



FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO
CURSO DE PÓS GRADUAÇÃO *LATO SENSU*
CIÊNCIAS CRIMINAIS

LUIZA GONÇALVES MAIA DA SILVA

**ENCARCERANDO INOCENTES: A INFLUÊNCIA DAS FALSAS
MEMÓRIAS NO RECONHECIMENTO DE PESSOAS COMO
FUNDAMENTO PARA CONDENAÇÕES EQUIVOCADAS**

Salvador

2016

LUIZA GONÇALVES MAIA DA SILVA

**ENCARCERANDO INOCENTES: A INFLUÊNCIA DAS FALSAS
MEMÓRIAS NO RECONHECIMENTO DE PESSOAS COMO
FUNDAMENTO PARA CONDENAÇÕES EQUIVOCADAS**

Monografia apresentada a Faculdade Baiana de
Direito e Gestão como requisito parcial para a
obtenção de grau de Especialista em Ciências
Criminais.

Salvador

2016

LUIZA GONÇALVES MAIA DA SILVA

**ENCARCERANDO INOCENTES: A INFLUÊNCIA DAS FALSAS
MEMÓRIAS NO RECONHECIMENTO DE PESSOAS COMO
FUNDAMENTO PARA CONDENAÇÕES EQUIVOCADAS**

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau de Especialista em Ciências Criminais, da Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação: _____

Nome: _____

Titulação: _____

Nome: _____

Titulação: _____

Salvador, ___/___/2016.

SILVA, Luiza Gonçalves Maia da. Encarcerando inocentes: a influência das falsas memórias no reconhecimento de pessoas como fundamento para uma condenação equivocada. 113 f. 2016. Monografia (Especialização em Ciências Criminais). Faculdade de Baiana Direito. Salvador, 2016.

RESUMO

A pesquisa visa a analisar a correlação entre os estudos da Psicologia e do Direito, a fim de que a questão da influência das falsas memórias no reconhecimento de pessoas possa ser debatida.

Assim, foram tecidas considerações acerca da estruturação da memória e suas implicações, reflexões sobre o sistema processual penal aplicado no Brasil, análises atinentes à prova penal e a contextualização do reconhecimento de pessoas nas modalidades probatórias, ponderações sobre a interdependência entre as falsas memórias e o reconhecimento de pessoas.

A pesquisa revelou que existe uma clara interferência das falsas memórias na sessão de reconhecimento de pessoas, o que pode vir a ocasionar em uma sentença penal condenatória equivocada. Por prejudicar de forma severa as perspectivas do acusado, caberia a reparação estatal tendo em vista a constatação do dano no projeto de vida. Desse modo, restou demonstrada a necessidade de reformulação dos dispositivos penais sobre o referido tema.

Palavras-chave: Falsas memórias, reconhecimento de pessoas, dano ao projeto de vida.

SILVA, Luiza Gonçalves Maia da. Arresting innocents: the influence of false memories in people's recognition as the foundation for a mistaken conviction. 113 p. 2016. Final Paper (Specialist in Criminal Law Degree). Faculdade Baiana de Direito. Salvador, 2016.

ABSTRACT

The study aims to analyze the correlation between of Psychology and Law's studies, so that the question of the influence of false memories in people's recognition can be debated.

Thus, the memory's structure and its implications were analyzed, the criminal justice system applied in Brazil was examined, the correlation between criminal evidence and people's recognition was scrutinized, investigating the interdependence between false memories and the people's recognition.

The study revealed that there is a clear interference of false memories in people's recognition session, which may ultimately result in a criminal judgment mistaken conviction. For harm harshly the prospects of the accused, the State must repair the damage to his life project. Therefore, it has shown the need to reform the criminal provisions on that subject.

Keywords: False memories, personal recognition, life project's damage.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 A MEMÓRIA E SUAS IMPLICAÇÕES	10
2.1 PROCESSOS DE FORMAÇÃO DA MEMÓRIA	11
2.2 ESTRUTURAS DA MEMÓRIA.....	12
2.2.1 O reconhecimento	13
2.2.2 A recordação	13
2.2.3 O esquecimento	15
2.2.3.1 <i>O esquecimento motivado</i>	16
2.3 A MEMÓRIA E O PROCESSO PENAL	18
2.4 AS FALSAS MEMÓRIAS	20
2.4.1 Teorias elucidativas das falsas memórias	23
2.4.1.1 <i>Teoria do traço difuso</i>	24
2.4.1.2 <i>Teoria do paradigma construtivista</i>	25
2.4.1.3 <i>Teoria do monitoramento da fonte</i>	26
2.4.2 Emoções e falsas memórias	26
2.4.3 Humor e falsas memórias	27
3 REFLEXÕES SOBRE O PROCESSO PENAL BRASILEIRO	28
3.1 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS	28
3.1.1 Sistema processual inquisitório	31
3.1.2 Sistema processual acusatório	36
3.1.3 Transição do sistema penal inquisitório para o acusatório	39
3.1.4 Sistema processual brasileiro	42
4 CONSIDERAÇÕES ATINENTES À PROVA PENAL E A ANÁLISE DO RECONHECIMENTO COMO MEIO PROBATÓRIO	48
4.1 PRINCÍPIOS ATINENTES À PROVA PENAL	49
4.1.1 Princípio da garantia da jurisdição	50
4.1.2 Princípio da presunção de inocência	51
4.1.3 Princípio do <i>in dubio pro reo</i>	53
4.1.4 Princípio do contraditório	54
4.1.5 Princípio de ampla defesa	55
4.1.6 Princípio da identidade física do juiz	64
4.1.7 Princípio do livre convencimento motivado do juiz	65
4.2 O RECONHECIMENTO DE PESSOAS E SUA ADEQUAÇÃO NAS CATEGORIAS PROBATÓRIAS	67
4.2.1 O reconhecimento como meio de prova típico	67
4.2.2 O reconhecimento como meio de prova não repetível e a necessidade de sua produção antecipada	68
5 ENCARCERANDO INOCENTES: A INFLUÊNCIA DAS FALSAS MEMÓRIAS NO RECONHECIMENTO DE PESSOAS COMO FUNDAMENTO PARA CONDENAÇÕES EQUIVOCADAS	70
5.1 A “VERDADE REAL” E O PROCESSO PENAL	70

5.2 O RECONHECIMENTO DE PESSOAS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	77
5.2.1 O reconhecimento de pessoas e o uso de fotografias	84
5.2.2 O reconhecimento de pessoas e a psicologia.....	87
5.2.3 Condução da sessão de reconhecimento de pessoas	89
5.3 O RECONHECIMENTO PESSOAL NO PROJETO DE LEI Nº 8.045, DE 2010 ...	91
5.4 O RECONHECIMENTO PESSOAL E AS FALSAS MEMÓRIAS.....	93
5.4.1 Fatores aptos a influenciar o reconhecimento pessoal.....	95
<i>5.4.1.1 A ingerência da duração processual para o reconhecimento de pessoas.....</i>	<i>96</i>
<i>5.4.1.2 A sessão de reconhecimento pessoal e a influência do condutor.....</i>	<i>97</i>
<i>5.4.1.3 O sensacionalismo midiático e a interferência no reconhecimento de pessoas</i>	<i>97</i>
<i>5.4.1.4 Fatores aptos a reduzir a incidência de falsas memórias.....</i>	<i>98</i>
5.5 IMPLICAÇÕES DE UMA CONDENAÇÃO ERRÔNEA E O DANO AO PROJETO DE VIDA	99
6 CONCLUSÃO	103
REFERÊNCIAS.....	111

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho adota como tema o estudo da influência das falsas memórias na modalidade probatória do reconhecimento de pessoas, a qual tem previsão típica no Código de Processo Penal.

Faz-se necessária a análise dos institutos que possam vir a influenciar o julgamento penal, uma vez que o processo penal pode ensejar o aprisionamento de um indivíduo, que influencia diretamente no gozo da sua liberdade.

É imperioso salientar que o tema da pesquisa prevista neste trabalho tem importância tanto acadêmica quanto no campo das relações organizacionais e humanas.

Portanto, tendo em vista a originalidade do assunto discutido neste estudo, bem como considerando a escassez de obras jurídicas especializadas sobre o tema, este trabalho pode ser considerado como uma contribuição para o aumento da discussão jurídica acerca do tema.

Indubitavelmente, toda a legislação penal brasileira tem uma relevância inquestionável, pois este ramo do Direito pode condenar um indivíduo a penas restritivas de direitos ou de liberdade. Nesses termos, o encarceramento de inocentes em virtude de um equívoco no provimento jurisdicional deve ser evitado.

Desse modo, este trabalho de conclusão de curso tem a finalidade de questionar o desconhecimento dos operadores do Direito em relação a conceitos estudados pela Psicologia, uma vez que alguns elementos da mente humana poderiam influenciar o deslinde de um processo penal.

Assim, considerando que existem fatores que podem ocasionar a alteração ou o esquecimento das memórias de um indivíduo, o presente trabalho de conclusão de curso tem a hipótese de afirmar que falsas memórias influenciam no reconhecimento de pessoas de modo a implicar em uma condenação equivocada, o que deve gerar para o Estado a obrigação de reparar tal dano ao indivíduo.

A fim de atingir esse desiderato, o presente estudo tem como objetivo geral demonstrar que o Direito deve levar em consideração conceitos e estudos oriundos de outras áreas, especialmente da Psicologia.

Os objetivos específicos, por sua vez, são em número de três, quais sejam: estudar como o reconhecimento de pessoas é aplicado no Brasil; analisar

criticamente esse instituto relacionando-o com estudos da Psicologia e verificar a possibilidade de ensejo de uma reparação estatal diante de uma condenação equivocada.

Em razão da complexidade do assunto estudado no presente trabalho, pode-se perceber que engloba diversas áreas do conhecimento, quais sejam: Direito Constitucional, Direito Penal e Psicologia Judiciária.

Tendo em vista a necessidade de abranger conteúdos provenientes de disciplinas distintas, este trabalho de conclusão de curso adota o setor metodológico de conhecimento interdisciplinar.

É inevitável dizer que este estudo deve considerar a compreensão do fenômeno jurídico de forma ampla, pois demanda a necessidade do diálogo do campo do Direito com outros ramos do conhecimento. Existe, desse modo, a inevitabilidade de estudar a contextualização do fenômeno jurídico, eis que foram debatidos aspectos históricos, jurídicos e sociais. Assim, a viabilidade deste estudo demandou a adoção de uma vertente jurídico-sociológica.

Esta pesquisa adotou a linha crítico-metodológica, a qual requer a utilização de um viés crítico com relação à realidade. Nesse contexto, o Direito funciona como uma miríade de significados. Assim, a adoção desta linha metodológica é primordial para que se possa analisar a correlação entre o reconhecimento de pessoas e as falsas memórias.

O tema em estudo demanda a escolha de um tipo de raciocínio que envolve análise de diferentes premissas que podem ou não ser comprovadas. Nesse sentido, existe a necessidade de uma confrontação das expectativas com teorias já existentes, a fim de que o problema possa ser solucionado a partir da elaboração de conjecturas que terão a sua falseabilidade comprovada. Nessa toada, o tipo de raciocínio hipotético-dedutivo foi aplicado ao trabalho.

A fim de que a vertente escolhida possa ser concretizada, opta-se por um tipo genérico de investigação jurídico analítico ou jurídico-compreensivo. Assim, levando-se em consideração a complexidade do tema em análise, o problema jurídico foi recomposto em diversos níveis.

Com relação à natureza dos dados, foram considerados como primários: a Constituição da República Federativa do Brasil, o Código de Processo Penal e o Projeto de Lei nº 8.045, de 2010.

Como dados secundários, por sua vez, foram utilizados estudos doutrinários acerca da memória e dos sistemas processuais penais e das teorias probatórias.

Levando-se em consideração o alcance do referido tema, torna-se imprescindível a opção por um estudo universal de abrangência, tendo em vista que os resultados são aptos a atingir difusamente toda a população.

Este trabalho adotou a técnica bibliográfica de pesquisa metodológica. Desse modo, foram consultadas as doutrinas nacional e estrangeira e também uma literatura especializada, as quais podem ser encontradas em acervos públicos ou privados. Foram manuseados, ainda, a legislação vigente e um projeto reformador. Com vistas a auxiliar esse trabalho de pesquisa, a rede mundial de computadores também foi utilizada.

É relevante apontar que, a execução do presente trabalho, como embasamento teórico, utilizou bibliografias nacionais e estrangeiras, bem como artigos científicos e monografias elaboradas sobre o tema. Houve, ainda, a análise minuciosa da legislação nacional atinente ao tema, viabilizando, desse modo, um aprofundamento crítico nos conceitos estudados pela doutrina nacional.

Inicialmente, será feita a análise, de acordo com a Psicologia, da memória e seus institutos. Desse modo, poder-se-á estudar a formação das falsas memórias e a sua possível influência nos trâmites processuais penais brasileiros.

Após, serão estudados os sistemas processuais penais inquisitório e acusatório e a transição entre os mesmos. Serão, ainda, tecidas considerações acerca do sistema processual penal vigente no Brasil e as suas implicações.

Ademais, haverá a exploração de institutos atinentes às provas penais. Além disso, o reconhecimento de pessoas será moldado consoante as categorias probatórias existentes.

Por fim, serão feitas reflexões com relação ao grande mito do processo penal, qual seja o da “verdade real”. Haverá o detalhamento dos dispositivos do Código de Processo Penal relativos ao reconhecimento de pessoas. Caberá, ainda, a alusão aos artigos do Projeto de Lei nº 8.045, de 2010, relacionados ao tema. Será feita, também, a correlação do reconhecimento de pessoas com as falsas memórias, a fim de que seja analisada a possibilidade de ocorrência de sentenças penais condenatórias equivocadas. Nessa toada, analisar-se-á a possibilidade de ensejar o pagamento de indenização por parte do Estado em face ao equívoco no provimento jurisdicional.

2 A MEMÓRIA E SUAS IMPLICAÇÕES

Antes de iniciar o estudo acerca das falsas memórias, é de extrema relevância que sejam tecidas considerações acerca da caracterização, formação e esquecimento da memória.

É preciso entender a memória, uma vez que essa possui um destaque no contexto do processo penal. Em não havendo disponibilidade de realização de provas técnicas, a decisão judicial será exarada levando-se em consideração o testemunho de indivíduos.

A importância do estudo da memória é corroborada com a alusão ao pensamento de Salo de Carvalho, veja-se:

Como força reativa oposta ao esquecimento, a criação da memória torna o homem capaz de gravar na consciência e na ordem psíquica suas promessas (dívidas); fator fundamental para elaborar mecanismos que lhe prendam ao passado. Do contrário, na ausência de rememoração, a possibilidade de cumprimento dos deveres desapareceria, desmantelando-se os vínculos obrigacionais que tornariam possível a convivência (civilização)¹.

Como cediço, a memória tem uma importância salutar, uma vez que sua ausência poderia desencadear alguns problemas de percepção. Quase todas as condutas humanas estão diretamente ligadas à memória, até mesmo em se tratando da realização de assuntos automáticos, triviais².

Os psicólogos caracterizam a memória como uma variação de processos e estruturas que estão implicados no armazenamento e recuperação de experimentações³.

¹ CARVALHO, Salo de. Memória e esquecimento nas práticas punitivas. **Estudos Ibero-Americanos**, Rio Grande do Sul, n. 2, p. 61-85, 2006. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/iberoamericana/article/viewFile/1350/1055>>.

² DAVIDOFF, Linda L. **Introdução à psicologia**. 3. ed. Tradução de Lenke Peres; Revisão técnica de José Fernando Bittencourt Lômaco. São Paulo: Pearson Makron Books, 2001. p 204.

³ DAVIDOFF, Linda L. **Introdução à psicologia**. 3. ed. Tradução de Lenke Peres; Revisão técnica de José Fernando Bittencourt Lômaco. São Paulo: Pearson Makron Books, 2001. p 205.

2.1 PROCESSOS DE FORMAÇÃO DA MEMÓRIA

A formação da memória vai além da absorção de informação e do armazenamento em um compartimento mental⁴, estando ligada a três processos, quais sejam: a codificação, o armazenamento e a recordação.

A codificação é um processo que demanda atenção e nele formar-se-á o chamado código de memória⁵. Assim, é nessa primeira fase que ocorrerá o assimilação do conteúdo, o qual diz respeito ao processo de preparação das informações que serão armazenadas. Nesse ínterim, ocorre a tradução dos conteúdos. Ademais, esse processo também refere-se à questão da aprendizagem deliberada, bem como da percepção. A retenção de conteúdos pode ocorrer em virtude dos próprios sentidos humanos⁶.

Após a codificação, haverá a fase de armazenamento. Esse processo envolve a preservação da informação que foi codificada anteriormente por um certo interregno temporal. O armazenamento não é apto a garantir que a pessoa recorde-se de algo. A fim de atingir esse desiderato, a informação deve ser extraída da memória⁷.

A terceira fase é a recordação, na qual ocorre recuperação das informações que foram codificadas na memória⁸.

⁴ WEITEN, Wayne. **Introdução à psicologia: temas e variações**. Tradução de Zaira G. Botelho, Maria Lúcia Brasil, Clara A. Colotto, José Carlos B. dos Santos, Martha Malvezzi Leal, Elisete Paes Lima; Revisão técnica de Antonio Carlos Amador Pereira, José Mauro Gonçalves Nunes. Edição concisa. São Paulo: Cengage Learning, 2010. p 205.

⁵ WEITEN, Wayne. **Introdução à psicologia: temas e variações**. Tradução de Zaira G. Botelho, Maria Lúcia Brasil, Clara A. Colotto, José Carlos B. dos Santos, Martha Malvezzi Leal, Elisete Paes Lima; Revisão técnica de Antonio Carlos Amador Pereira, José Mauro Gonçalves Nunes. Edição concisa. São Paulo: Cengage Learning, 2010. p 205.

⁶ DAVIDOFF, Linda L. **Introdução à psicologia**. 3. ed. Tradução de Lenke Peres; Revisão técnica de José Fernando Bittencourt Lômaco. São Paulo: Pearson Makron Books, 2001. p 205.

⁷ WEITEN, Wayne. **Introdução à psicologia: temas e variações**. Tradução de Zaira G. Botelho, Maria Lúcia Brasil, Clara A. Colotto, José Carlos B. dos Santos, Martha Malvezzi Leal, Elisete Paes Lima; Revisão técnica de Antonio Carlos Amador Pereira, José Mauro Gonçalves Nunes. Edição concisa. São Paulo: Cengage Learning, 2010. p 206.

⁸ WEITEN, Wayne. **Introdução à psicologia: temas e variações**. Tradução de Zaira G. Botelho, Maria Lúcia Brasil, Clara A. Colotto, José Carlos B. dos Santos, Martha Malvezzi Leal, Elisete Paes Lima; Revisão técnica de Antonio Carlos Amador Pereira, José Mauro Gonçalves Nunes. Edição concisa. São Paulo: Cengage Learning, 2010. p 206.

2.2 ESTRUTURAS DA MEMÓRIA

A teoria moderna – a partir do século XX – da Psicologia acredita que existam três tipos de estruturas de memórias: sensorial, de curto prazo e de longo prazo.

A memória sensorial trabalha com a questão das imagens persistentes. Geralmente, essas imagens podem desaparecer em uma fração de tempo inferior a um segundo, caso não sejam transferidas para a estrutura de memória de curto prazo⁹. A referida transferência da memória sensorial está diretamente ligada ao papel da atenção. A atenção está ligada ao foco com relação a estímulos e eventos¹⁰.

A memória de curto prazo consiste em uma estrutura de capacidade limitada, a qual é capaz de conservar, por pelo menos vinte segundos, uma informação que não foi reprocessada¹¹. Além disso, a memória de curto prazo também possui uma capacidade limitada de armazenamento. Quando está perto de atingir a sua capacidade máxima, a inserção de um novo dado ocasionará o deslocamento de uma informação previamente armazenada¹². Desse modo, a memória de curto prazo pode ser considerada o centro da consciência, pois abrange todos os conhecimentos do ser humano acerca dos pensamentos, de dados, de experiências, dentre outros. Essa estrutura concentra uma quantidade finita de informações em um espaço de tempo. A retenção de informações pode ser efetivada através da repetição¹³.

A memória de longo prazo é uma estrutura com capacidade ilimitada apta a proceder ao armazenamento uma informação por lapsos temporais mais abrangentes. Assim, uma informação é permanentemente armazenada nessa

⁹ DAVIDOFF, Linda L. **Introdução à psicologia**. 3. ed. Tradução de Lenke Peres; Revisão técnica de José Fernando Bittencourt Lômaco. São Paulo: Pearson Makron Books, 2001. p 206.

