitas**. Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 213, p. 149–164, 1998. DOI: 10.12660/rda.v213.1998.47206. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/47206>. Acesso em: 9 out. 2023.

BONFIM, Edilson M. **Curso de processo penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019

CARDOSO, Luciane. **Prova Testemunhal: Uma abordagem hermenêutica**. São Paulo: LTR, 2001.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 8 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2010.

DOMINGUES, Alexandre de Sá; Rezende, Rodrigo de Souza. **A fragilidade do reconhecimento pessoal como única prova para a condenação penal**. Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n. 210, mai. 2010, p. 11.

FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. **Psicologia Jurídica**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2020.

FUSTER, J. Arquitetura da rede. Revista Viver Mente e Cérebro: Edição Especial, São Paulo, n.2, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009

LIMA, Joel Corrêa de; CASARA, Rubens R. R. **Temas para uma Perspectiva Crítica do Direito: Homenagem ao Professor Geraldo Prado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 14 ed. São Paulo: Editora Juspodium, 2023.

LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva Educação, 2023.

MATIDA, J.; CECCONELLO, W. W. **Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, [S. l.], v. 7, n. 1, p. 409, 2021. DOI: 10.22197/rbdpp.v7i1.506. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/506>. Acesso em: 9 out. 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SCHIETTI CRUZ, Rogerio. **Investigação criminal, reconhecimento de pessoas e erros judiciais: considerações em torno da nova jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 9, n. 2, p. 567-600, mai.-ago. 2022.

STEIN, Lilian Milnitsky; et. al.. **Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010,