¹⁰ WEITEN, Wayne. **Introdução à psicologia: temas e variações**. Tradução de Zaira G. Botelho, Maria Lúcia Brasil, Clara A. Colotto, José Carlos B. dos Santos, Martha Malvezzi Leal, Elisete Paes Lima; Revisão técnica de Antonio Carlos Amador Pereira, José Mauro Gonçalves Nunes. Edição concisa. São Paulo: Cengage Learning, 2010. p 209-210.

¹¹ WEITEN, Wayne. **Introdução à psicologia: temas e variações**. Tradução de Zaira G. Botelho, Maria Lúcia Brasil, Clara A. Colotto, José Carlos B. dos Santos, Martha Malvezzi Leal, Elisete Paes Lima; Revisão técnica de Antonio Carlos Amador Pereira, José Mauro Gonçalves Nunes. Edição concisa. São Paulo: Cengage Learning, 2010. p 210.

¹² WEITEN, Wayne. **Introdução à psicologia: temas e variações**. Tradução de Zaira G. Botelho, Maria Lúcia Brasil, Clara A. Colotto, José Carlos B. dos Santos, Martha Malvezzi Leal, Elisete Paes Lima; Revisão técnica de Antonio Carlos Amador Pereira, José Mauro Gonçalves Nunes. Edição concisa. São Paulo: Cengage Learning, 2010. p 210.

¹³ DAVIDOFF, Linda L. **Introdução à psicologia**. 3. ed. Tradução de Lenke Peres; Revisão técnica de José Fernando Bittencourt Lômaco. São Paulo: Pearson Makron Books, 2001. p 206.

estrutura¹⁴. Em razão disso, a memória de longo prazo está relacionada ao processamento mais profundo da informação¹⁵.

2.2.1 O reconhecimento

Em 1979, Arnold Glass sugeriu que o reconhecimento consiste em um processo de busca em duas etapas. Na primeira, o ser humano constrói uma representação daquilo que está sendo buscado. Na segunda etapa, ocorre uma tentativa de representar algo interessante através da memória¹⁶.

Os aspectos da identificação e da familiaridade estão diretamente relacionados ao reconhecimento. Vale ressaltar que a familiaridade pode ser constatada sem a identificação¹⁷.

Estudos apontam que o reconhecimento pode ser imediato, quando a memória surge no mesmo instante, ou mediato, quando a memória surge em momento posterior¹⁸.

2.2.2 A recordação

A recordação também pode ser considerada uma averiguação da memória, todavia não ocorre a cópia da informação¹⁹.

Ordinariamente, a recordação possui três etapas. De início, surgem os indícios da pergunta. Após, os indícios serão utilizados para moldar tentativas plausíveis. Por fim, a informação será utilizada para escolher o objetivo. Vale dizer que, em algumas vezes, as três etapas não são respeitadas²⁰.

¹⁴ WEITEN, Wayne. **Introdução à psicologia: temas e variações**. Tradução de Zaira G. Botelho, Maria Lúcia Brasil, Clara A. Colotto, José Carlos B. dos Santos, Martha Malvezzi Leal, Elisete Paes Lima; Revisão técnica de Antonio Carlos Amador Pereira, José Mauro Gonçalves Nunes. Edição concisa. São Paulo: Cengage Learning, 2010. p 211-212.

¹⁵ DAVIDOFF, Linda L. **Introdução à psicologia**. 3. ed. Tradução de Lenke Peres; Revisão técnica de José Fernando Bittencourt Lômaco. São Paulo: Pearson Makron Books, 2001. p 206.

¹⁶ DAVIDOFF, Linda L. **Introdução à psicologia**. 3. ed. Tradução de Lenke Peres; Revisão técnica de José Fernando Bittencourt Lômaco. São Paulo: Pearson Makron Books, 2001. p 208.

¹⁷ DAVIDOFF, Linda L. **Introdução à psicologia**. 3. ed. Tradução de Lenke Peres; Revisão técnica de José Fernando Bittencourt Lômaco. São Paulo: Pearson Makron Books, 2001. p 208.

¹⁸ DAVIDOFF, Linda L. **Introdução à psicologia**. 3. ed. Tradução de Lenke Peres; Revisão técnica de José Fernando Bittencourt Lômaco. São Paulo: Pearson Makron Books, 2001. p 208.

¹⁹ DAVIDOFF, Linda L. **Introdução à psicologia**. 3. ed. Tradução de Lenke Peres; Revisão técnica de José Fernando Bittencourt Lômaco. São Paulo: Pearson Makron Books, 2001. p 209.

²⁰ DAVIDOFF, Linda L. **Introdução à psicologia**. 3. ed. Tradução de Lenke Peres; Revisão técnica de José Fernando Bittencourt Lômaco. São Paulo: Pearson Makron Books, 2001. p 209.

As lembranças podem, correntemente, sofrer manipulação por intermédio de pistas de recordação, as quais são estímulos que auxiliam o acesso às mesmas. Desse modo, as pistas de recordação podem ser sugestões, dados correlacionados ou fragmentos de recordação²¹.

A recordação de um dado armazenado na memória de longo prazo não demanda uma fórmula matemática para tal. Isso ocorre porque as lembranças abrangem reconstruções grosseiras de um tempo passado, as quais podem ter sofrido distorções ou inserções de pormenores que não aconteceram²².

Nesse sentido, vale a alusão à pesquisa realizada por Elizabeth Loftus acerca do efeito da informação equivocada. O referido experimento comprovou que, constantemente, depoimentos de testemunhas oculares são distorcidos²³, veja-se:

O efeito da informação equivocada ocorre quando a recordação de um evento por parte dos participantes que o testemunharam é alterada pela introdução de uma informação enganosa pós-eventos. Por exemplo, em um estudo, Loftus e Palmer (1974) mostraram a participantes uma fita de vídeo de um acidente automobilístico. Os participantes foram tratados como se estivessem 'fornecendo' testemunho ocular, e houve a introdução de informação tendenciosa. Perguntaram a alguns deles: 'a que velocidade iam os carros quando bateram?'. E a outros: 'a que velocidade iam os carros quando colidiram?'. Uma semana mais tarde, a memória dos participantes foi testada novamente quando lhes perguntaram se haviam visto vidro quebrado na cena do acidente (não havia nenhum vidro). Muitos dos questionados quanto à colisão indicaram haver algum vidro no chão na cena do acidente. Por que eles adicionariam esse detalhe às suas reconstruções? Talvez porque vidro quebrado seja consistente com seus esquemas de colisão. O efeito da informação equivocada foi reproduzido em inúmeros estudos conduzidos por Loftus e outros pesquisadores [...]. De fato, é difícil escapar do efeito, pois mesmo sujeitos que foram avisados de antemão podem ser confundidos por informações equivocadas pós-evento²⁴.

²¹ WEITEN, Wayne. **Introdução à psicologia**: temas e variações. Tradução de Zaira G. Botelho, Maria Lúcia Brasil, Clara A. Colotto, José Carlos B. dos Santos, Martha Malvezzi Leal, Elisete Paes Lima; Revisão técnica de Antonio Carlos Amador Pereira, José Mauro Gonçalves Nunes. Edição concisa. São Paulo: Cengage Learning, 2010. p 214.

²² WEITEN, Wayne. **Introdução à psicologia**: temas e variações. Tradução de Zaira G. Botelho, Maria Lúcia Brasil, Clara A. Colotto, José Carlos B. dos Santos, Martha Malvezzi Leal, Elisete Paes Lima; Revisão técnica de Antonio Carlos Amador Pereira, José Mauro Gonçalves Nunes. Edição concisa. São Paulo: Cengage Learning, 2010. p 215.

²³ WEITEN, Wayne. **Introdução à psicologia**: temas e variações. Tradução de Zaira G. Botelho, Maria Lúcia Brasil, Clara A. Colotto, José Carlos B. dos Santos, Martha Malvezzi Leal, Elisete Paes Lima; Revisão técnica de Antonio Carlos Amador Pereira, José Mauro Gonçalves Nunes. Edição concisa. São Paulo: Cengage Learning, 2010. p 215.

²⁴ WEITEN, Wayne. **Introdução à psicologia**: temas e variações. Tradução de Zaira G. Botelho, Maria Lúcia Brasil, Clara A. Colotto, José Carlos B. dos Santos, Martha Malvezzi Leal, Elisete Paes Lima; Revisão técnica de Antonio Carlos Amador Pereira, José Mauro Gonçalves Nunes. Edição concisa. São Paulo: Cengage Learning, 2010. p 215.

A apresentação de um dado equivocado é um exemplo de algo apto a produzir distorções na memória do indivíduo. Outra forma de atingir esse desiderato ocorre quando pessoas devem imaginar acontecimentos de suas infâncias. Isso consiste no chamado “inflação da imaginação” e acontece porque a imaginação influencia diretamente nesses casos²⁵.

2.2.3 O esquecimento

De imediato, deve-se salientar que o esquecimento pode ocorrer em razão de falhas nos processos de codificação, armazenamento ou na recuperação.

Vale ressaltar que a inserção do dado pode nunca ter sido feita na memória. Nesse diapasão, levando-se em consideração que não se pode esquecer algo que nunca foi aprendido corretamente, o aludido fenômeno pode ser nomeado de pseudoesquecimento, o qual está diretamente relacionado a falhas de atenção²⁶.

Ademais, o esquecimento pode, ainda, ser fruto de uma informação que não foi codificada propriamente. Em se tratando de uma falha na codificação, o esquecimento ocorre porque os elementos não mais são representados em sua inteireza²⁷.

Com relação aos problemas no armazenamento da memória, pode-se aplicar a chamada teoria da decadência. A referida teoria determina que algumas lembranças são suprimidas com o passar do tempo²⁸. Nesse diapasão, vale dizer que, consoante Linda L. Davidoff, “conforme o tempo passa, a memória desintegra-se mais completamente, até não restar nada para recuperar²⁹”.

²⁵ WEITEN, Wayne. **Introdução à psicologia: temas e variações**. Tradução de Zaira G. Botelho, Maria Lúcia Brasil, Clara A. Colotto, José Carlos B. dos Santos, Martha Malvezzi Leal, Elisete Paes Lima; Revisão técnica de Antonio Carlos Amador Pereira, José Mauro Gonçalves Nunes. Edição concisa. São Paulo: Cengage Learning, 2010. p 215-216.

²⁶ WEITEN, Wayne. **Introdução à psicologia: temas e variações**. Tradução de Zaira G. Botelho, Maria Lúcia Brasil, Clara A. Colotto, José Carlos B. dos Santos, Martha Malvezzi Leal, Elisete Paes Lima; Revisão técnica de Antonio Carlos Amador Pereira, José Mauro Gonçalves Nunes. Edição concisa. São Paulo: Cengage Learning, 2010. p 218.

²⁷ DAVIDOFF, Linda L. **Introdução à psicologia**. 3. ed. Tradução de Lenke Peres; Revisão técnica de José Fernando Bittencourt Lômaco. São Paulo: Pearson Makron Books, 2001. p 218.

²⁸ WEITEN, Wayne. **Introdução à psicologia: temas e variações**. Tradução de Zaira G. Botelho, Maria Lúcia Brasil, Clara A. Colotto, José Carlos B. dos Santos, Martha Malvezzi Leal, Elisete Paes Lima; Revisão técnica de Antonio Carlos Amador Pereira, José Mauro Gonçalves Nunes. Edição concisa. São Paulo: Cengage Learning, 2010. p 218.

²⁹ DAVIDOFF, Linda L. **Introdução à psicologia**. 3. ed. Tradução de Lenke Peres; Revisão técnica de José Fernando Bittencourt Lômaco. São Paulo: Pearson Makron Books, 2001. p 218.

Cabe, ainda, a alusão à teoria da interferência, a qual determina que informações são esquecidas ao competirem com outros dados. Existem dois tipos de interferência, quais sejam: a proativa e a retroativa. A interferência proativa acontece quando os dados já armazenados interferem na retenção de informações novas. A interferência retroativa, por sua vez, acontece quando um novo dado inserido na memória desloca uma informação previamente assimilada³⁰.

Outro tema que está relacionado à questão do esquecimento é a falha do resgate. Esse fenômeno ocorre quando as pessoas recordam de coisas que haviam esquecido anteriormente. A falha possivelmente ocorre quando existe uma combinação defeituosa entre a codificação e as sugestões do resgate³¹.

Vale a alusão à questão das falhas dos indicadores. Isso pode ocorrer quando um indício é olvidado no momento da codificação. Ademais, o fenômeno ocorre, ainda, quando existe uma abundância de material codificado³².

Constantemente, as pessoas esquecem de informações e conhecimentos codificados anteriormente. No entanto, a cada dia, novos dados são inseridos na memória de cada indivíduo, o que determina uma renovação de informações. A memória, nesse sentido, apenas reterá aspectos marcantes de cada acontecimento.

2.2.3.1 O esquecimento motivado

Existe a questão do esquecimento motivado, o qual pode ser conceituado como “suprimir consciente ou inconscientemente a recuperação de informações perturbadoras”³³.

Esse fenômeno ocorre quando a pessoa esquece algo que não quer pensar. Desse modo, o esquecimento motivado consiste na alocação de sentimentos ou pensamentos lastimosos no inconsciente³⁴.

³⁰ DAVIDOFF, Linda L. **Introdução à psicologia**. 3. ed. Tradução de Lenke Peres; Revisão técnica de José Fernando Bittencourt Lômaco. São Paulo: Pearson Makron Books, 2001. p 219.

³¹ WEITEN, Wayne. **Introdução à psicologia: temas e variações**. Tradução de Zaira G. Botelho, Maria Lúcia Brasil, Clara A. Colotto, José Carlos B. dos Santos, Martha Malvezzi Leal, Elisete Paes Lima; Revisão técnica de Antonio Carlos Amador Pereira, José Mauro Gonçalves Nunes. Edição concisa. São Paulo: Cengage Learning, 2010. p 218.

³² DAVIDOFF, Linda L. **Introdução à psicologia**. 3. ed. Tradução de Lenke Peres; Revisão técnica de José Fernando Bittencourt Lômaco. São Paulo: Pearson Makron Books, 2001. p 219.

³³ DAVIDOFF, Linda L. **Introdução à psicologia**. 3. ed. Tradução de Lenke Peres; Revisão técnica de José Fernando Bittencourt Lômaco. São Paulo: Pearson Makron Books, 2001. p 219.

³⁴ WEITEN, Wayne. **Introdução à psicologia: temas e variações**. Tradução de Zaira G. Botelho, Maria Lúcia Brasil, Clara A. Colotto, José Carlos B. dos Santos, Martha Malvezzi Leal, Elisete Paes

Nesse diapasão, conforme sustenta Wayne Weiten, “uma série de experimentos sugere que as pessoas não se lembram de material carregado de angústia tão prontamente como aquele emocionalmente neutro, exatamente como propunha Freud³⁵”.

Com relação ao esquecimento motivado, também chamado de recalçamento, veja-se a lição crítica de Wayne Weiten:

Embora o conceito de recalçamento não seja coisa nova, o interesse neste fenômeno aumentou nos últimos anos graças a uma grande quantidade de relatos envolvendo o retorno de muitas lembranças antigas de abuso sexual e outros traumas de infância. Os meios de comunicação estão repletos de relatos de adultos acusando seus pais, professores e vizinhos de ter cometido horríveis abusos contra eles, quando crianças, com base em memórias anteriormente reprimidas desses acontecimentos. Em sua maioria, esses pais, professores e vizinhos negaram as alegações. Muitos dos acusados pareciam realmente atônitos com as acusações, que causaram a separação de famílias anteriormente felizes³⁶.

Todavia, existem psicólogos que refutam as lembranças recalçadas. Eles questionam a autenticidade dessas lembranças citando casos que as descreditam. A título de exemplo, Wayne Weiten cita o caso de que

com a ajuda de um conselheiro religioso, uma mulher recuperou lembranças de como seu pai, pastor, repetidamente a havia estuprado, engravidado e provocado aborto com um cabide. Mas evidências subsequentes revelaram que a mulher ainda era virgem e que o pai havia feito vasectomia anos antes³⁷.

Frequentemente, sujeitos sentem-se confiantes mesmo após terem implantado uma memória falsa, as quais ensejam reações emocionais, bem como lembranças eivadas de detalhes. Vale ressaltar que memórias falsas podem ser concebidas com

Lima; Revisão técnica de Antonio Carlos Amador Pereira, José Mauro Gonçalves Nunes. Edição concisa. São Paulo: Cengage Learning, 2010. p 220.

³⁵ WEITEN, Wayne. **Introdução à psicologia: temas e variações**. Tradução de Zaira G. Botelho, Maria Lúcia Brasil, Clara A. Colotto, José Carlos B. dos Santos, Martha Malvezzi Leal, Elisete Paes Lima; Revisão técnica de Antonio Carlos Amador Pereira, José Mauro Gonçalves Nunes. Edição concisa. São Paulo: Cengage Learning, 2010. p 220.

³⁶ WEITEN, Wayne. **Introdução à psicologia: temas e variações**. Tradução de Zaira G. Botelho, Maria Lúcia Brasil, Clara A. Colotto, José Carlos B. dos Santos, Martha Malvezzi Leal, Elisete Paes Lima; Revisão técnica de Antonio Carlos Amador Pereira, José Mauro Gonçalves Nunes. Edição concisa. São Paulo: Cengage Learning, 2010. p 220.

³⁷ WEITEN, Wayne. **Introdução à psicologia: temas e variações**. Tradução de Zaira G. Botelho, Maria Lúcia Brasil, Clara A. Colotto, José Carlos B. dos Santos, Martha Malvezzi Leal, Elisete Paes Lima; Revisão técnica de Antonio Carlos Amador Pereira, José Mauro Gonçalves Nunes. Edição concisa. São Paulo: Cengage Learning, 2010. p 221-222.

um baixíssimo nível de esforço em indivíduos saudáveis e que não possuam transtorno algum³⁸.

2.3 A MEMÓRIA E O PROCESSO PENAL

A utilização de declarações pessoais no contexto de um processo penal presume que a memória do ser humano é dotada de confiabilidade. Entretanto, deve-se atentar para o fato de que a mesma também pode ser acometida por falhas.

Nesse sentido, veja-se relato trazido por Linda L. Davidoff:

Quando os psicólogos simulam crimes para testar a confiabilidade de relatos de testemunhas, verificam que muitos deles são inexatos. Em um desses estudos, um estudante agrediu um professor diante de 141 testemunhas no campus da Universidade Estadual da Califórnia, em Hayward. Após a agressão, tomaram-se depoimentos assinados de cada uma das testemunhas. Na média, as pessoas superestimaram em torno de 2,5 vezes a duração do incidente, em 14% a altura do 'criminoso' e em mais de dois anos a idade do agressor. Passadas sete semanas, somente 40% das testemunhas identificaram o culpado corretamente. Cerca de 25% identificaram um observador inocente³⁹.

Tendo em vista o excerto acima colacionado, pode-se perceber que a memória humana também está sujeita a erros, não podendo ser considerada em absoluto. Como o processo penal, na maioria das vezes, gira em torno de uma pena restritiva de liberdade, a análise de depoimentos deve ser feita com grande cautela. Caso contrário, um inocente pode ser mandado ao cárcere em razão de uma comum e corriqueira falha da memória.

Conforme já dito anteriormente, o esquecimento pode ser causado por diversas causas. O decurso do tempo é algo que implica diretamente na clareza da memória do indivíduo. Desse modo, quanto maior o lapso temporal, mais o depoimento deixa de cumprir o seu desiderato, tendo em vista a perda da sua precisão. Cabe, nesse sentido, uma crítica a deveras extensa duração processual, o que prejudica, indubitavelmente, a condição do réu no bojo do processo penal.

³⁸ WEITEN, Wayne. **Introdução à psicologia: temas e variações**. Tradução de Zaira G. Botelho, Maria Lúcia Brasil, Clara A. Colotto, José Carlos B. dos Santos, Martha Malvezzi Leal, Elisete Paes Lima; Revisão técnica de Antonio Carlos Amador Pereira, José Mauro Gonçalves Nunes. Edição concisa. São Paulo: Cengage Learning, 2010. p 222.

³⁹ DAVIDOFF, Linda L. **Introdução à psicologia**. 3. ed. Tradução de Lenke Peres; Revisão técnica de José Fernando Bittencourt Lômaco. São Paulo: Pearson Makron Books, 2001. p 233.

Estudos acerca da confiabilidade do testemunho apontam que cenas que envolvem violência são extremamente traumatizantes e, em virtude disso, acarretam uma falha na codificação da memória⁴⁰.

O papel da mídia também deve ser questionado em se tratando de julgamentos penais. A exposição do acusado, bem como da suposta narrativa fática faz com que as pessoas já pensem que inquestionavelmente o crime ocorreu daquela maneira. Desse modo, pode haver a geração de uma clara mácula nos depoimentos, os quais tenderão a reproduzir o que foi abordado pela imprensa.

Nessa toada, vale a alusão ao estudo relatado por Linda L. Davidoff:

uma testemunha ocular típica é interrogada pela polícia, os advogados e outras partes envolvidas, e é exposta a entrevistas à mídia. Às vezes, as testemunhas escutam conversas sobre o crime. Todos esses estímulos podem levar as pessoas a rever as memórias de um evento passado. Sugestões de detalhes específicos – os quais as testemunhas não viram – são incorporados nas memórias sem qualquer esforço ou consciência. A inserção de uma palavra em pergunta ou afirmação é o bastante para mudar a memória de uma testemunha⁴¹.

Até mesmo a autoridade policial, bem como magistrado devem ficar atentos ao tempo da formulação das perguntas. Essas devem estar bem elaboradas para que não impliquem na indução da vítima ou da testemunha. As perguntas devem ser feitas de forma clara e não podem ser tendenciosas ou a inquirição pode conter sérios problemas.

Desse modo, cabe a menção ao pensamento de Cristina di Gesu, que dispõe que “a lembrança da testemunha acerca do fato delituoso não é capaz de reconstruí-lo da mesma forma como ocorreu na realidade⁴²”.

Ademais, vale a referência crítica do pensamento de Linda L. Davidoff:

As pessoas parecem confiar mais em testemunhas oculares do que em qualquer outro tipo de prova. Todavia, embora nosso conhecimento esteja longe ainda de ser completo, parece seguro concluir que geralmente o testemunho ocular é menos confiável do que outros tipos de prova –

⁴⁰ DAVIDOFF, Linda L. **Introdução à psicologia**. 3. ed. Tradução de Lenke Peres; Revisão técnica de José Fernando Bittencourt Lômaco. São Paulo: Pearson Makron Books, 2001. p 235.

⁴¹ DAVIDOFF, Linda L. **Introdução à psicologia**. 3. ed. Tradução de Lenke Peres; Revisão técnica de José Fernando Bittencourt Lômaco. São Paulo: Pearson Makron Books, 2001. p 235.

⁴² DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 104

impressões digitais, análise de roupas, análise de sangue e assim por diante⁴³.

Deve-se ter em mente que a memória também pode estar sujeita a erros, os quais podem ocorrer com bastante frequência. Assim, o depoimento de uma pessoa não pode ser tido como verdade absoluta, uma vez que existem fatores aptos a deturpar informações contidas na memória do indivíduo.

2.4 AS FALSAS MEMÓRIAS

O estudo acerca da ocorrência de falsas memória iniciou-se no século XX. Nesse contexto, Elizabeth Loftus destacou-se ao trabalhar com o chamado “procedimento de sugestão de falsa informação ou sugestão”, o qual consiste na introdução de dados inverídicos em meio a experiências na vida do indivíduo, sendo apta a produzir a denominada “falsa informação”⁴⁴.

As falsas memórias podem ser conceituadas como um tipo de interferência mnemônica, assim como o esquecimento, na qual há a recuperação de experiências que nunca foram vivenciadas de fato⁴⁵.

Assim, consistem em um conjunto de fenômenos verificados também na área jurídica, por intermédio de experimentos empíricos e psicoterápicos⁴⁶.

Esse conjunto fenomenológico consiste na lembrança de acontecimentos que não ocorreram de fato. Esses dados são codificados na memória e, em um momento posterior, são lembrados como se tivessem sido realizados⁴⁷.

Falsas memórias podem ser concebidas de formas involuntárias, podendo ser uma consequência do processo regular de entendimento. Nesse diapasão, essas falsas memórias são denominadas de memórias autosugeridas ou espontâneas⁴⁸.

⁴³ DAVIDOFF, Linda L. **Introdução à psicologia**. 3. ed. Tradução de Lenke Peres; Revisão técnica de José Fernando Bittencourt Lômaco. São Paulo: Pearson Makron Books, 2001. p 235.

⁴⁴ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p 128.

⁴⁵ SANTOS, Renato Favarin dos; STEIN, Lilian Milnitsky. A influência das emoções nas falsas memórias: uma revisão crítica. **Psicologia USP**, v. 19, n. 3, set. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-65642008000300009>.

⁴⁶ STEIN, Lilian Milnitsky; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Criando Falsas Memórias em Adultos por meio de Palavras Associadas. **Psicologia: Reflexão e Crítica**, Porto Alegre, v. 14, n. 2, p. 353-366, 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010279722001000200010>.

⁴⁷ STEIN, Lilian Milnitsky; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Criando Falsas Memórias em Adultos por meio de Palavras Associadas. **Psicologia: Reflexão e Crítica**, Porto Alegre, v. 14, n. 2, p. 353-366, 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010279722001000200010>.

Nesse sentido, as falsas memórias não estão apenas ligadas a um modo involuntário de imaginar uma possível experiência. Podem também estar condicionadas a ocorrer de um modo espontâneo.

As falsas memórias autosugeridas ou espontâneas podem ocorrer em casos de legítima defesa putativa. A doutrinadora Cristina di Gesu traz o exemplo de uma situação na qual uma pessoa imagina que outra retirará algo brilhante do bolso do seu paletó. Nesse caso, a suposta vítima chegou a imaginar que o instrumento fosse uma navalha, desencadeando, assim, uma reação desse indivíduo. No entanto, o objeto era uma caneta, mas a associação com o brilho possibilitou o indivíduo a acreditar que tratava-se de uma arma⁴⁹.

Por outro lado, as falsas memórias também podem ser resultantes de estímulos externos aptos a causar a inserção de um dado inverídico – o qual não foi vivenciado pelo indivíduo, mas que guarda compatibilidade com as suas experiências⁵⁰.

Os erros podem ser classificados de duas formas, quais sejam: por invenção e de compreensão. Os erros por invenção implicam na imaginação de todos ou de parte de elementos de uma história. Nesse sentido, uma grande parte dos dados são adulterados. Os erros por compreensão, por sua vez, trabalham com uma interpretação não verdadeira de um evento, configurando, assim, um estágio intermediário entre a ilusão e a invenção⁵¹.

Levando-se em consideração os erros, deve-se atentar para o fato de que o juízo de probabilidade tende a modificar as reais impressões de um fato. Nesse sentido, Cristina di Gesu critica que: “mesmo que não tenhamos observado ou que a observação tenha sido distraída, há uma tendência, ao sermos perguntados, por

⁴⁸ STEIN, Lilian Milnitsky; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Criando Falsas Memórias em Adultos por meio de Palavras Associadas. **Psicologia: Reflexão e Crítica**, Porto Alegre, v. 14, n. 2, p. 353-366, 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010279722001000200010>.

⁴⁹ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p 129-130.

⁵⁰ STEIN, Lilian Milnitsky; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Criando Falsas Memórias em Adultos por meio de Palavras Associadas. **Psicologia: Reflexão e Crítica**, Porto Alegre, v. 14, n. 2, p. 353-366, 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010279722001000200010>.

⁵¹ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p 131.

exemplo, acerca de como estava um mendigo, de dizermos que estava sujo, remendado e bêbado⁵²”.

Desse modo, a configuração de estereótipos implica diretamente na descrição feita por um indivíduo. As pessoas tendem a relatar supostas características somente porque essas compõem a ideia de como aquele indivíduo se portaria em determinada situação.

Além disso, pode-se dizer que caso a testemunha ou vítima esteja lendo algum livro em momento anterior a ocorrência do delito, elementos da narrativa podem ser transpostos para o seu depoimento⁵³.

O elemento temporal também está ligado a ocorrência de falsas memórias, uma vez que, através do decurso do tempo, os índices de falsas memórias superam os das memórias verdadeiras⁵⁴.

Estudos foram aptos a demonstrar que, levando-se em consideração o lapso temporal de uma semana, a memória armazenada com relação a fatos vividos tem uma maior durabilidade do que àqueles que não foram experimentados. No entanto, também ficou comprovado que as falsas memórias também são dotadas de durabilidade tanto quanto as que foram de fato vivenciadas⁵⁵.

Ademais, estudos comprovam que mesmo quando as pessoas são alertadas acerca da possibilidade de distorção das suas memórias, acabam produzindo altos índices de memórias falsas⁵⁶.

Não se pode dizer que as falsas memórias são mentiras criadas pelo indivíduo, pois essas são sabidamente inverídicas. Em se tratando de falsas memórias, existe

⁵² DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p 132.

⁵³ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p 132.

⁵⁴ STEIN, Lilian Milnitsky; FEIX, Leandro da Fonte; ROHENKOHL, Gustavo. Avanços Metodológicos no Estudo de Falsas Memórias: construção e normatização do procedimento de palavras associadas. **Psicologia: Reflexão e Crítica**, Porto Alegre, v. 19, n. 2, p. 166-176, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010279722006000200002>.

⁵⁵ STEIN, Lilian Milnitsky; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Criando Falsas Memórias em Adultos por meio de Palavras Associadas. **Psicologia: Reflexão e Crítica**, Porto Alegre, v. 14, n. 2, p. 353-366, 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010279722001000200010>.

⁵⁶ STEIN, Lilian Milnitsky; FEIX, Leandro da Fonte; ROHENKOHL, Gustavo. Avanços Metodológicos no Estudo de Falsas Memórias: construção e normatização do procedimento de palavras associadas. **Psicologia: Reflexão e Crítica**, Porto Alegre, v. 19, n. 2, p. 166-176, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010279722006000200002>.

a crença de que o fato ocorreu efetivamente, o que dificulta e muito o trabalho investigativo policial⁵⁷.

As falsas memórias não são inseridas em todos os indivíduos, sendo diretamente relacionadas a depender do evento vivenciado. Assim, estudos comprovam que as pessoas que apresentam um elevado índice de falta de atenção podem produzir mais facilmente as falsas memórias⁵⁸.

Além disso, experimentos destacaram que as crianças estão mais sujeitas a ocorrência de falsas memórias, uma vez que demonstram a tendência de não querer decepcionar o seu entrevistador⁵⁹.

Isso ocorre porque a percepção infantil tende a considerar recordações análogas, fazendo comparações da nova experiência com outra pré-existente. Além disso, a criança atenta-se para a questão holística, ignorando os detalhes e ainda pode sofrer a influência de elementos da imaginação. Desse modo, aumenta a capacidade de confundir dois indivíduos que guardem algumas semelhanças⁶⁰.

Em razão disso, o depoimento de crianças deve ser encarado com bastante cautela, o que não descaracteriza a sua relevância, uma vez que está permitido pelo Código de Processo Penal em seu artigo 208⁶¹. Em determinados contextos, os depoimentos infantis são os únicos elementos probatórios no bojo de um processo penal.

2.4.1 Teorias elucidativas das falsas memórias

Esse tópico tem o condão de tecer considerações acerca de algumas teorias tendentes a explicar a ocorrência de falsas memórias, são elas: a Teoria do Traço Difuso; a Teoria do Paradigma Construtivista e a Teoria do Monitoramento da Fonte.

⁵⁷ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p 137.

⁵⁸ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p 146.

⁵⁹ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p 147.

⁶⁰ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p 148-149.

⁶¹ Art. 208. Não se deferirá o compromisso a que alude o art. 203 aos doentes e deficientes mentais e aos menores de 14 (quatorze) anos, nem às pessoas a que se refere o art. 206. BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

Antes de examinar cada teoria, é mister salientar que as falsas memórias são fenômenos que podem ocorrer corriqueiramente e, desse modo, não podem ser classificadas como patologias do indivíduo⁶².

2.4.1.1 Teoria do traço difuso

A chamada Teoria do Traço Difuso é utilizada para realizar o estudo de falsas memórias. Leva em consideração que a memória é composta não apenas por um, mas por diversos sistemas⁶³.

Com base nessa teoria, dois tipos de memórias são identificados, quais sejam: a de essência e a literal. A memória classificada como de essência guarda dados não específicos, os quais caracterizam a experiência de um modo geral. A memória literal, por sua vez, faz o armazenamento de uma experiência de forma precisa, sendo, nesse sentido, mais propensas às interferências, bem como ao esquecimento⁶⁴.

Com base na referida teoria, ao ser realizado um teste de memória inicial, respostas verídicas desencadeiam a recuperação de memórias literais, ao passo que alarmes incorretos agem na recuperação de memórias de essência⁶⁵.

Ademais, levando-se em consideração a Teoria do Traço Difuso, pode-se perceber que a memória não é una. Na verdade, existem distintas representações que são codificadas, as quais variam com relação às suas especificidades⁶⁶.

O sistema das memórias seria marcado por cinco princípios. O primeiro diz respeito ao armazenamento paralelo das informações, pois as memórias são formadas de um mesmo fato e têm processamento simultâneo⁶⁷.

⁶² DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p 141.

⁶³ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p 139.

⁶⁴ SANTOS, Renato Favarin dos; STEIN, Lilian Milnitsky. A influência das emoções nas falsas memórias: uma revisão crítica. **Psicologia USP**, v. 19, n. 3, set. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-65642008000300009>.

⁶⁵ STEIN, Lilian Milnitsky; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Criando Falsas Memórias em Adultos por meio de Palavras Associadas. **Psicologia: Reflexão e Crítica**, Porto Alegre, v. 14, n. 2, p. 353-366, 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010279722001000200010>.

⁶⁶ STEIN, Lilian Milnitsky; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Criando Falsas Memórias em Adultos por meio de Palavras Associadas. **Psicologia: Reflexão e Crítica**, Porto Alegre, v. 14, n. 2, p. 353-366, 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010279722001000200010>.

O segundo princípio preconiza que a separação no armazenamento implica em processos de recuperação distintos. Desse modo, a recuperação de uma memória não enseja que ocorra o mesmo por parte da outra⁶⁸.

O terceiro princípio trabalha a ideia do julgamento dos dados após a recuperação ou o reconhecimento. Com relação a esse princípio, os dados seriam aptos a julgar se o traço de memória recuperado seria ou não verídico. Nesse sentido, a memória literal dependeria de um julgamento do dado a fim de verificar a sua verossimilhança. Todavia, pode-se também pensar que um traço literal de memória pode gerar a recuperação de uma memória de essência⁶⁹.

O quarto princípio relaciona-se com a ideia de que a distinção entre as memórias literal e a de essência está baseada na sua durabilidade. A memória literal está mais sujeita a distorções, ao passo que a memória de essência possui uma maior robustez⁷⁰.

O quinto princípio tece considerações a respeito da habilidade de recordação de traços da memória. Desse modo, ao longo do desenvolvimento do indivíduo a recuperação das memórias literal e de essência torna-se mais acurada⁷¹.

Sem dúvidas, essa teoria é mais elaborada que as demais, mas que também é alvo de críticas por parte dos pesquisadores, uma vez que é omissa por não considerar erros de julgamento oriundos de experiências diversas⁷².

2.4.1.2 Teoria do paradigma construtivista

Essa Teoria sustenta que a memória consiste em um sistema único que é gradualmente moldado levando-se em consideração as interpretações de experiências pessoais. Nesse sentido, a memória seria fruto do significado da

⁶⁷ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p 140.

⁶⁸ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p 140.

⁶⁹ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p 140.

⁷⁰ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p 141.

⁷¹ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p 141.

⁷² DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p 141.

experiência ao indivíduo. Assim, a partir de cada nova inserção, haveria uma construção da memória⁷³.

Nesse diapasão, as falsas memórias seriam uma ocorrência do processo de interpretação dos dados. Essa Teoria recebe críticas por considerar a memória como um sistema único⁷⁴.

2.4.1.3 Teoria do monitoramento da fonte

De acordo com a Teoria do Monitoramento da Fonte, imprecisões nas lembranças são frutos de um julgamento incorreto da informação recordada. Com base nessa Teoria, a memória pode ser subdividida em dois aspectos, os quais armazenam informações que podem ser recuperadas separadamente⁷⁵.

Para a Teoria do Monitoramento da Fontes, as falsas memórias consistem em atributos equivocados da informação recordada em razão de um erro ao julgar o dado. A referida teoria é alvo de críticas, uma vez que não apresenta considerações acerca da falsificação da memória que aconteceria somente no contexto da relação do dado com a sua fonte⁷⁶.

2.4.2 Emoções e falsas memórias

As emoções são fatores que diretamente influenciam a codificação da memória. Ademais, sabe-se que quando uma pessoa está de bom humor, facilmente assimila algum conteúdo, o que fica severamente prejudicado quando se está triste ou estressado. Nesse diapasão, é válida a correlação entre aquelas e a formação de falsas memórias.

Experimentos apontam que as falsas memórias merecem um destaque, pois, em alguns casos, a aplicação de técnicas psicoterápicas podem gerar a recuperação pela memória de eventos que nunca ocorreram.

⁷³ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p 138.

⁷⁴ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p 138.

⁷⁵ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p 141.

⁷⁶ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p 141.

Com relação ao processo penal, a emoção também deve ser levada em consideração, uma vez que pode influenciar diretamente no funcionamento da memória, obstando, dessa maneira, o exercício da justiça. A vítima ou a testemunha de um fato delitivo pode ter sofrido violência ou estar predisposta a formar memórias falsas⁷⁷.

2.4.3 Humor e falsas memórias

Pode-se, ainda, dizer que o humor é um fator apto a influenciar as memórias em todas as suas fases. O humor funciona similarmente à emoção. Desse modo, em fases de alegria, o ser humano codifica mais informações na sua memória.

O fenômeno da memória congruente com o humor pode ser definido como uma predisposição de codificar ou recordar algo quando o indivíduo está em um estado de espírito alegre⁷⁸.

Contudo, isso não pode ser aplicado em se tratando da recuperação congruente com o humor, uma vez que o aumento da taxa de recordação depende diretamente do humor do indivíduo naquele momento⁷⁹.

A questão da memória dependente do humor, por sua vez, trabalha com a associação do acréscimo da probabilidade de um dado no contexto de um humor específico. Nesse contexto, o indivíduo recuperará a sua memória quando estiver com humor semelhante àquele ao tempo da codificação⁸⁰.

Nesse diapasão, o processo penal não pode ignorar que os estados de humor são imprescindíveis para a recordação das vítimas e testemunhas.

⁷⁷ SANTOS, Renato Favarin dos; STEIN, Lilian Milnitsky. A influência das emoções nas falsas memórias: uma revisão crítica. **Psicologia USP**, v. 19, n. 3, set. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-65642008000300009>.

⁷⁸ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p 145.

⁷⁹ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p 145.

⁸⁰ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p 145.

3 REFLEXÕES SOBRE O PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O presente Capítulo tem o condão de estabelecer uma relação entre as informações acerca da geração de falsas memórias, trazidas pelo Capítulo anterior, com as características do Processo Penal vigente no Brasil.

Nessa toada, faz-se necessária uma alusão aos sistemas processuais penais inquisitório e acusatório, e como se deu a transição entre os referidos modelos. Ademais, é imprescindível uma análise crítica do sistema que está em voga neste país.

3.1 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS

Os sistemas processuais penais funcionam um *feedback* do Processo Penal com relação ao Direito Penal, bem como à Administração Pública⁸¹.

É imperioso destacar que, de acordo com Aury Lopes Júnior, “o Direito Penal não tem realidade concreta fora do processo penal [...]”⁸². Assim, percebe-se a relação intrínseca que o Direito Processual Penal e o Direito Penal guardam entre si.

Inicialmente, é importante atentar para o fato de que o sistema acusatório, predominante até meados do século XII, foi gradualmente sobreposto pelo inquisitório, o qual vigeu até o fim do século XVIII⁸³.

Nessa toada, vale a alusão ao pensamento de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

Sempre que a história registrou a superação de um regime de força viu florescer um turbilhão de novas ideias, em geral destinadas a sustentar e legitimar as práticas democráticas. Não poucas vezes, o germe está nas próprias entranhas do regime anterior, dada sua narcisística incapacidade de superar a demanda do homem e da sociedade⁸⁴.

Para fazer uma diferenciação preliminar, Salah Hassan Khaled Júnior escreve que:

⁸¹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 115.

⁸² LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 116.

⁸³ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 116.

⁸⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 03.

Em um sistema acusatório o processo é público, o juiz é um árbitro imparcial e a gestão da prova se encontra nas mãos das partes. A investigação sigilosa e a quebra de imparcialidade do juiz (que assume a dupla função de acusar e julgar) é o que caracteriza, sobretudo, o sistema inquisitório. Um sistema acusatório é tendentemente democrático, enquanto um sistema inquisitório é dado a práticas punitivas autoritárias⁸⁵.

Desse modo, continuando com a particularização de cada sistema processual:

Pode-se constatar que predomina o sistema acusatório nos países que respeitam mais a liberdade individual e que possuem uma sólida base democrática. Em sentido oposto, o sistema inquisitório predomina historicamente em países de maior repressão, caracterizados pelo autoritarismo ou totalitarismo, em que se fortalece a hegemonia estatal em detrimento dos direitos individuais⁸⁶.

Em sua maioria, a doutrina nacional defende que o sistema penal adotado pelo Brasil é o “misto”, pois trabalharia com a junção das características do sistema inquisitório (fase pré-processual), bem como do acusatório (fase processual).

Nesse diapasão, é de grande relevância mencionar o pensamento de Salah Hassan Khaled Júnior, ao dispor que:

O sistema processual penal brasileiro tem uma fase preliminar – o inquérito policial – de caráter inquisitório e uma fase processual acusatória, ou pelo menos, proposta como acusatória, pois comporta dispositivos de caráter inquisitorial que comprometem a posição de imparcialidade do juiz. Tal sistema é referido por boa parte dos processualistas – os mais conservadores – como sendo misto, mas predominantemente acusatório. No entanto, na prática a introdução da categoria “misto” efetivamente borra algo que deveria ser nítido, ou seja, desfigura o sistema acusatório mas dá a ilusão de que ele se encontra em vigor⁸⁷.

A declaração de que o sistema brasileiro é “misto” é reducionista e equivocada, uma vez que todos os sistemas penais são mistos. Assim, é importante atentar e determinar qual o princípio que embasa o sistema, para que, a partir daí, possa ser feita uma classificação⁸⁸.

Sobre a inexistência de sistemas processuais puros, é de relevância salutar o pensamento de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, veja-se:

⁸⁵ KHALED JR., Salah Hassan. **O sistema processual penal brasileiro**. *Civitas*, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293-308, maio-ago. 2010.

⁸⁶ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 116.

⁸⁷ KHALED JR., Salah Hassan. **O sistema processual penal brasileiro**. *Civitas*, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293-308, maio-ago. 2010.

⁸⁸ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 116.

Salvo os menos avisados, todos sustentam que não temos, hoje, sistemas puros, na forma clássica como foram estruturados. Se assim o é, vigora sempre sistemas mistos, dos quais, não poucas vezes, tem-se uma visão equivocada (ou deturpada), justo porque, na sua inteireza, acaba recepcionando como um terceiro sistema, o que não é verdadeiro. O dito sistema misto, reformado ou napoleônico é a conjugação dos outros dois, mas não tem um princípio unificado próprio, sendo certo que ou é essencialmente inquisitório [...] , com algo (características secundárias) provenientes do sistema acusatório, ou é essencialmente acusatório, com alguns elementos característicos (novamente secundários) recolhidos do sistema inquisitório. Por isto, só formalmente podemos considerá-lo como um terceiro sistema, mantendo viva, sempre, a noção referente a seu princípio unificador, até porque está aqui, quiçá, o ponto de partida da alienação que se verifica no operador do direito, mormente o processual, descompromissando-o diante de um atuar que o sistema está a exigir ou, pior, não o imunizando contra os vícios gerados por ele⁸⁹.

Assim, deve-se levar em consideração que os sistemas processuais penais puros são apenas tipos históricos, não sendo possível a conclusão de que um sistema é “misto”. Essa alegação não identifica o seu núcleo fundante, uma vez que somente a separação das figuras do acusador e do julgador é incapaz de caracterizar o sistema⁹⁰.

Ademais, não é possível afirmar que existam princípios fundantes mistos, havendo apenas dois tipos: o dispositivo e o inquisitivo. O princípio dispositivo embasa o sistema penal acusatório, no qual a gestão probatória é conferida às partes. O princípio inquisitivo está relacionado ao sistema penal inquisitório, uma vez que confere ao juiz o poder de gerir a prova⁹¹.

Vale ressaltar que a busca por uma “verdade real” é substancial para aferir a funcionalidade do processo penal brasileiro⁹², mas esse assunto será analisado em Capítulo superveniente.

⁸⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 18.

⁹⁰ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 129.

⁹¹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 134.

⁹² KHALED JR., Salah Hassan. **O sistema processual penal brasileiro**. *Civitas*, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293-308, maio-ago. 2010.

3.1.1 Sistema processual inquisitório

Nos primórdios, o sistema penal acusatório era o predominante. Entretanto, ao longo do período compreendido entre os séculos XII ao XIV, esse foi sobreposto pelo inquisitório⁹³.

O sistema processual inquisitório foi gestado na Roma antiga e também em outras legislações arcaicas⁹⁴.

A sucessão ocorreu em razão da ideia de que as partes comportavam-se de forma inativa, aumentando, desse modo, a ocorrência de práticas delitivas. Caberia ao Estado agir de maneira ativa, consoante com os termos legais⁹⁵.

Nessa toada, veja-se o pensamento de Aury Lopes Júnior:

A mudança em direção ao sistema inquisitório começou com a possibilidade de, junto ao acusatório, existir um processo judicial de ofício para os casos de flagrante delito. Os poderes do magistrado foram posteriormente invadindo cada vez mais a esfera de atribuições reservadas ao acusador privado, até o extremo de se reunir no mesmo órgão do Estado as funções que hoje competem ao Ministério Público e ao juiz⁹⁶.

Como pode-se inferir da nomenclatura, o sistema penal inquisitório está ligado ao período medieval da Inquisição. É imperioso salientar que a Inquisição não atentava apenas à prática de delitos, mas sim queria garantir o cumprimento dos dogmas da Igreja Católica. A Inquisição, visando a não proliferação de crenças consideradas heréticas, funcionava institucionalmente de maneira bastante peculiar e agia fundamentada por verdades absolutas, as quais tinham relação direta com os dogmas estabelecidos pela Igreja Católica à época⁹⁷.

Tendo em vista a multiplicação das práticas criminosas e heréticas e, por conseguinte, a sua necessidade de controle, o sistema penal inquisitório viabilizava o aumento do rol de culpados, uma vez que abrangia os atos tendentes a obstar os costumes sociais⁹⁸.

⁹³ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 121.

⁹⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 18.

⁹⁵ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 122.

⁹⁶ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 122.

⁹⁷ KHALED JR., Salah Hassan. **O sistema processual penal brasileiro**. *Civitas*, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293-308, maio-ago. 2010.

⁹⁸ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. São Paulo: Saraiva. 2015, p. 137.

Assim, de acordo com Jacinto Nelson de Miranda Coutinho: “Como crime e pecado passam a ser sinônimos, o processo é imaginado e posto em prática como um mecanismo terapêutico capaz de, pela punição, absolver”⁹⁹.

Os Tribunais Inquisitoriais tinham embasamento jurídico nos seguintes documentos: a *Constitutio Excomuniamus*, do ano de 1213, elaborada pelo Papa Gregório IX; e a *Bula Ad extirpanda*, do ano de 1252, elaborada pelo Papa Inocêncio IV¹⁰⁰.

Vale ressaltar que a viabilidade de julgamento das práticas heréticas em Tribunais locais foi essencial ao aumento da eficácia do modelo repressivo, até mesmo porque o afastamento das áreas urbanas proporciona a crença em superstições e dissemina o terror¹⁰¹.

O processo penal inquisitório dividia-se em suas etapas: a inquisição geral e a inquisição especial. Na primeira etapa, buscava-se a demonstração da autoria e da materialidade delitivas, pois funcionava como uma investigação apta a dar ensejo à fase subsequente. Na segunda etapa, havia o processamento da ação penal, a qual culminaria com a condenação e, por conseguinte, com o castigo¹⁰².

Impende, desde já, a enumeração de características do sistema penal inquisitorial, as quais serão depois analisadas com maior afinco: as denúncias não são feitas exclusivamente pelas vítimas, por seus familiares ou por pessoas interessadas; estava resguardado o sigilo da identidade de quem noticiava a prática delitiva; não havia distinção entre quem acusava e quem julgava; ocorrência de um sistema tarifário de provas, no qual a confissão recebia um papel de destaque; legitimação da tortura como forma de colheita probatória¹⁰³.

A fim de melhor descrever o sistema inquisitório, vale a alusão ao pensamento de Salah Hassan Khaled Júnior:

O juiz inquisidor atuava como parte, investigava, dirigia, acusava e julgava. Convidava o acusado a declarar a verdade sob pena de coação. Tamanha era a característica persecutória do sistema, que sequer havia constatação de inocência na sentença que eximia o réu, mas um mero reconhecimento de insuficiência de provas para sua condenação. A confissão era entendida

⁹⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 24.

¹⁰⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 23.

¹⁰¹ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. São Paulo: Saraiva. 2015, p. 141.

¹⁰² LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 123.

¹⁰³ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. São Paulo: Saraiva. 2015, p. 138.

como a prova máxima e não havia qualquer limitação quanto aos meios utilizados para extraí-la, visto que eram justificados pela sagrada missão de obtenção da verdade. O modelo processual da Inquisição dispensava a cognição e critérios objetivos, gerando uma subjetivação do processo que, de fato, o afastava da comprovação de fatos históricos, supostamente o objetivo por trás da ambição de verdade que o movia¹⁰⁴.

Em resumo, no sistema penal inquisitório, “[...] o juiz atua como parte, investiga, dirige, acusa e julga. Com relação ao procedimento, sói ser escrito, secreto e não contraditório”¹⁰⁵.

Uma característica salutar no sistema penal inquisitório é a inexistência das figuras das partes, veja-se:

O controle direto do processo penal pelos clérigos exclui, por conveniência, um órgão acusador: o *actus trium personarum* já não se sustenta. Ao inquisidor cabe o mister de acusar e julgar, transformando-se o imputado em mero objeto de verificação, razão pela qual a noção de parte não tem nenhum sentido¹⁰⁶.

Na mesma linha, vale a alusão ao pensamento de Aury Lopes Júnior:

O que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz e acusador, e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto de investigação¹⁰⁷.

Ademais, o sistema inquisitório trabalha com a ideia de superioridade do julgador, uma vez que cabe a ele “o desencadeamento e o impulso processual [...], o que pode ser evidenciado, entre outras coisas, a partir do fato de fixar tanto o *thema probandum* quando o *thema decidendum*”¹⁰⁸.

¹⁰⁴ KHALED JR., Salah Hassan. **O sistema processual penal brasileiro**. *Civitas*, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293-308, maio-ago. 2010.

¹⁰⁵ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 122.

¹⁰⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 23.

¹⁰⁷ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 122.

¹⁰⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 23.

Com relação ao julgador, é relevante dizer, também, que o sistema penal inquisitório permite a sua atuação *ex officio* para iniciar o curso processual, bem como realizar a coleta probatória¹⁰⁹.

A gestão probatória sob o poder o julgador é outro elemento distintivo do sistema processual inquisitório. Em diversos casos, a prova era colhida de forma secreta, sob o fundamento de que auxiliaria o magistrado, detentor de todas as informações, a determinar a “verdade real” acerca do suposto fato delitivo¹¹⁰.

Ao magistrado estava reservada, portanto, a formação cognitiva da decisão. Assim, em alguns momentos, o julgador partia em busca das provas aptas a embasar a “condenação” do imputado. Desse modo, algumas condutas já gozavam, por si só, de uma condenação prévia, a depender do pensamento do juiz acerca de tal assunto.

Nesse sentido, veja-se o pensamento de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

A lógica deformada do sistema, porém, não o permite porque privilegia o mecanismo ‘natural’ do pensamento da civilização ocidental [...], ou seja, a lógica dedutiva, que deixa ao inquisidor a escolha da premissa maior, razão pela qual pode decidir antes e, depois, buscar, quiçá obsessivamente, a prova necessária para justificar a decisão¹¹¹.

Nessa toada, vale dizer que o sistema penal inquisitorial determina o fomento de tendências policialescas e forma de quadros mentais paranoicos, uma vez que a prova tinha o condão de confirmar a imputação previamente feita pelo magistrado¹¹².

Além disso, um simples rumor conferia ensejo à investigação criminal com relação ao acusado. Nesse contexto, a prisão do investigado acontecia em larga escala, uma vez que a pessoa teria que estar à disposição do juiz para que pudesse elaborar a sua confissão¹¹³.

Como cediço, no sistema inquisitorial, ocorre a tarifação do regime probatório. Assim, a confissão vai passar a ter um papel hierarquicamente superior com relação às demais provas. Isso ocorre porque a confissão seria a forma mais efetiva de obter

¹⁰⁹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 122.

¹¹⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 24.

¹¹¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 25.

¹¹² CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. São Paulo: Saraiva. 2015, p. 141.

¹¹³ KHALED JR., Salah Hassan. **O sistema processual penal brasileiro**. *Civitas*, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293-308, maio-ago. 2010.

a “verdade real” do processo. Em virtude disso, a fim de conseguir a “rainha das provas”, meios de tortura atrozes eram infligidos nos acusados.

De acordo com Salo de Carvalho, “A importância da tortura está intimamente ligada ao objetivo de alcance da descoberta da verdade. Confissão (e delação), na qualidade de prova máxima, induzia o uso das técnicas suplício”¹¹⁴.

Nesse sentido, vale alusão ao pensamento de Aury Lopes Júnior:

Na busca dessa tal ‘verdade real’, transforma-se a prisão cautelar em regra geral, pois o inquisidor precisa dispor do corpo do herege. De posse dele, para buscar a verdade real, pode lançar mão da tortura, que se for ‘bem’ utilizada conduzirá à confissão. Uma vez obtida a confissão, o inquisidor não necessita de mais nada, pois a confissão é a rainha das provas (sistema de hierarquia das provas)¹¹⁵.

Vale ressaltar que a Inquisição não foi responsável pela invenção da tortura, mas funcionou como um meio eficaz de legitimar tal prática repulsiva¹¹⁶.

Sobre a relevância da confissão, veja-se excerto abaixo colacionado:

A verdade, enfim, possibilita a rendição dos pecados e a absolvição, ainda que paradoxalmente fosse necessário condenar e, no limite, queimar na fogueira. Sendo o pecado (crime), porém, obra do pecador, a grande ponte à sua descoberta é a confissão, esse milagroso engenho predisposto a aportar a verdade, nem que fosse induzida, presente sempre a hipótese da falta de espontaneidade. Neste patamar, os fatos podem estar relegados completamente a um segundo plano e se entende como a confissão torna-se a ‘*regina probationum*’¹¹⁷.

Levando-se em consideração a importância conferida à confissão, a qual era considerada a rainha das provas, o interrogatório era encarado como algo imprescindível, em virtude disso, deveria ser efetuado mediante uma técnica peculiar¹¹⁸.

Ademais, existem outras características do sistema penal inquisitorial que devem ser enumeradas: os magistrados já estão pré-determinados; o magistrado

¹¹⁴ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 138-139.

¹¹⁵ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 126.

¹¹⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 30.

¹¹⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 26-27.

¹¹⁸ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 126.

tem as funções de acusar, investigar, conduzir e julgar o processo; e a acusação pode ser decorrente de uma comunicação secreta¹¹⁹.

Outra peculiaridade do sistema processual inquisitório era a ausência da coisa julgada. Além disso, o magistrado não proferia na sentença absolutória que o imputado era inocente, apenas declarava que não haviam provas aptas a embasar uma condenação. Assim, o processo poderia ser reaberto posteriormente, uma vez que não estava resguardado pela coisa julgada¹²⁰.

Malgrado possua características que violam incessantemente as garantias do acusado, o sistema penal inquisitório ainda é aplicado na contemporaneidade.

Assim, fica a reflexão de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

É assim que permanece, na essência, para nós, até hoje; e continuará prevalecendo – até porque sustenta o status quo e, portanto, serve a quem detém o poder em qualquer regime – enquanto as pessoas não se derem conta que a democracia processual só será alcançada (ou pelo menos estará mais próxima), quando ele for superado, avançando-se em direção da efetivação plena do contraditório, em um processo de partes que cubra toda a persecução penal e, portanto, veja excluído, no nosso caso, o malfadado Inquérito Policial¹²¹.

3.1.2 Sistema processual acusatório

O sistema penal acusatório foi originado no Direito Grego. Nesse sistema, o povo atuava como acusador e também como julgador dos processos penais. Em havendo delitos graves, caberia o sistema de ação popular. Com relação aos delitos menos graves, por sua vez, vigorava a lógica da acusação privada¹²².

Tendo em vista as arbitrariedades do sistema inquisitório, levou-se a crer que, com a codificação, o modelo inquisitório seria subjugado por outro. Assim, o Direito Penal moderno, caracterizado por uma “[...]intervenção limitada e restrita, bem como de tutela de liberdade individuais diante de um Estado propenso a violar tais liberdades”, encarava com repulsa os abusos do sistema penal inquisitório¹²³.

Nessa toada, vale a alusão ao pensamento de Salo de Carvalho:

¹¹⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 30.

¹²⁰ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 126.

¹²¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 30.

¹²² LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 117.

¹²³ KHALED JR., Salah Hassan. **O sistema processual penal brasileiro**. *Civitas*, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293-308, maio-ago. 2010.

A partir do florescimento do humanismo e do racionalismo, as reformas da cultura medieval, de forma genérica, e das técnicas processuais, em sentido estrito, revelam a incompatibilidade de métodos probatórios de busca da verdade fundados em intervenções corporais e psicológicas rudimentares. A incisiva luta para erradicação da tortura, como meio probante, e da morte, como pena, é a expressão mais nítida da política criminal ilustrada humanista¹²⁴.

De acordo com o Direito Grego, o sistema acusatório convivia com as seguintes características:

a) a atuação dos juízes era passiva, no sentido de que eles se mantinham afastados da iniciativa e da gestão da prova, atividades e cargos das partes; b) as atividades de acusar e julgar estão encarregadas a pessoas distintas; c) adoção do princípio *ne procedat iudex ex officio*, não se admitindo a denúncia anônima nem processo sem acusador legítimo e idôneo; d) estava apenado o delito de denúncia caluniosa, como forma de punir acusações falsas e não se podia proceder contra réu ausente (até porque as penas são corporais); e) acusação era por escrito e indicava as provas; f) havia contraditório e direito de defesa; g) o procedimento era oral; h) os julgamentos eram públicos, com os magistrados votando ao final sem deliberar¹²⁵.

Com o tempo, o sistema penal acusatório passou a atuar de forma exígua. A crescente insatisfação com o referido sistema fez com que os magistrados comesçassem a interferir na esfera da acusação, gerando o acúmulo, em um mesmo órgão, dos ofícios de acusar e julgar. Assim, foi criada a figura do procedimento extraordinário, o qual consistia na persecução penal iniciada *ex officio*, legitimando, desse modo, a prática da tortura¹²⁶.

Esse novo tipo de procedimento acabou alterando as bases do sistema acusatório romano, uma vez que os processos não mais eram públicos e as sentenças passaram a ser lidas no contexto da audiência. Nesse diapasão, são lançadas as bases do sistema penal inquisitorial¹²⁷.

Após a ocorrência da Revolução Francesa, iniciada em 1789, o sistema penal inquisitorial foi substituído pelo sistema penal acusatório contemporâneo¹²⁸.

¹²⁴ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 153-154.

¹²⁵ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 117-118.

¹²⁶ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 118.

¹²⁷ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 118.

¹²⁸ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 118.

O movimento iluminista teve importância salutar para uma renovação das estruturas penais, uma vez que o poder repressivo gestado pelo Clero não mais estava legitimado. O ponto alto do modelo iluminista foi trazido pela Revolução Francesa. Assim, os deputados que compunham a Assembleia Constituinte importaram os pensamentos da *Magna Charta Libertatum* de 1215, tornando legítimo o modelo acusatório no bojo da Constituição Francesa de 1791¹²⁹.

O sistema penal acusatório da atualidade possui as seguintes características: separação das funções de acusar e julgar; as partes têm o ofício de gerir das provas; o magistrado atua de maneira imparcial; as partes devem ser tratadas igualmente; o procedimento é predominantemente oral; o processo é público; são resguardados ao réu o contraditório e a resistência; não há uma hierarquia entre as diferentes provas; a sentença penal será embasada pelo livre convencimento motivado do juiz; a sentença faz coisa julgada; as decisões podem vir a ser impugnadas; existência de um duplo grau de jurisdição¹³⁰.

Nessa linha, vale a alusão ao pensamento de Salo de Carvalho, a fim de caracterizar melhor a separação das funções de acusador e julgador, veja-se:

A estrutura acusatória, fundada em procedimentos de verificação e em técnicas de refutabilidade, pressupõe a rígida separação dos sujeitos processuais em configuração triádica instrumentalizada por duas classes de garantias. Desta forma, a atividade cognoscitiva estaria assegurada por garantias primárias (formulação da imputação, carga da prova e direito de defesa) e secundárias (publicidade, oralidade, legalidade e motivação¹³¹).

Além disso, com relação às partes, as quais têm um papel mais relevante, uma vez que possuem a função de gerir as provas no curso do processo penal, vale a referência à doutrina de Salo de Carvalho:

Se a concepção acusatória permite pensar o processo de conhecimento como espaço cênico, como campo de diálogo, de representação e de interpretação, o momento da fala judicial é o da sentença. Assim, durante os procedimentos instrutórios, o protagonismo será exercido através do concurso ativo das partes. Acusação e defesa, em paridade de armas, movimentam-se no debate do jogo processual para dar substância às (hipó)teses probatoriamente construídas. Neste momento de formação do arsenal probatório, portanto, a posição inerte do julgador (mediador, espectador) é fundamental, sob pena de influenciar sua condição e prejudicar o caso antes de encerradas todas as possibilidades de inserção de

¹²⁹ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. São Paulo: Saraiva. 2015, p. 158-159.

¹³⁰ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 119.

¹³¹ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. São Paulo: Saraiva. 2015, p. 165.

elementos de convicção. Encerrada a fase probatória, no momento da decisão, o magistrado toma para si a palavra das partes, passando a encenar o personagem principal da trama judiciária¹³².

Em síntese, vale a alusão ao pensamento de Aury Lopes Júnior:

O sistema acusatório é um imperativo moderno do processo penal, frente à atual estrutura social e política do Estado. Assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que irá sentenciar, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal¹³³.

3.1.3 Transição do sistema penal inquisitório para o acusatório

No contexto do século XX, a dogmática penal adequou-se ao modelo cartesiano, seguindo a tendência das demais ciências modernas. A partir da laicização do Direito Penal, buscou-se uma forma diversa de atingir a “verdade processual”. Nesse diapasão, o “[...] processo penal transformou-se, pois no laboratório no qual a verdade histórica, através dos instrumentos da instrução probatória se adequaria à decisão do juiz¹³⁴”.

De acordo com Salo de Carvalho,

O método cartesiano inspira a dogmática do processo penal no sentido de pensar a possibilidade de, a partir da fragmentação e do estudo microscópico do caso penal, recriar o fato passado, não mais passível de experimentação e alcançar verdades. Assim, após decompor e estudar minuciosamente os elementos probatórios incorporados nos autos, a verdade seria atingida pelo juiz através da livre apreciação da prova¹³⁵.

Todavia, há quem sustente que não houve uma ruptura significativa com a transição do sistema inquisitório para o acusatório. A finalidade precípua para tal foi a crença na razão, a qual foi utilizada para justificar a própria desfiguração do modelo inquisitorial¹³⁶.

Nessa toada, vale a alusão ao pensamento de Salah Hassan Khaled Júnior:

¹³² CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. São Paulo: Saraiva. 2015, p. 165-166.

¹³³ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 119.

¹³⁴ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. São Paulo: Saraiva. 2015, p. 162.

¹³⁵ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. São Paulo: Saraiva. 2015, p. 162.

¹³⁶ KHALED JR., Salah Hassan. **O sistema processual penal brasileiro**. *Civitas*, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293-308, maio-ago. 2010.

Inicialmente o caráter humanista das reformas penais foi suprimido em nome de uma cientificidade que propunha a neutralidade absoluta e, posteriormente, por uma guinada ideológica que retomou grande parte dos males da inquisição, ainda que sob outros pressupostos: a criminologia positivista. Portanto, o que surgiu como direito de resistência ao autoritarismo estatal acabou por ser transposto para uma lógica de conformação da nascente ordem burguesa, descaracterizando em grande margem o projeto reformador ilustrado, em prol do nascimento da sociedade disciplinar¹³⁷.

Mesmo com a mudança do pensamento ideológico, ficou evidente que se mantinha a não atenção ao princípio do contraditório, pois o sistema processual penal determinava que a busca da “verdade real” deveria começar a ser feita já na investigação preliminar. O processo continuava a ser um instrumento de legitimação de um poder autoritário, uma vez que teria o condão de confirmar as “descobertas” da fase pré-processual. Assim, violava-se também a garantia que o sistema penal acusatório pretendia tutelar¹³⁸.

Na esteira do que foi dito, veja-se:

A abertura que havia sido proposta ao sistema inquisitório ficava para trás, limitada ao papel. Não é fácil subverter a conexão entre prova, verdade e história que deve se constituir em um limite ao poder, pois de certa forma, ela é evidente. No entanto, essa relação foi arditosamente encoberta. Se no sistema da Inquisição o juiz apenas confirmava uma verdade a que ele mesmo havia dado origem, no sistema bifásico, a “verdade” obtida também não correspondia aos fatos, mas sim, às intenções dos investigadores originais¹³⁹.

Ao contrário do Brasil, a Europa, após a ocorrência da Segunda Guerra Mundial, encarou de forma distinta o fim dos regimes totalitários e o retorno das democracias. Assim, pode-se perceber que os Estados começaram a aplicar o contraditório em todas as fases do curso do processo penal¹⁴⁰.

Vale, nesse diapasão, a crítica de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

Da nossa parte, a situação é ainda pior. Por um compromisso político – como sói acontecer – entre liberais e conservadores, fez-se introduzir, na nossa legislação [...], o inquérito policial, ao qual cabe dar conta da primeira

¹³⁷ KHALED JR., Salah Hassan. **O sistema processual penal brasileiro**. *Civitas*, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293-308, maio-ago. 2010.

¹³⁸ KHALED JR., Salah Hassan. **O sistema processual penal brasileiro**. *Civitas*, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293-308, maio-ago. 2010.

¹³⁹ KHALED JR., Salah Hassan. **O sistema processual penal brasileiro**. *Civitas*, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293-308, maio-ago. 2010.

¹⁴⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 40.

fase da persecução penal. [...] tem a grande desvantagem de ser administrativo e, de consequência, inviabilizar a extensão, para si, do contraditório, até porque a CF de 88 só o impôs como um direito individual quando houvesse o processo [...]. A solução [...] parece estar na superação da estrutura inquisitória e, para tanto, há de se dar cabo do inquérito policial, [...] para, aproximando-se da essência acusatória, permitir-se tão-só uma única instrução, no crivo do contraditório¹⁴¹.

Diante do exposto, pode-se perceber que as falácias do sistema penal inquisitorial ainda hoje são aplicadas, ofendendo veementemente as garantias do acusado, malgrado tenham sido frutos de severas críticas.

O atual Código de Processo Penal ainda está eivado de características inquisitivas, em razão da possibilidade de o magistrado atuar com poderes instrutórios, o que é aplaudido por alguns doutrinadores e Tribunais. Assim, na contemporaneidade, o juiz ainda atua com vistas a descortinar a “verdade real” do processo¹⁴².

Nessa toada, veja-se o pensamento de Salo de Carvalho:

Não por razão diversa a dificuldade de pensar o juiz como expectador da prova produzida em contraditório pelas partes. Se desde o ponto de vista da tradição inquisitiva revigorada pelo discurso científico ilustrado, ao magistrado cabe a revelação final da verdade, fundamental que o prolator da sentença exerça papel comissivo no processo, ultrapassando, se necessário, os limites formais que o diferenciam das partes e atuando exaustivamente na instrução. Neste cenário, os limites aos poderes instrutórios do juiz são obstáculos incômodos que devem ser transpostos em nome do ideal da verdade (vontade de verdade)¹⁴³.

Além disso, em se tratando do sistema penal acusatório, uma crítica salutar é com relação à inércia do magistrado, ante a imposição da imparcialidade. Desse modo, cabe ao juiz atuar em um processo marcado por ações imprecisas das partes, e devendo, ainda assim, julgar o feito. Caso contrário, seria feito um retorno às bases do sistema inquisitorial¹⁴⁴.

Tendo em vista a necessidade da imparcialidade do magistrado, as partes ganham um papel mais relevante no contexto do processo, pois cabem a elas

¹⁴¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 40-41.

¹⁴² LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 119.

¹⁴³ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. São Paulo: Saraiva. 2015, p. 162-163.

¹⁴⁴ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 119.

proceder à investigação, bem como à coleta de elementos necessários ao julgamento do feito¹⁴⁵.

Vale ressaltar que outra decorrência da imparcialidade do julgador foi a criação do Ministério Público, órgão que tem o condão de acusar o réu¹⁴⁶.

Ademais, diante disso, é imprescindível que o Estado atue a fim de garantir um serviço público de defesa com qualidade, uma vez que já goza da atuação do Ministério Público. Cabe, portanto, ao Estado garantir a paridade de armas no bojo do processo penal¹⁴⁷.

3.1.4 Sistema processual brasileiro

De imediato, percebe-se que o sistema processual adotado no Brasil é deficiente no que tange o tema da produção probatória. Isso ocorre ante a adoção de parâmetros que exorbitam a aferição da responsabilidade penal do acusado pela prática de um ilícito penal¹⁴⁸.

No entanto, parte da doutrina comunga do entendimento de que no Brasil haveria a aplicação de um sistema processual “misto”, sendo principalmente acusatório. Contudo, esses doutrinadores não atentam para particularidades empíricas e normativas que contradizem o seu posicionamento. A fase pré-processual adotada no Brasil, bem como dispositivos da Legislação Penal não coadunam com a posição desses autores. A partir da análise do sistema penal brasileiro, pode-se perceber que em todas as suas etapas existem detalhes que descaracterizam o sistema penal nacional como o acusatório¹⁴⁹.

Nesse diapasão, cabe a referência ao pensamento de Salah Hassan Khaled Júnior:

[...]como resolver o problema brasileiro, que reside na (in)eficácia e (in)efetividade das previsões constitucionais, que tendem a ser deformadas por um conjunto de práticas conservadoras na fase preliminar e na fase processual propriamente dita? Trata-se de um problema que está claramente para além de qualquer normatividade, uma vez que diz respeito

¹⁴⁵ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 120.

¹⁴⁶ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 128.

¹⁴⁷ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 120.

¹⁴⁸ KHALED JR., Salah Hassan. **O sistema processual penal brasileiro**. *Civitas*, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293-308, maio-ago. 2010.

¹⁴⁹ KHALED JR., Salah Hassan. **O sistema processual penal brasileiro**. *Civitas*, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293-308, maio-ago. 2010.

a opções de ordem política e corporativa daqueles que atuam no sistema penal¹⁵⁰.

De acordo com Aury Lopes Júnior, o modelo adotado no Brasil é o (neo)inquisitório, pois a alegação de que as funções de acusar e julgar são distintas não é suficiente para caracterizar um sistema penal acusatório. É imprescindível, nesse diapasão, que a iniciativa probatória esteja sempre vinculada às partes, permitindo, assim, a imparcialidade do órgão julgador¹⁵¹.

O sistema brasileiro seria, consoante Aury Lopes Júnior, um “[...] monstro de duas cabeças (inquérito policial totalmente inquisitório e fase processual com ‘ares’ de acusatório¹⁵²”.

A grande mácula do sistema penal aplicado no Brasil é que os magistrados decidem após a análise dos dados colhidos na fase investigativa (pré-processual). Essa atitude tomada pelos juízes é altamente prejudicial ao réu, uma vez que suas garantias constitucionais frequentemente são violadas no contexto do inquérito policial, sob a alegação de que as investigações seriam “atrasadas”.

Nessa toada, vale a alusão à pertinente crítica de Aury Lopes Júnior:

A fraude reside no fato de que a prova é colhida na inquisição do inquérito sendo trazida integralmente para dentro do processo e, ao final, basta o belo discurso do julgador para imunizar a decisão. Esse discurso vem mascarado com as mais variadas fórmulas, do estilo: a prova do inquérito é corroborada pela prova judicializada; cotejando a prova policial com a judicializada; e assim todo um exercício imunizatório (ou melhor, uma fraude de etiquetas) para justificar uma condenação, que na verdade está calcada nos elementos colhidos no segredo da inquisição. O processo acaba por converter-se em uma mera repetição ou encenação da primeira fase¹⁵³.

Assim, veja-se a crítica de Salah Hassan Khaled Júnior:

De forma surpreendente, ignora-se a originalidade que deve pautar a etapa processual, permitindo a valoração de elementos originados em uma etapa meramente investigatória, passível de um número muito maior de distorções. Por isso não faz sentido falar em sistema misto ou sistema bifásico. O sistema é acusatório ou inquisitório. Não basta afirmar que é acusatório e permitir a utilização de elementos da fase inquisitória, que contaminam e comprometem a possível estrutura acusatória da segunda etapa. Seguir essa trilha significa perpetuar a ingerência do poder sobre o

¹⁵⁰ KHALED JR., Salah Hassan. **O sistema processual penal brasileiro**. *Civitas*, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293-308, maio-ago. 2010.

¹⁵¹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 128.

¹⁵² LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 130.

¹⁵³ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 130.

saber: significa seguir a trilha ditatorial estabelecida por Napoleão em pleno refluxo da Revolução Francesa. Certamente que esse não pode ser considerado um modelo apto para uma sociedade que pretende ser democrática, ainda mais em função da imensa dimensão de sujeição criminal imposta pela polícia e pelo próprio processo às populações em situação de risco¹⁵⁴.

Defende-se a necessidade do gerenciamento das investigações pelo Ministério Público, esse sim parte atuante no processo. Vale ressaltar que a aludida mudança já ocorreu em diversos Estados que adotam o *civil law*¹⁵⁵.

Como o processo penal no Brasil em sua integralidade não está genuinamente afinado com o sistema acusatório, faz-se necessária a eliminação do inquérito policial dos autos principais. Caso contrário, os réus continuarão a ser condenados com base na prova colhida na fase pré-processual¹⁵⁶.

Já que os elementos colhidos no âmbito da fase investigatória servem somente ao *Parquet* para embasar a confecção da denúncia, utilizá-los como elementos fundamentadores da decisão judicial é complementemente equivocado. Por isso, fala-se da desnecessidade do acesso ao inquérito policial pelo Juiz, uma vez que a imparcialidade do mesmo deve ser garantida.

Nessa linha, veja-se que:

[...] fica mais do que clara a necessidade de desconsideração dos elementos originados na fase preliminar em âmbito processual: o procedimento de incriminação propriamente dito deve caracterizar-se pela consideração exclusiva dos elementos racionais-legais obtidos a partir de provas e testemunhos passíveis de contradição no interior do processo. Isso significa que o critério de livre convencimento do juiz não pode ser tomado como absoluto. Não se trata apenas de livre convencimento, mas de livre convencimento motivado. O poder de que dispõe o juiz deve ser exercido dentro de certos limites. [...] Quando o poder invade o saber e elimina o contraditório não se obtém qualquer verdade e, muito menos, a chamada “verdade real”. Aliás, neste caso a única verdade é aquela imposta arbitrariamente pelo juiz, configurando a sujeição criminal, como era o caso no sistema bifásico napoleônico¹⁵⁷.

Deve-se ter em mente que o inquérito policial produz “pseudoprovas”, as quais somente servem de análise para as condições da ação. Assim, tendo em vista a

¹⁵⁴ KHALED JR., Salah Hassan. **O sistema processual penal brasileiro**. *Civitas*, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293-308, maio-ago. 2010.

¹⁵⁵ KHALED JR., Salah Hassan. **O sistema processual penal brasileiro**. *Civitas*, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293-308, maio-ago. 2010.

¹⁵⁶ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 131.

¹⁵⁷ KHALED JR., Salah Hassan. **O sistema processual penal brasileiro**. *Civitas*, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293-308, maio-ago. 2010.

ausência de disponibilização do contraditório, a sua utilização levará em consideração apenas as condições da ação e os pressupostos processuais. Exceção cabe em se tratando de provas irrepetíveis¹⁵⁸.

Outro problema do Brasil é que alguns magistrados atuam com a “gana” de condenar, uma vez que isso será objeto de avaliação em suas estatísticas do Conselho Nacional de Justiça. Em virtude disso, o réu vira apenas um objeto para garantir uma suposta produtividade e eficiência do trabalho do Juiz.

Por isso, em alguns momentos, mesmo que o inquérito não consiga embasar uma condenação, o magistrado vale-se de dispositivos falaciosos do Código de Processo Penal (a exemplo do artigo 156, incisos I e II¹⁵⁹) e passa a ser um gestor da prova ou, até mesmo, deixa de fundamentar as suas decisões. Nada mais absurdo!

Os Juízes não podem atuar como “cães farejadores”, a fim de que a “presa seja capturada”. O processo não pode servir como legitimador de uma caça às bruxas. Em havendo dúvida, deve ser, inequivocamente, aplicado o princípio do *in dubio pro reo*.

Nesse escopo, veja-se o pensamento de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

[...] e a questão continua sendo a plena possibilidade de manipulação da lei pelos operadores do direito, contra a qual todos os mecanismos de controle eminentemente jurídicos fracassaram, a começar, no campo processual – e em particular no processual penal –, pelo princípio do livre convencimento: basta a imunização da sentença com requisitos retóricos bem trabalhadas e o magistrado decide da forma que quiser, sempre em nome da ‘segurança jurídica’, da ‘verdade’ e tantos outros conceitos substancialmente vagos, indeterminados, que, por excelência, ao invés de perenes e intocáveis, devem ser complementados e ampliados em razão das necessidades reais da vida¹⁶⁰.

¹⁵⁸ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto processo penal conforme a teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p 164-165.

¹⁵⁹ Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008) I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008); II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008) BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 14 out. 2016

¹⁶⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 06.

Desse modo, caso a pretensão acusatória não tenha sido comprovada, deverá-se proceder à absolvição do imputado. Não pode ser relevado o fato de que o ônus da prova cabe ao Ministério Público e não ao Juiz. Caso contrário fosse, a imparcialidade do julgador estaria claramente violada.

Como cediço, o magistrado deve ter uma atuação *super partes*. Isso não significa que o mesmo deve estar em uma hierarquia superior, mas que deve portar-se de forma desinteressada. O juiz deve resguardar a sua imparcialidade, uma vez que não representa interesses próprios, mas apenas interesses do Estado¹⁶¹.

Vale a referência ao pensamento daqueles que dizem que seria válido ao Juiz buscar provas para embasar uma absolvição penal. O que esses doutrinadores esquecem é que, em havendo dúvida, já existe um regramento claro para tal: a aplicação do princípio do *in dubio pro reo*. O aludido princípio já garante a absolvição automática do réu¹⁶².

Nesse sentido, veja-se a crítica de Salah Hassan Khaled Júnior:

Por outro lado, muitos – contrariamente a um sistema acusatório – entendem que o juiz pode determinar diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante, ou proceder novos interrogatórios e reinquirir testemunhas, pois ele deve decidir, deve perseguir a verdade real. No entanto, se o juiz desloca-se de seu papel de julgador, comporta-se como um juiz inquisidor e abandona seu lugar de árbitro, elemento imprescindível a um processo penal democrático e acusatório. Se não há separação entre as funções de acusar e julgar, o sistema se torna inquisitório. Dessa forma, justapondo “amostras”, algumas utilizadas, outras deixadas de lado, valendo-se de suas impressões, que prefiguram algo que não estava lá, o juiz integra subsídios de acordo com suas predileções e assim, de fato, inventa algo que se apresenta como uma “verdade real”. Tal “verdade real” não é mais do que a submissão do acusado aos desígnios do poder¹⁶³.

No contexto do processo penal brasileiro, não é somente a atuação dos magistrados que merece críticas. Ademais, cumpre salientar o elevado número de presos cautelares nas penitenciárias brasileiras. Esse é um outro problema a ser destacada, uma que vez a prisão cautelar era para ser aplicada excepcionalmente, mas a realidade concreta demonstra o contrário. A prática atesta que mecanismos

¹⁶¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 11.

¹⁶² KHALED JR., Salah Hassan. **O sistema processual penal brasileiro**. *Civitas*, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293-308, maio-ago. 2010.

¹⁶³ KHALED JR., Salah Hassan. **O sistema processual penal brasileiro**. *Civitas*, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293-308, maio-ago. 2010.

inquisitoriais ainda são aplicados ao processo penal brasileiro¹⁶⁴,

[...] mas agora velada pela aparente legalidade de um procedimento que na prática permanece se mostrando cada vez mais excludente e arbitrário. A esse modelo é necessário opor uma jurisdição que não tenha apenas ênfase no aspecto de poder, mas que se constitua propriamente em um direito fundamental¹⁶⁵.

Malgrado não haja disposição expressa, pode-se inferir que o texto constitucional está pautado no sistema penal acusatório. Dessa maneira, é imperativa a mudança do atual texto do Código de Processo Penal, a fim de que se coadune com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹⁶⁶.

¹⁶⁴ KHALED JR., Salah Hassan. **O sistema processual penal brasileiro**. *Civitas*, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293-308, maio-ago. 2010.

¹⁶⁵ KHALED JR., Salah Hassan. **O sistema processual penal brasileiro**. *Civitas*, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293-308, maio-ago. 2010.

¹⁶⁶ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 137.

4 CONSIDERAÇÕES ATINENTES À PROVA PENAL E A ANÁLISE DO RECONHECIMENTO COMO MEIO PROBATÓRIO

O presente Capítulo foi elaborado com a finalidade de tecer considerações acerca da prova penal, tendo em vista que reconhecimento de pessoas é uma das suas modalidades previstas no Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941).

Assim, cabe uma análise de alguns princípios atinentes à prova penal, quais sejam: garantia da jurisdição, presunção de inocência, *in dubio pro reo*, contraditório, ampla defesa, identidade física do juiz e livre convencimento motivado.

Após essa análise propedêutica, far-se-á um estudo específico com vistas a situar o reconhecimento de pessoas nas categorias probatórias.

De imediato, é importante dizer que a prova, no contexto do sistema processual penal, está relacionada com a ação apta a conseguir o convencimento psicológico do magistrado.

Nessa toada, Cristina di Gesu afirma que:

O juiz é o destinatário da prova. [...] provar significa induzi-lo ao convencimento de que o fato histórico ocorreu de um determinado modo, com aproveitamento de chances, liberação de cargas ou assunção de risco de uma sentença desfavorável por não fazê-lo.¹⁶⁷

Conforme exposto, as provas penais têm a função de fazer a reconstrução de um fato passado, qual seja o fato típico, ilícito e culpável possivelmente praticado pelo agente.

Nesse sentido, de acordo com a lição de Aury Lopes Júnior: “As provas são os materiais que permitem a reconstrução histórica e sobre os quais recai a tarefa de verificação das hipóteses, com a finalidade de convencer o juiz (função persuasiva)”¹⁶⁸.

Vale ressaltar que a iniciativa de produção das provas penais devem estar sempre resguardada. Esse direito tem seu núcleo no contexto do pronunciamento do

¹⁶⁷ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 51.

¹⁶⁸ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 537.

magistrado que analisa a admissibilidade, adequação e importância do material probatório. Desse modo, faz-se necessária a elaboração de uma decisão fundamentada por parte do juiz, após ser travado um debate que garante o contraditório, garantindo, assim, que a iniciativa probatória está resguardada¹⁶⁹.

4.1 PRINCÍPIOS ATINENTES À PROVA PENAL

A tutela penal deve respeitar critérios mínimos estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Desse modo, pressupõe-se um direito penal de intervenções mínimas, a fim de que os direitos fundamentais possam ser resguardados. Diante disso, os postulados da proibição do excesso e máxima efetividade dos direitos fundamentais devem ser respeitados no contexto de um Estado Democrático de Direito¹⁷⁰.

O deslinde de um processo penal apenas será legítimo quando for embasado por um procedimento judicial, que possibilite a maior análise fática possível, bem como a mais lata argumentação jurídica. Desse modo, conforme leciona Eugênio Pacelli de Oliveira, “toda condenação criminal seja fruto exclusivo do saber (conhecimento), e não mera manifestação de poder (de autoridade)¹⁷¹”.

Imperiosa, nesse contexto, a crítica de Eugênio Pacelli de Oliveira:

O risco de condenação de um inocente há de merecer muitos e maiores cuidados que o risco da absolvição de um culpado. Não porque os danos levados ao réu pela pena sejam maiores que aqueles causados à vítima no crime, mas porque toda e qualquer reconstrução da realidade (a prova processual) submete-se à precariedade das regras do conhecimento humano¹⁷².

Não é questionável que os princípios possuem relevância salutar em todas as áreas do Direito, não sendo diferente na seara penal. Nessa toada, conforme sustenta Cristina di Gesu:

¹⁶⁹ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 56.

¹⁷⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 19 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Atlas, 2015. p 32.

¹⁷¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 19 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Atlas, 2015. p 34.

¹⁷² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 19 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Atlas, 2015. p 34.

através dos princípios, busca-se não somente a simples regulação de um caso ou então, a supressão das lacunas de lei. Para além disso, através da principiologia da prova, almeja-se a sistematização da matéria, diante da necessidade de o intérprete do direito compatibilizar e adaptar os direitos e garantias constitucionais a um sistema atrasado e de origem inquisitorial como o Código de Processo Penal brasileiro¹⁷³.

O direito penal está consolidado em bases constitucionais e, por conseguinte, deve levar em consideração princípios de extrema relevância, os quais têm o condão de proteger e tutelar direitos individuais¹⁷⁴.

Nesse sentido, o texto do Código de Processo Penal deve estar em consonância com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nesse contexto, devem ser respeitados alguns princípios e garantias que serão explicados brevemente a seguir.

4.1.1 Princípio da garantia da jurisdição

O princípio da garantia da jurisdição tem o condão de orientar a ação independente do magistrado, garantindo, dessa maneira, a imparcialidade do mesmo no bojo do processo penal¹⁷⁵.

Assim, deve-se atentar sempre que, consoante Luigi Ferrajoli,

toda vez que um imputado inocente tem razão de temer um juiz, quer dizer que isso está fora da lógica do Estado de direito: o medo e mesmo só a desconfiança ou a não segurança do inocente assinalam a falência da função da mesma jurisdição penal e a ruptura dos valores políticos que a legitimam¹⁷⁶.

Nesse diapasão, cabe a distinção entre os atos de prova e os atos de investigação. A título de exemplo, vale a enumeração de algumas características dos atos de prova, quais sejam: têm o condão de guiar o magistrado para a prolação da sentença; são partes integrantes do processo penal; são imediatos, públicos e não podem ser contraditórios; são praticados perante o magistrado que conduz o

¹⁷³ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 57.

¹⁷⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 19 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Atlas, 2015. p 37.

¹⁷⁵ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 547.

¹⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p 506.

processo. Em contrapartida, os atos de investigação: são hipotéticos; estão vinculados à fase pré-processual; não formam a convicção do magistrado de um julgamento; não precisam ser imediatos, públicos e não contraditórios; têm a finalidade de formar a *opinio delicti* do Ministério Público; querem demonstrar o *fumus comissi delicti*; podem fundamentar decisões interlocutórias; são praticados pelo *Parquet* ou pela Polícia¹⁷⁷.

Percebe-se, nesse contexto, que os atos de prova são praticados nos trâmites de um procedimento penal e, por conseguinte, são aptos a embasar uma sentença.

4.1.2 Princípio da presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência está expresso no texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVII, o qual dispõe que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória¹⁷⁸.

Malgrado o princípio da presunção de inocência seja basilar ao processo penal, não existe dispositivo no Código de Processo Penal que preveja-o expressamente.

Com relação ao tema do princípio da presunção de inocência, é salutar, nesse sentido, a alusão ao pensamento de Luigi Ferrajoli ao sustentar que: “a culpa, e não a inocência, deve ser demonstrada, e é a prova da culpa – ao invés da inocência, presumida desde o início – que forma o objeto do juízo¹⁷⁹”.

Diante da necessidade de garantir a aplicação do princípio de presunção de inocência, cabe, portanto, a crítica de Aury Lopes Júnior o sustentar que: “Se é verdade que os cidadãos estão ameaçados pelos delitos, também o estão pelas penas arbitrárias, fazendo com que a presunção de inocência não seja apenas uma

¹⁷⁷ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 547.

¹⁷⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1998. **Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 set. 2016.

¹⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p 506.

garantia de liberdade e de verdade, senão também uma garantia de segurança [...]”¹⁸⁰.

Pode-se dizer que o princípio da presunção de inocência possui um “dúplice significado”, pois estaria relacionado à prisão e à prova. Com relação à prisão, esse princípio estabelece que as medidas que restrinjam a liberdade do imputado somente devem ser aplicadas excepcionalmente, uma vez que a liberdade pessoal deve ser tida como regra. No que tange à prova penal, por sua vez, o referido princípio determina que o acusado não precisa provar que é inocente, pois tal característica já se presume. Desse modo, em havendo dúvidas quando algum elemento do crime, o magistrado deve exarar uma sentença absolutória¹⁸¹.

A presunção de inocência garante que o réu será considerado inocente até o trânsito em julgado da sua sentença penal condenatória. Em decorrência do referido princípio, existem duas consequências lógicas, quais sejam: o ônus da prova penal recai sobre a acusação e as decisões exaradas pelo Juízo devem ser fundamentadas¹⁸².

Além disso, o princípio da presunção de inocência pode ser traduzido como um “dever de tratamento” e possui duas dimensões, quais sejam a interna e a externa ao processo penal. No âmbito interno ao processo, esse princípio demanda uma postura do magistrado, bem como do Ministério Público de tratar o réu como inocente. No campo externo ao processo, deve ser evitada a estigmatização do imputado e também a sua exposição excessiva na mídia¹⁸³.

Dada a sua relevância inquestionável, o princípio da presunção de inocência deve ser potencializado em todas as suas interfaces. Assim, o ônus probatório da acusação e as “regras de tratamento” com o acusado e a adoção de medidas prisionais em casos excepcionais são aspectos que devem ser, sempre, resguardados¹⁸⁴.

¹⁸⁰ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v 1. p 185.

¹⁸¹ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 64-65.

¹⁸² LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v 1. p 186.

¹⁸³ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 549.

¹⁸⁴ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v 1. p 187.

O princípio da presunção de inocência não pode ser menosprezado ou ignorado, pois serve como forma de resguardar o indivíduo e a sociedade de uma prestação jurisdicional punitivista.

Com relação à relevância social do princípio da presunção de inocência, Luigi Ferrajoli doutrina que:

[...] se é verdade que os direitos dos cidadãos são ameaçados não só pelos delitos mas também pelas penas arbitrárias – que a presunção de inocência não é apenas uma garantia de liberdade e de verdade, mas também uma garantia de segurança ou, se quisermos, de uma defesa social: da ‘específica’ segurança fornecida pelo Estado de direito e expressa pela confiança dos cidadãos na justiça, e daquela específica ‘defesa’ destes contra o arbítrio punitivo¹⁸⁵.

4.1.3 Princípio do *in dubio pro reo*

No contexto do processo penal, o acusado tem a sua inocência presumida. Nesse sentido, cabe ao Ministério Público o ônus de provar que a conduta praticada pelo réu foi típica, antijurídica e culpável.

Dessa maneira, vale o pensamento de Aury Lopes Júnior que afirma que “existe uma presunção que deve ser destruída pelo acusador, sem que o réu (e muito menos o juiz) tenha qualquer dever de contribuir nessa desconstrução (direito ao silêncio – *nemo tenetur se detegere*)¹⁸⁶”.

O princípio do *in dubio pro reo* consiste em uma regra de julgamento, vedando que o magistrado profira sentença condenatória em não havendo a comprovação da culpabilidade do acusado¹⁸⁷.

Com relação ao tema, é incorreto sustentar que o princípio do *in dubio pro reo* é relativizado nos Juizados Especiais Criminais. A exigência de arcabouço probatório para embasar uma condenação não varia a depender de onde o processo corra¹⁸⁸.

¹⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p 506.

¹⁸⁶ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 549.

¹⁸⁷ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 551.

¹⁸⁸ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 553.

4.1.4 Princípio do contraditório

Como cediço, o princípio do contraditório que tem uma relevância salutar com relação ao devido processo legal, consiste no “direito de participar, de manter uma contraposição em relação à acusação e de estar informado de todos os atos desenvolvidos no *iter procedimental*¹⁸⁹”.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê expressamente, em seu artigo 5º, inciso LV, que o contraditório deverá ser assegurado ao acusado em processo judicial, sendo resguardados os meios e recursos a ele inerentes¹⁹⁰.

A fim de demonstrar a importância do princípio do contraditório, vale a referência à doutrina de Aury Lopes Júnior:

O contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (expressão de interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado [e da sociedade] em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas)¹⁹¹.

O princípio do contraditório relaciona-se com o do *audiatur et altera pars*, o qual demanda a reconstrução dos fatos que compõem o delito levando-se em consideração elementos trazidos pela acusação e pela defesa¹⁹².

Desse como, o magistrado deve garantir a possibilidade da oitiva de ambas as partes do processo, mesmo que queiram gozar do *nemo tenetur se detegere*¹⁹³.

¹⁸⁹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v 1. p 190.

¹⁹⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm>. Acesso em: 22 set. 2016.

¹⁹¹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v 1. p 188.

¹⁹² LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v 1. p 189.

¹⁹³ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 555.

Vale ressaltar que a defesa não pode ser obrigada a praticar determinado ato. Todavia, deverá, portanto, arcar com as consequências que a omissão de tal conduta ocasionar. Em razão do princípio do contraditório, é dever do magistrado alertar as partes sobre os possíveis desdobramentos dos seus atos¹⁹⁴.

Levando-se em consideração o fato de o réu estar subjugado pelo Estado de duas formas (órgãos acusador e julgador), pode-se perceber que ele está em uma posição de hipossuficiência no contexto do processo penal. Entretanto, esse desequilíbrio é superado com a atenção ao princípio do contraditório, o qual garante a paridade de armas¹⁹⁵.

Assim, é interessante ver que Aury Lopes Júnior afirma que: “O contraditório é uma nota característica do processo, uma exigência política, e, mais do que isso, confunde-se com a própria essência do processo¹⁹⁶”.

Nesse contexto, veja-se que:

Numa visão contemporânea, o contraditório engloba o direito das partes de debater em frente ao juiz, mas não é suficiente que tenham a faculdade de ampla participação no processo; é necessário também que o juiz participe intensamente (não confundir com o juiz-inquisidor ou com a atribuição de poderes instrutórios ao juiz), respondendo adequadamente às petições e requerimentos das partes, fundamentando suas decisões (inclusive as interlocutórias), evitando atuações de ofício e as surpresas, ao sentenciar, é crucial que observe a correlação acusação-defesa-sentença¹⁹⁷.

O princípio do contraditório deve ser observado nos quatro momentos probatórios, quais sejam: postulação, admissão, produção e valoração. Quando atendido, o aludido princípio obsta uma eventual manipulação probatória por parte do magistrado¹⁹⁸.

4.1.5 Princípio de ampla defesa

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê expressamente, em seu artigo 5º, inciso LV, que a ampla defesa deverá ser

¹⁹⁴ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 68.

¹⁹⁵ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 68.

¹⁹⁶ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 555.

¹⁹⁷ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 556.

¹⁹⁸ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 558.

assegurada ao acusado em processo judicial, sendo resguardados os meios e recursos a ele inerentes¹⁹⁹.

O direito de defesa, que pode ser expresso pelo axioma *nulla probatio sine defensione*²⁰⁰, também possui extrema relevância no contexto do processo penal. Desse modo, ao réu deve ser resguardado o direito à defesa técnica, bem como à autodefesa.

A defesa técnica demanda o auxílio de uma pessoa que possua conhecimentos na área jurídica. Tal pessoa deverá atuar processualmente como advogado, advogado de defesa ou defensor²⁰¹.

A aplicação da defesa técnica garante a paridade de armas entre acusação e defesa. Diante da necessidade de tutelar o referido tema, o Código de Processo Penal possui previsão expressa em seu artigo 261, o qual dispõe que nenhum acusado, mesmo que esteja foragido, será processado e julgado sem a presença de um defensor²⁰².

Ademais, existe previsão legal no artigo 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos acerca do tema da defesa técnica²⁰³.

¹⁹⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1998. **Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui caocompilado.htm>. Acesso em: 22 set. 2016.

²⁰⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p 564.

²⁰¹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v 1. p 192.

²⁰² Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor. Parágrafo único. A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003). BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 22 set. 2016.

²⁰³ **Artigo 8. Garantias judiciais** 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g. direito de não

Com relação ao processo penal, existe uma presunção de hipossuficiência do réu. Nesse sentido, o acusado não teria condições de atuar processualmente, a fim de garantir a sua defesa por diversos motivos: por não ter conhecimentos necessários para “duelar” com a acusação; por desconhecer os trâmites processuais, o que pode gerar uma situação de falta de tranquilidade; por haver uma impossibilidade física, caso tenha a sua prisão decretada²⁰⁴.

A defesa técnica consiste na garantia de presença de um defensor nos atos processuais, essencialmente em se tratando de matéria probatória. Vale ressaltar que da defesa técnica o réu não pode dispor nem prescindir. A indisponibilidade da defesa técnica está relacionada, também, ao fato de que existe um interesse coletivo que demanda a apuração do possível fato típico, ilícito e culpável²⁰⁵.

Diante da imprescindibilidade da defesa técnica, o Estado deve garantir ao acusado um sistema público de defesa (Defensoria Pública) àqueles que não possuem condições financeiras de arcar com os custos de um advogado. O referido sistema deve estar bem estruturado e com vistas a atuar de forma rápida e concisa, uma vez que a possível inocência do acusado diz respeito ao interesse social, não individual²⁰⁶.

Nessa toada, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 determina, em seu artigo 5º, inciso LXXIV, que o Estado deve resguardar o gozo de uma assistência judiciária gratuita para aqueles que comprovarem a impossibilidade de arcar com os custos financeiros²⁰⁷.

ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Interamericana de Direitos Humanos, de 22 novembro de 1969. San José, Costa Rica. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 23 setembro 2016.

²⁰⁴ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v 1. p 192.

²⁰⁵ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 559.

²⁰⁶ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v 1. p 193.

²⁰⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 set. 2016.

Além disso, no artigo 134 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, existe também previsão legal com relação aos trâmites de funcionamento da Defensoria Pública²⁰⁸.

No Brasil, malgrado não exista previsão legal a esse respeito, a jurisprudência determinou que é vedado a um advogado atuar na defesa de mais de um réu. Desse modo, em havendo pleitos contrapostos na tese defensiva, a atuação de um mesmo advogado poderia macular o exercício do direito de defesa²⁰⁹.

Atualmente, a presença de um advogado na duração processual tem relevância salutar, pois garante, dessa forma, a segurança jurídica do acusado. Nessa toada, cabe ao defensor realizar a salvaguarda dos direitos fundamentais do acusado, e, em razão disso, deve atuar da melhor forma possível. Cabe, portanto, a alusão ao pensamento de Aury Lopes Júnior, ao dispor que “o defensor unicamente tem que vigiar o processo penal para evitar infrações da lei ou injustiças contra seu cliente, sem, é claro, atuar fora da legalidade”²¹⁰.

Em razão disso, o Código de Processo Penal passou a garantir a indispensabilidade durante a realização do interrogatório do réu. Nesse contexto, os artigos 185²¹¹ e 188²¹² do referido diploma normativo passaram a prever a

²⁰⁸ Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014). § 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. (Renumerado do parágrafo único pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). § 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). § 3º Aplica-se o disposto no § 2º às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 74, de 2013). § 4º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014) BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 set. 2016.

²⁰⁹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v 1. p 194.

²¹⁰ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v 1. p 194-195.

²¹¹ Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003). § 1º O interrogatório do réu preso será realizado, em sala

necessidade da presença de um advogado nos interrogatórios policial e judicial, podendo o mesmo realizar perguntas.

A autodefesa, por sua vez, consiste na possibilidade de o imputado poder resistir aos ataques da acusação, o que pode ser feito de uma maneira positiva ou negativa. A defesa pessoal positiva traduz-se na prática de algumas condutas pelo réu, a exemplo de: fazer declarações, participar de reconhecimentos, dentre outros.

própria, no estabelecimento em que estiver recolhido, desde que estejam garantidas a segurança do juiz, do membro do Ministério Público e dos auxiliares bem como a presença do defensor e a publicidade do ato. (Redação dada pela Lei nº 11.900, de 2009). § 2º Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades: (Redação dada pela Lei nº 11.900, de 2009): I - prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento; (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009); II - viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal; (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009); III - impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código; (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009); IV - responder à gravíssima questão de ordem pública. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009). § 3º Da decisão que determinar a realização de interrogatório por videoconferência, as partes serão intimadas com 10 (dez) dias de antecedência. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009). § 4º Antes do interrogatório por videoconferência, o preso poderá acompanhar, pelo mesmo sistema tecnológico, a realização de todos os atos da audiência única de instrução e julgamento de que tratam os arts. 400, 411 e 531 deste Código. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009). § 5º Em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor; se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009). § 6º A sala reservada no estabelecimento prisional para a realização de atos processuais por sistema de videoconferência será fiscalizada pelos corregedores e pelo juiz de cada causa, como também pelo Ministério Público e pela Ordem dos Advogados do Brasil. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009). § 7º Será requisitada a apresentação do réu preso em juízo nas hipóteses em que o interrogatório não se realizar na forma prevista nos §§ 1º e 2º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009). § 8º Aplica-se o disposto nos §§ 2º, 3º, 4º e 5º deste artigo, no que couber, à realização de outros atos processuais que dependam da participação de pessoa que esteja presa, como acareação, reconhecimento de pessoas e coisas, e inquirição de testemunha ou tomada de declarações do ofendido. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009). § 9º Na hipótese do § 8º deste artigo, fica garantido o acompanhamento do ato processual pelo acusado e seu defensor. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009). § 10. Do interrogatório deverá constar a informação sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016) BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 25 set. 2016.

²¹² Art. 188. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003). BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 25 set. 2016.

A autodefesa negativa significa o direito que o imputado goza de não produzir provas contra si mesmo, ou seja, é a tradução do *nemo tenetur se detegere*²¹³.

O momento do interrogatório, policial ou judicial, pode ser definido como aquele em que se pode ter a visão clara do exercício da autodefesa. Nessa fase, o investigado/réu pode optar em falar ou permanecer em silêncio, sem que essa conduta o prejudique, tendo em vista a aplicação do princípio da presunção de inocência. Ademais, é lícita a não participação de demais diligências que possam ser prejudiciais ao seu pleito defensivo²¹⁴.

A autodefesa, ao contrário da defesa técnica, em seu aspecto negativo, pode ser renunciada pelo investigado/acusado. Contudo, cabe ao magistrado resguardar que o sujeito passivo a exerça, devendo estar restrita ao investigado/acusado a decisão de praticar uma ação ou omissão²¹⁵.

Em seu aspecto positivo, por sua vez, a autodefesa consiste na possibilidade de uma prática de atos que o defendam do poder punitivo estatal. Nesse sentido, o sujeito passivo deve sempre saber qual a sua qualidade no bojo do processo penal, a fim de que possa defender-se no contexto dos interrogatórios policial/judicial²¹⁶.

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, inciso LXIII²¹⁷, prevê expressamente o direito ao silêncio. Como a previsão constitucional diz respeito a um estado de restrição da liberdade, o sujeito passivo que esteja solto também pode gozar do referido direito.

Seguindo a linha da previsão constitucional, o artigo 186 do Código de Processo Penal²¹⁸ dispõe que, depois de ser qualificado e tomar ciência do

²¹³ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 560.

²¹⁴ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 71.

²¹⁵ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v 1. p 195.

²¹⁶ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v 1. p 196.

²¹⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1998. **Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 set. 2016.

²¹⁸ Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003). Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003). BRASIL. Decreto-Lei

conteúdo acusatório, o réu será alertado pelo juiz de que, antes do início da sessão de interrogatório, poderá permanecer calado.

Além disso, conforme o teor do artigo 185 do Código de Processo Penal²¹⁹, é imprescindível que o réu esteja assistido por um defensor no momento da realização do seu interrogatório, seja ela policial ou judicial.

Ademais, o artigo 188 do Código de Processo Penal²²⁰ ainda determina que a participação efetiva do advogado durante a duração do interrogatório.

nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 25 set. 2016.

²¹⁹ Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003). § 1º O interrogatório do réu preso será realizado, em sala própria, no estabelecimento em que estiver recolhido, desde que estejam garantidas a segurança do juiz, do membro do Ministério Público e dos auxiliares bem como a presença do defensor e a publicidade do ato. (Redação dada pela Lei nº 11.900, de 2009). § 2º Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades: (Redação dada pela Lei nº 11.900, de 2009): I - prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminoso ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento; (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009); II - viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal; (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009); III - impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código; (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009); IV - responder à gravíssima questão de ordem pública. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009). § 3º Da decisão que determinar a realização de interrogatório por videoconferência, as partes serão intimadas com 10 (dez) dias de antecedência. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009). § 4º Antes do interrogatório por videoconferência, o preso poderá acompanhar, pelo mesmo sistema tecnológico, a realização de todos os atos da audiência única de instrução e julgamento de que tratam os arts. 400, 411 e 531 deste Código. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009). § 5º Em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor; se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009). § 6º A sala reservada no estabelecimento prisional para a realização de atos processuais por sistema de videoconferência será fiscalizada pelos corregedores e pelo juiz de cada causa, como também pelo Ministério Público e pela Ordem dos Advogados do Brasil. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009). § 7º Será requisitada a apresentação do réu preso em juízo nas hipóteses em que o interrogatório não se realizar na forma prevista nos §§ 1º e 2º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009). § 8º Aplica-se o disposto nos §§ 2º, 3º, 4º e 5º deste artigo, no que couber, à realização de outros atos processuais que dependam da participação de pessoa que esteja presa, como acareação, reconhecimento de pessoas e coisas, e inquirição de testemunha ou tomada de declarações do ofendido. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009). § 9º Na hipótese do § 8º deste artigo, fica garantido o acompanhamento do ato processual pelo acusado e seu defensor. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009). § 10. Do interrogatório deverá constar a informação sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016). BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 25 set. 2016.

²²⁰ Art. 188. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e

Nesse sentido, consoante a explicação de Aury Lopes Júnior:

O interrogatório deve ser um ato espontâneo, livre de pressões ou torturas (físicas ou mentais). É necessário estabelecer um limite máximo para a busca da verdade e para isso estão os direitos fundamentais. Por isso, hoje em dia, o dogma da verdade material cedeu espaço para a verdade juridicamente válida, obtida com pleno respeito aos direitos e garantias fundamentais do sujeito passivo e conforme os requisitos estabelecidos na legislação²²¹.

Assim, o interrogatório não pode ser feito com o réu sob o efeito de hipnose, de métodos químicos ou físicos ou por polígrafos²²². Além disso, a aplicação desses métodos é vedada constitucionalmente, com fulcro no artigo 5º, inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988²²³.

Conforme leciona Aury Lopes Júnior:

O interrogatório deve ser tratado como um verdadeiro ato de defesa, em que se dá a oportunidade ao imputado para que exerça a sua defesa pessoal. Para isso, deve ser considerado como um direito e não como um dever, assegurando-se o direito de silêncio e de não fazer prova contra si mesmo, sem que dessa inércia resulte para o sujeito passivo qualquer prejuízo jurídico²²⁴.

Como cediço, o artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988²²⁵ traz a previsão do direito ao silêncio. Ademais, o item 8.2 da

relevante. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003). BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 25 set. 2016.

²²¹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v 1. p 197-198.

²²² LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v 1. p 198.

²²³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante. BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 25 set. 2016.

²²⁴ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v 1. p 199.

²²⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos**, Brasília, DF.

Convenção Interamericana de Direitos Humanos²²⁶ também faz referência ao aludido direito. Em razão desses diplomas normativos, o Código de Processo Penal adaptou-se às previsões legislativas conforme o disposto no seu artigo 186²²⁷.

Um dos desdobramentos do direito ao silêncio é o alerta, pela autoridade policial ou pelo magistrado, de que o investigado/acusado pode não responder as perguntas que lhe forem direcionadas. O sujeito passivo deve ter ciência das suas garantias, sob pena de decretação de nulidade do ato ante clara violação constitucional²²⁸.

O direito de se calar está inserido dentro de um contexto muito maior, o princípio do *nemo tenetur se detegere*, de acordo com o qual “o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório²²⁹”.

De acordo com Luigi Ferrajoli, “[...] o *nemo tenetur se detegere* é a primeira

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 set. 2016.

²²⁶ **Artigo 8. Garantias judiciais** 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c. concessão ao acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Interamericana de Direitos Humanos, de 22 novembro de 1969. San José, Costa Rica. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 25 set. 2016.

²²⁷ Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003). Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003). BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 25 set. 2016.

²²⁸ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v 1. p 200.

²²⁹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v 1. p 200.

máxima do garantismo processual acusatório²³⁰”.

Consoante esse autor, do princípio do *nemo tenetur se detegere* decorrem outros, quais sejam: a vedação da tortura espiritual, bem como de se obter a confissão a partir de meios violentos, o direito ao silêncio, o direito de ter a presença de um advogado durante o interrogatório, dentre outros²³¹.

Ademais, Luigi Ferrajoli doutrina que:

[...] tendo como fim permitir a defesa do réu, o interrogatório deve subordinar-se a uma série de regras de lealdade processual: a imediação ou do mesmo modo a tempestividade; a contestação verbal não só das acusações, mas de todos os argumentos e resultados instrutórios que se opõem às deduções defensivas; a proibição de perguntas tendenciosas e a clareza e univocidade das perguntas propostas; a proibição de qualquer lisonja ou pressão direta ou indireta ao imputado de modo a induzi-lo ao arrependimento e à colaboração com a acusação; a compilação original do auto de interrogatório por parte do interrogado em caso de processo escrito e o registro de seu depoimento em caso de processo oral; a tolerância a todas as suas interrupções ou intemperanças; a obrigação de ‘investigar as circunstâncias levantadas pelo réu’; e, sobretudo, a liberdade pessoal do imputado, que só é garantida pela igualdade com a acusação, pela seriedade dos depoimentos e pela capacidade de autodefesa²³².

Deve-se atentar para o fato de que a recusa de produzir provas contra si mesmo, exercendo o direito de se calar, não pode presumir indício de culpa, tendo em vista o princípio da presunção de inocência²³³.

4.1.6 Princípio da identidade física do juiz

O sistema processual adotado no Brasil determina que o mesmo juiz que realize a colheita de provas seja o responsável por processar e julgar a ação penal. Tal determinação está prevista no artigo 399, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal²³⁴.

²³⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 560.

²³¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 560.

²³² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 560.

²³³ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v 1. p 201.

²³⁴ Art. 399. Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008). § 2º O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008). BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos**,

A fim de que o princípio da identidade física do juiz seja resguardado, existe a imposição de que a instrução penal seja efetuada em uma única audiência ou, caso não seja possível, em audiências realizadas em um curto período de tempo²³⁵.

Como consectários lógicos desse princípio, deve haver o respeito aos “subprincípios da oralidade, concentração dos atos e imediatidade²³⁶”.

O princípio da identidade física do juiz também é passível de críticas, pois o magistrado que teve acesso aos autos a todo o tempo pode se “contaminar” com os preconceitos decorrentes da colheita probatória, maculando, dessa maneira, a imparcialidade do julgador.

Assim, vale a alusão ao pensamento de Aury Lopes Júnior:

O princípio da identidade física do juiz traz vantagens e inconvenientes. O juiz que presidiu a coleta de prova e teve contato direto com as testemunhas, peritos, vítimas e o imputado tem uma visão mais ampla do caso penal submetido a julgamento. Essa é uma vantagem, mas, ao mesmo tempo, pode ser um grave inconveniente. Isso porque, esse juiz pode estar contaminado, seduzido pelos seus prejulgamentos e sem alheamento o suficiente para ponderar a prova colhida e julgar com serenidade. Esse pode ser um grave problema²³⁷.

Malgrado hajam algumas críticas com relação ao tema, as vantagens superam as desvantagens, pois o processo visa o convencimento do magistrado.

Além disso, é importante frisar que, a expedição de cartas precatórias para produção de provas, não denega a relevância do princípio da identidade física do juiz²³⁸.

4.1.7 Princípio do livre convencimento motivado do juiz

Antes de tecer considerações acerca do princípio do livre convencimento motivado do juiz, deve-se fazer alusão aos diferentes sistemas de valoração probatória. Com relação ao tema da valoração das provas, existem três sistemas, quais sejam: o legal, a íntima convicção e o livre convencimento motivado.

Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 19 set. 2016.

²³⁵ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 564.

²³⁶ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 564.

²³⁷ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 564.

²³⁸ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 565.

O sistema legal de provas trabalha com uma hierarquização do sistema probatório, estabelecendo uma espécie de tabela valorativa, com previsão legislativa, para as provas penais²³⁹.

Desse modo, o sistema legal de provas tornou a atividade do julgador menos discricionária e limitava-se a analisar o acervo probatório colacionado aos autos²⁴⁰.

O sistema da prova tarifada ainda está em voga no Código de Processo Penal vigente no Brasil, em seu artigo 158, o qual trata da imprescindibilidade do exame de corpo de delito, quando o crime for material e, por conseguinte, tiver resultado naturalístico²⁴¹.

No sistema da íntima convicção, a fundamentação da decisão é prescindível, pois “o processo era resolvido conforme o foro íntimo, interno de quem emitia o veredicto, sem a necessidade de motivação da decisão²⁴²”.

Assim, no sistema da íntima convicção, o magistrado pode agir com alto grau de discricionariade e possui elevadíssima liberdade para exarar seu *decisum*²⁴³. Malgrado o referido sistema seja adotado no Brasil no âmbito do Tribunal do Júri, críticas são salutares. O sistema da íntima convicção permite que estereótipos fundamentem uma decisão judicial, o que é gravemente prejudicial ao réu.

No sistema do livre convencimento motivado, previsto no artigo 155 do Código de Processo Penal²⁴⁴, não há limitações ao poder decisório do magistrado, contudo o mesmo não pode elaborar seu *decisum* sem fundamentação adequada²⁴⁵.

De acordo com esse sistema, o magistrado não deve se submeter à comoção social nem aos interesses econômicos e políticos. Ademais, é característica desse

²³⁹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 561.

²⁴⁰ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 73.

²⁴¹ Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado. BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 19 set. 2016.

²⁴² DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 73.

²⁴³ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 562.

²⁴⁴ Art. 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. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008); Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008). BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 19 set. 2016.

²⁴⁵ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 562.

sistema a ausência da hierarquização probatória. Nesse sentido, leciona Aury Lopes Júnior: “[...] nenhuma delas tem maior prestígio ou valor que as outras, nem mesmo as provas técnicas²⁴⁶”.

A caracterização do sistema do livre convencimento motivado é criticada por alguns autores, sob o argumento de que a atuação do juiz não seria tão independente assim. Nessa toada, estaria o magistrado vinculado à apreciação probatória, uma vez que não poderia embasar a sua decisão em meras elucubrações²⁴⁷.

4.2 O RECONHECIMENTO DE PESSOAS E SUA ADEQUAÇÃO NAS CATEGORIAS PROBATÓRIAS

O reconhecimento de pessoas é um tipo de prova que possui previsão legislativa no texto do Código de Processo Penal. Entretanto, deve-se levar em consideração a sua grande falibilidade, uma vez que é um tipo probatório que necessita da memória do indivíduo que irá atuar como o reconhecedor.

Desse modo, tendo em vista que o tempo é um dos elementos aptos a influenciar o esquecimento de informações codificadas na memória, a sua produção probatória deve ser antecipada, a fim de que o seu resultado possa ser resguardado.

Trabalha-se, nesse sentido, a ideia de que o reconhecimento deve possuir a natureza jurídica de prova irrepitível, o qual deve ter a sua produção antecipada, uma vez que o tempo tem influência direta no seu resultado²⁴⁸.

4.2.1 O reconhecimento como meio de prova típico

O reconhecimento de pessoas e coisas pode ser considerado um meio de prova típico, pois possui previsão legislativa expressa nos artigos 226 a 228²⁴⁹, referentes ao Capítulo VII Código de Processo Penal vigente no Brasil.

²⁴⁶ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 562.

²⁴⁷ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 562.

²⁴⁸ LOPES, Mariângela Tomé. **O reconhecimento como meio de prova: necessidade de reformulação do direito brasileiro**. São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-10092012-160242/pt-br.php>>.

²⁴⁹ 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

Os referidos artigos serão analiticamente detalhados e criticados no Capítulo seguinte.

4.2.2 O reconhecimento como meio de prova não repetível e a necessidade de sua produção antecipada

As provas penais irrepetíveis podem ser conceituadas como os meios probatórios que devem ser colhidos ao tempo da sua descoberta, caso contrário não poderá ser coletada em momento posterior²⁵⁰.

Tendo em vista que são produzidas na fase pré-processual, mas que podem incriminar o investigado, deve ser resguardada a garantia penal da ampla defesa, principalmente na modalidade defesa técnica²⁵¹.

Em muitas casos o gozo da defesa técnica não é disponibilizado, prejudicando, dessa maneira, o investigado. Cabe, nesse sentido, uma crítica com relação à atuação investigativa da polícia que, em muitas vezes, atropela garantias constitucionais.

Assim, a sessão de reconhecimento pessoal deve ser realizada com a presença das partes e do magistrado, garantindo, desse modo, que o contraditório seja aplicado ao ato²⁵².

Ademais, com relação ao reconhecimento de pessoas pode-se sustentar que o ato deve ser realizado em momento inicial da investigação, pois deve-se ter em

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.

Art. 227. No reconhecimento de objeto, proceder-se-á com as cautelas estabelecidas no artigo anterior, no que for aplicável.

Art. 228. Se várias forem as pessoas chamadas a efetuar o reconhecimento de pessoa ou de objeto, cada uma fará a prova em separado, evitando-se qualquer comunicação entre elas. BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos**, Brasília, DF. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 21 out. 2016.

²⁵⁰ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 335.

²⁵¹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 335.

²⁵² LOPES, Mariângela Tomé. **O reconhecimento como meio de prova: necessidade de reformulação do direito brasileiro**. São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-10092012-160242/pt-br.php>>.

mente o fato de que a passagem do tempo pode gerar o esquecimento do reconhecedor²⁵³.

Levando-se em consideração que o reconhecimento seria um meio de prova irrepitível, a violação da sequência concatenada de atos prevista no bojo do Código de Processo Penal deve acarretar a nulidade do ato²⁵⁴.

O Código de Processo Penal em seu artigo 155²⁵⁵ prevê que o magistrado formará a sua convicção após a apreciação da prova produzida em atenção ao contraditório, lhe sendo vedado fundamentar a sua decisão exclusivamente em elementos do inquérito policial, com exceção de provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

No entanto, a redação do artigo peca por não trazer a definição do que seriam provas cautelares, irrepitíveis e antecipadas. Desse modo, o legislador brasileiro deveria reformar esse dispositivo, a fim de que haja a conceituação, bem como a previsão dos trâmites dessas modalidades probatórias²⁵⁶.

Deve-se perceber que não são somente provas técnicas que possuem o caráter de irrepitibilidade da prova penal. Conforme demonstrado em Capítulo antecedente, o esquecimento de informações codificadas na memória também são aptas a dificultar o deslinde de um processo penal.

Desse modo, resta-se justificada a necessidade de antecipação da produção probatória relativa ao reconhecimento de pessoas. Caso contrário, o acusado pode ter a sua condenação erroneamente decretada com base em um meio de prova maculado pela incidência de falsas memórias.

²⁵³ LOPES, Mariângela Tomé. **O reconhecimento como meio de prova:** necessidade de reformulação do direito brasileiro. São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-10092012-160242/pt-br.php>>.

²⁵⁴ LOPES, Mariângela Tomé. **O reconhecimento como meio de prova:** necessidade de reformulação do direito brasileiro. São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-10092012-160242/pt-br.php>>.

²⁵⁵ Art. 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. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008) Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008). BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 21 out. 2016.

²⁵⁶ LOPES, Mariângela Tomé. **O reconhecimento como meio de prova:** necessidade de reformulação do direito brasileiro. São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-10092012-160242/pt-br.php>>.

5 ENCARCERANDO INOCENTES: A INFLUÊNCIA DAS FALSAS MEMÓRIAS NO RECONHECIMENTO DE PESSOAS COMO FUNDAMENTO PARA CONDENAÇÕES EQUIVOCADAS

O presente Capítulo tem a função de tecer considerações acerca da chamada “verdade real”, a qual, infelizmente, ainda é buscada nos trâmites de alguns processos penais brasileiros. A “verdade real” tem o condão de justificar arbitrariedades e medidas discricionárias pelos operadores do Direito, as quais merecer ser alvos de severas críticas.

Além disso, cabe uma análise minuciosa dos dispositivos do Código de Processo Penal, vigente no Brasil, atinentes à modalidade probatória do reconhecimento de pessoas.

É determinante, ainda, a observância ao Projeto de Lei n. 8.045, de 2010, tendente a reformar o atual Código de Processo Penal, para que sejam detalhadas as possíveis mudanças nas tratativas do reconhecimento de pessoas.

Por fim, cabe a correlação entre o reconhecimento de pessoas, meio de prova, e a ocorrência de falsas memórias, as quais podem prejudicar e muito os trâmites processuais, bem como os acusados.

Uma condenação embasada em falsas memórias é algo muito delicado, pois a vítima ou testemunha não consegue discernir a falseabilidade do seu reconhecimento.

5.1 A “VERDADE REAL” E O PROCESSO PENAL

Preliminarmente, cabe a conceituação de Alexandre Morais da Rosa que sustenta que “a verdade real é empulhação ideológica que serve para ‘acalmar’ a consciência de acusadores e julgadores. A ilusão da informação perfeita no processo recebe o nome de verdade real²⁵⁷”.

²⁵⁷ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto processo penal conforme a teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p 161.

É frequente o pensamento de alguns magistrados de que eles devem agir com vistas a desvendar a verdade daqueles fatos, pois essa seria a única maneira de realizar a justiça naquele caso concreto.

Assim, a missão de desvendar a “verdade real”, a qual estaria encoberta e esperando para revelar os seus verdadeiros contornos, é tida por alguns doutrinadores e operadores do Direito como uma obrigação do magistrado²⁵⁸.

Ademais, em se tratando de decisões judiciais, há a constante busca da “verdade” concretizada com a prolação da sentença. Em virtude disso, existe a necessidade de discutir a respeito da chamada “verdade real”, a fim de demonstrar as suas falácias.

No entanto, impende salientar que a ideia de “verdade real” arraigada no mundo jurídico é claramente distinta daquela que permeia das demais ciências naturais ou sociais, uma vez que nesses campos, a verdade prescinde de investigação, pois seria resultado de um consenso entres os participantes de um determinado evento²⁵⁹.

Em nome da descoberta da “verdade real”, os juízes agem com poderes probatórios tão alargados que fica legitimada a produção de elementos de prova acerca dos chamados fatos incontroversos²⁶⁰.

Malgrado existam diversas discussões abrangendo os problemas decorrentes de instrumentos inquisitórios, a análise da doutrina nacional demonstra que ainda existe a aplicação de facetas inquisitoriais no processo penal brasileiro.

Deve-se ter sempre em mente que as incessantes investidas a fim de concretizar a aplicação do sistema penal acusatório de nada adiantam se o conceito de “verdade real” ainda permear as entranhas do processo penal.

Nesse diapasão, vale a alusão ao pensamento de Aury Lopes Júnior, que dispõe sobre a “relevância de desconstruir o mito da verdade real na medida em que

²⁵⁸ MENDES, Regina Lucia Teixeira. Verdade real e livre convencimento: o processo decisório judicial brasileiro visto de uma perspectiva empírica. **DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, v. 5, n. 3, jul./ago./set. 2012. Disponível em: <<http://revistadil.dominiotemporario.com/doc/DILEMAS-5-3-Art4.pdf>>.

²⁵⁹ MENDES, Regina Lucia Teixeira. Verdade real e livre convencimento: o processo decisório judicial brasileiro visto de uma perspectiva empírica. **DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, v. 5, n. 3, jul./ago./set. 2012. Disponível em: <<http://revistadil.dominiotemporario.com/doc/DILEMAS-5-3-Art4.pdf>>.

²⁶⁰ MENDES, Regina Lucia Teixeira. Verdade real e livre convencimento: o processo decisório judicial brasileiro visto de uma perspectiva empírica. **DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, v. 5, n. 3, jul./ago./set. 2012. Disponível em: <<http://revistadil.dominiotemporario.com/doc/DILEMAS-5-3-Art4.pdf>>.

é uma artimanha engendrada nos meandros da inquisição para justificar o substancialismo penal e o decisionismo processual (utilitarismo), típicos do sistema inquisitório²⁶¹”.

A ideia da “verdade real” guarda correlação com as características do sistema penal inquisitório. O referido instrumento era embasado por um interesse público, argumento que legitimou severas barbaridades contra os acusados. Ademais, estava diretamente ligada à figura do juiz inquisidor, também possibilitando a inflicção de torturas corporais atrozes²⁶².

Fruto direto da inquisição, a “verdade real” incorporava a máxima de que “os fins justificam os meios”, fundamentando a adoção de políticas públicas deveras abusivas²⁶³.

Contudo, deve-se atentar para o fato de que para o bom funcionamento do processo penal, somente uma verdade processual poderia ser aplicada. Verdade essa que somente será atingida em havendo a atenção às determinações concernentes aos fatos com relevância penal²⁶⁴.

Vale, ainda, a diferenciação entre a verdade científica e a verdade trazida na decisão judicial. Nesta o magistrado é o único investigador, o qual teve a sua competência para tal fixada em lei. Tendo em vista que a decisão exarada pelo juízo pode ter sido incorreta, garantias devem ser resguardadas ao réu, a fim de que ele possa revertê-la²⁶⁵.

Assim, deve-se ter em conta que a “verdade real” não pode ser alcançada, uma vez que o processo gira em torno de um fato histórico, o qual será imaginado a fim de que o julgamento possa ser efetuado²⁶⁶.

Entretanto, há quem erroneamente defenda que o magistrado tem o dever de descortinar a verdade, a qual é objeto do processo. Somente após isso, o juiz será hábil de praticar a justiça referente ao caso²⁶⁷.

²⁶¹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 566.

²⁶² LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 566.

²⁶³ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 566.

²⁶⁴ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 567.

²⁶⁵ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 567.

²⁶⁶ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 568.

²⁶⁷ MENDES, Regina Lucia Teixeira. Verdade real e livre convencimento: o processo decisório judicial brasileiro visto de uma perspectiva empírica. **DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, v. 5, n. 3, jul./ago./set. 2012. Disponível em: <<http://revistadil.dominiotemporario.com/doc/DILEMAS-5-3-Art4.pdf>>.

Nesse sentido, conforme leciona Aury Lopes Júnior “é o absurdo de equiparar o real ao imaginário. O real só existe no presente. O crime é um fato passado, reconstruído no presente, logo, no campo da memória, do imaginário. A única coisa que ele não possui é um dado de realidade²⁶⁸”.

Diante disso, deve-se ter em conta que o processo penal visa a reconstrução de um fato pretérito no contexto do presente, o que é suficiente para não se falar em realidade. Nessa toada, vale a alusão ao pensamento de Aury Lopes Júnior que sustenta que “o crime é história, passado e, como tal, depende da memória de quem narra. A fantasia/criação faz com que o narrador preencha os espaços em branco deixados na memória com as experiências verdadeiras, mas decorrentes dos acontecimento”²⁶⁹.

Ademais, deve-se levar em consideração que o elemento temporal influencia diretamente no processo penal, uma vez que o tempo impede a recuperação mais efetiva da memória²⁷⁰.

A verdade, de acordo com Aury Lopes Júnior, pode ser tida como um excesso epistêmico, pois cada parte traz a sua “verdade” para ser discutida no processo, o que ocasionará em uma sobreposição de visões distintas acerca de um tema, ensejando a incompreensão de muitas verdades a um só fato²⁷¹.

Pode-se, ainda, ser apontada uma questão em relação aos trâmites processuais penais, que envolvem a verdade e o tempo. Haveria a ação de um juiz no tempo presente, a fim de julgar um fato passado, ensejando efeitos no futuro. Isso obsta a aplicação da verdade ao processo penal²⁷².

Com relação ao papel do magistrado no processo penal, veja-se o pensamento de Aury Lopes Júnior:

o juiz no processo penal tem uma atividade similar à do historiador, de modo que ele elimina dados (consciente ou inconscientemente), conserva outros [...] e também tem de conviver com uma infinidade de elementos fáticos que lhe são subtraídos, quer pelas partes (pois é elementar que elas trazem para o processo a ‘parte’ da história do delito que lhes interessa, [...]), quer pela própria complexidade (que não permite a apreensão do

²⁶⁸ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 568.

²⁶⁹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 571-572.

²⁷⁰ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 573.

²⁷¹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 573.

²⁷² LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 573.

'todo'). E tudo isso é feito dentro do ritual do judiciário, com seus limites e deformações²⁷³.

Importante pensar que a verdade trazida no bojo da sentença é um instituto mitológico. Esse mito, o qual guarda estreita ligação com o sistema processual inquisitório, estrutura todo o curso do processo e, em nome da descoberta da “verdade”, confere ao juiz uma série de poderes instrutórios²⁷⁴.

Caso fosse aplicado um sistema processual penal acusatório, por sua vez, a batalha pelo convencimento do magistrado seria travada somente pelas partes, não existindo a obrigatoriedade de descortinar uma “verdade”²⁷⁵.

O processo penal não pode servir como um instrumento para revelar supostas “verdades reais”. Isso seria uma clara afronta ao processo penal democrático. Além disso, poderes instrutórios conferidos ao magistrado são claramente violadores do sistema processual que a Constituição da República Federativa do Brasil pretende seguir.

Cabe, nesse sentido, a crítica tecida por Aury Lopes Júnior:

Não se pode mais admitir que o processo penal sirva para ‘fazer crer’ – às pessoas – que ele determina a ‘verdade’ dos fatos. Isso sempre serviu para legitimar o poder e buscar uma proteção para a razão moderna, bem como reforçar o papel divino do juiz (boca da lei). Isso era (e continua sendo) útil, porque é útil que os cidadãos assim o pensem, ainda que na realidade isso não suceda, e quiçá precisamente, porque na realidade essa tal verdade não pode ser obtida, é que se necessita reforçar a crença. Ou seja, a verdade no processo penal é inacessível, mas, conscientes disso, (eles) montam uma estrutura que precisa legitimar a submissão ao poder, através da afirmação de que a sentença e o juiz são portadores da revelação do sagrado (verdade). Esse é o engenho que não podemos mais tolerar, pois também é pensado para negar a subjetividade e todos os diversos fatores psicológicos que afetam o ato de julgar, persistindo no mundo onírico de um juiz fora-do-mundo, neutro, boca da lei, etc²⁷⁶.

Assim, nesse molde, a sentença não deve buscar uma “verdade”. Cabe ao magistrado, no contexto de sua elaboração, manifestar o seu convencimento, o qual foi formado em um exercício do contraditório, atendendo, frequentemente, as regras processuais²⁷⁷.

²⁷³ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 573.

²⁷⁴ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 574.

²⁷⁵ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 574.

²⁷⁶ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 575.

²⁷⁷ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 575.

O processo penal, portanto, trabalha com a elaboração de uma retrospectiva, a qual deve levar em consideração todo o lastro probatório produzido em atenção ao contraditório, a fim de que o juiz exare uma sentença com o conteúdo pertinente ao seu convencimento. Nesse sentido, o poder do magistrado prescinde de uma “verdade” ou não estaria legitimado. O que o juiz deve levar em consideração é a aplicação efetiva do contraditório, pois esse é o elemento essencial para a legitimação do seu poder²⁷⁸.

No entanto, malgrado essas considerações tenham sido tecidas, a questão da “verdade” ainda é aplicada ao processo. Todavia, deve-se levar em consideração que ela ainda legitima uma clara quebra na imparcialidade do julgador, o qual também possui uma estranha iniciativa probatória.

Nesse sentido, de acordo com os pensamentos de Regina Lúcia Teixeira Mendes:

A questão da verdade como finalidade última do processo, por ser entendida no campo jurídico brasileiro como via de mão única para chegar à justiça, traz à tona a questão da mentira, das partes ou das testemunhas, na formação do convencimento do julgador. A representação dos julgadores nas entrevistas concedidas explicita preocupação em discernir se o que eles estão ouvindo das partes ou das testemunhas é verdade ou mentira. Ora, a preocupação com a mentira de uma das partes deveria estar na esfera de preocupação da parte contrária. Deveria competir a cada parte comprovar e desacreditar as alegações da outra parte, uma vez que esse exercício integra a disputa pelo sucesso da causa e da construção de uma verdade na qual houve efetiva participação das partes²⁷⁹.

A discussão da “verdade” no contexto do processo penal deve, portanto, configurar um diferente prisma. De acordo com Aury Lopes Júnior:

A verdade assim é contingencial e a legitimação da decisão se dá através da estrita observância do contraditório e das regras do devido processo. São essas regras que, estruturando o ritual judiciário, devem proteger do decisionismo e também do outro extremo, onde se situa o poder inquisitório da verdade real²⁸⁰.

²⁷⁸ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 576.

²⁷⁹ MENDES, Regina Lucia Teixeira. Verdade real e livre convencimento: o processo decisório judicial brasileiro visto de uma perspectiva empírica. **DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, v. 5, n. 3, jul./ago./set. 2012. Disponível em: <<http://revistadil.dominiotemporario.com/doc/DILEMAS-5-3-Art4.pdf>>.

²⁸⁰ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 577.

Todavia, essa “verdade” deve ser buscada com certa parcimônia, pois a gana na sua busca implica na obstrução do atendimento ao contraditório, prejudicando o deslinde de um processo penal constitucional e democrático²⁸¹.

Em se tratando desse tema, pode-se, também, fazer uma crítica a respeito da anexação do inquérito policial aos autos. Essa prática é claramente prejudicial ao réu e atentatória ao sistema processual penal acusatório, uma vez que essas peças muitas vezes não foram elaboradas sob o crivo do contraditório. Assim, há a inserção de um documento no processo que apenas serve para embasar a acusação ao tempo da denúncia. O grande problema ocorre quando os magistrados firmam a sua convicção com base nos elementos colhidos na fase pré-processual sem a atenção devida ao contraditório.

Esse é um grande problema decorrente de uma incessante busca pela verdade, o que não pode acontecer, pois há a clara violação das garantias processuais do acusado.

Outra questão a ser apontada é a da atuação judicial com vistas à produção probatória. O artigo 156 do Código de Processo Penal ²⁸² legitima práticas inquisitoriais no contexto de um processo que pretende atender as exigências acusatórias. Vale dizer que esse dispositivo também é claramente prejudicial ao réu, uma vez que permite a violação da imparcialidade do julgador.

Desse modo, em se tratando da questão da “verdade real” deve-se ter em conta que a sua aplicação ao processo penal é deveras falaciosa. Entretanto, não se questiona que o processo penal seja direcionado ao desvendar de uma “verdade”, a qual deve ser analisada por uma ótica diferente.

Ademais, medidas inquisitoriais não devem ser bem-vindas ao processo penal brasileiro contemporâneo, pois essas implicam em claras violações às garantias dos acusados.

²⁸¹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 578.

²⁸² Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008) I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008); II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008) BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

Deve-se, portanto, ter em mente que a atenção ao contraditório é o instrumento que vai efetivar as garantias processuais e, por isso, deve ser sempre considerado ao tempo da elaboração da sentença.

5.2 O RECONHECIMENTO DE PESSOAS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O reconhecimento de pessoas tem a finalidade de cessar questionamentos a respeito da participação de determinado indivíduo no fato típico, ilícito e culpável e, em razão disso, deve atender as formalidades previstas no Código de Processo Penal vigente no Brasil.

Consoante o doutrinador Aury Lopes Júnior,

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 reconhecer²⁸³.

O conhecimento é algo que está ligado aos sentidos. O Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941) concede um maior destaque ao conhecimento visual, silenciando aqueles que abarcam os demais sentidos corporais (audição, olfato, tato)²⁸⁴.

Como cediço, o reconhecimento de pessoas e coisas (fundamental para a configuração da culpa nos casos de crimes contra a liberdade sexual e patrimoniais)²⁸⁵, tratado no artigo 226 e seguintes, do Capítulo VII do Código de Processo Penal vigente no Brasil, pode ocorrer antes (pré-processual) ou durante o curso do processo.

Por tratar-se de uma modalidade probatória que está previamente definida em Lei, e levando-se em consideração que forma é garantia no contexto do Direito

²⁸³ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 680.

²⁸⁴ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 680.

²⁸⁵ FRANÇA, Rafael Francisco. **Meios de obtenção de prova na fase preliminar criminal: considerações sobre reconhecimento pessoal no Brasil e na legislação comparada**. *Revista Brasileira de Ciências Policiais*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 55-90, jul-dez 2012.

Disponível em: <<https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RBCP/article/view/58/146>>.

Penal, com relação a essa matéria, não cabem atitudes discricionárias do magistrado²⁸⁶.

Todavia, impende salientar que, antes mesmo de analisar o referido Capítulo, o Código de Processo Penal já começa a regular a matéria em seu artigo 6º. Esse artigo trata dos procedimentos que devem ser adotados pela autoridade policial, ao tempo do conhecimento da infração penal. Conforme o inciso VI, deverá a autoridade policial proceder ao reconhecimento de pessoas e coisas²⁸⁷, caso seja possível a realização de tal medida.

Ademais, há ainda a previsão da ocorrência do reconhecimento de pessoas ao tempo da instrução criminal, tendo em vista os artigos 400²⁸⁸ e 411²⁸⁹ do Código de Processo Penal.

²⁸⁶ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v 1. p 675.

²⁸⁷ Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais; (Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994) (Vide Lei nº 5.970, de 1973) II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; (Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994) III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias; IV - ouvir o ofendido; V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura; VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações; VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias; VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes; IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter; X - colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016). BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos**, Brasília, DF.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

²⁸⁸ 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. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008). § 1º As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008). § 2º Os esclarecimentos dos peritos dependerão de prévio requerimento das partes. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008). BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

²⁸⁹ Art. 411. Na audiência de instrução, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado e procedendo-se o debate. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008) § 1º Os esclarecimentos dos peritos dependerão de prévio requerimento e de deferimento pelo juiz. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008) 2º As provas serão produzidas em uma

Consoante disposto no artigo 226 do referido diploma normativo, existe uma sequência concatenada de atos a ser cumprida, a fim de que o reconhecimento pessoal possa ser realizado.

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 III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento²⁹⁰.

Conforme redação do inciso I, a pessoa que tiver que efetuar o reconhecimento deverá ser convidada a descrever aquela pessoa que será reconhecida. Desse modo, há a dedução de que, antes da realização da sessão do reconhecimento de pessoas, devem ser descritos pela vítima ou pela testemunha as características físicas, bem como as vestes do suspeito, de forma que os “suspeitos” utilizem trajes semelhantes, possibilitando o atendimento do inciso subsequente²⁹¹.

só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008) § 3º Encerrada a instrução probatória, observar-se-á, se for o caso, o disposto no art. 384 deste Código. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008) § 4º As alegações serão orais, concedendo-se a palavra, respectivamente, à acusação e à defesa, pelo prazo de 20 (vinte) minutos, prorrogáveis por mais 10 (dez). (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008) § 5º Havendo mais de 1 (um) acusado, o tempo previsto para a acusação e a defesa de cada um deles será individual. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008) § 6º Ao assistente do Ministério Público, após a manifestação deste, serão concedidos 10 (dez) minutos, prorrogando-se por igual período o tempo de manifestação da defesa. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008) § 7º Nenhum ato será adiado, salvo quando imprescindível à prova faltante, determinando o juiz a condução coercitiva de quem deva comparecer. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008) § 8º A testemunha que comparecer será inquirida, independentemente da suspensão da audiência, observada em qualquer caso a ordem estabelecida no caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008) § 9º Encerrados os debates, o juiz proferirá a sua decisão, ou o fará em 10 (dez) dias, ordenando que os autos para isso lhe sejam conclusos. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008). BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 290 BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

²⁹¹ FRANÇA, Rafael Francisco. **Meios de obtenção de prova na fase preliminar criminal: considerações sobre reconhecimento pessoal no Brasil e na legislação comparada.** *Revista Brasileira de Ciências Policiais*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 55-90, jul-dez 2012.

Além disso, o inciso II aponta que a pessoa a ser reconhecida deverá ser colocada, caso possível, ao lado de outras com as quais guarde semelhanças, devendo ser apontado pela pessoa que irá fazer o reconhecimento.

Malgrado o dispositivo trabalhe com a ideia de possibilidade de colocação da pessoa a ser reconhecida ao lado de outras que possuam características semelhantes, deve-se entender como uma obrigatoriedade. Cabe, nesse contexto, uma interpretação restritiva da lei penal, a fim de que haja o resguardo das garantias penais²⁹².

Assim, a prática de condução do acusado com as suas mãos algemadas para a audiência de instrução, na qual deverá ser reconhecido pela vítima ou pela testemunha deve ser abolida. Em havendo a aplicação dessa medida, por óbvio haverá o reconhecimento daquele indivíduo algemado na assentada, por ser o único apresentado para ser reconhecido. Essa prática também é violadora do dispositivo penal, prejudicando o acusado²⁹³.

Ademais, por força da redação do inciso III, caso haja motivo para que a pessoa que fará o reconhecimento sinta-se intimidada ou influenciada, deverá a autoridade providenciar para que ambas as pessoas não façam contato visual. Vale ressaltar que o parágrafo único do aludido artigo dispõe que essa medida não será aplicada durante a instrução criminal ou em plenário de julgamento. É importante considerar que, durante a fase processual, é provável que o réu tome conhecimento da identidade daquele que o reconheceu²⁹⁴.

Após o reconhecimento, de acordo com o disposto no inciso IV, será lavrado um auto pormenorizado, o qual deverá ser subscrito pela autoridade, pela pessoa convidada a realizar o reconhecimento e também por duas testemunhas.

Art. 227. No reconhecimento de objeto, proceder-se-á com as cautelas estabelecidas no artigo anterior, no que for aplicável.

Disponível em: <<https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RBCP/article/view/58/146>>.

²⁹² DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p 160.

²⁹³ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p 160.

²⁹⁴ FRANÇA, Rafael Francisco. **Meios de obtenção de prova na fase preliminar criminal: considerações sobre reconhecimento pessoal no Brasil e na legislação comparada**. *Revista Brasileira de Ciências Policiais*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 55-90, jul-dez 2012.

Disponível em: <<https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RBCP/article/view/58/146>>.

Apenas a título de curiosidade, ao reconhecimento de objeto devem ser aplicadas as mesmas medidas do reconhecimento de pessoas, no que for cabível, vide redação do artigo 227 do aludido diploma normativo²⁹⁵.

Art. 228. Se várias forem as pessoas chamadas a efetuar o reconhecimento de pessoa ou de objeto, cada uma fará a prova em separado, evitando-se qualquer comunicação entre elas.

O Código de Processo Penal ainda determina, em seu artigo 228, que caso mais de uma pessoa deva realizar o reconhecimento de pessoas ou de coisas, isso deverá ser feito em separado, obstando qualquer tipo de comunicação entre elas²⁹⁶.

É importante atentar para o fato de que, caso a vítima seja induzida em seu reconhecimento, todo o procedimento foi maculado e, por conseguinte, deverá ser reestruturado. Essa mácula procedimental pode até mesmo ocorrer se forem respeitadas as disposições do Código de Processo Penal²⁹⁷.

Por ser considerado como um meio de prova, bem como um ato formal com vistas a identificar pessoas ou coisas, o reconhecimento não deveria sofrer de desvios de forma. Todavia, atualmente, a prática demonstra uma série de violações à sequência concatenada de atos estabelecida pelo Código de Processo Penal²⁹⁸.

Mesmo com a atenção às regras do reconhecimento pessoal na fase policial, no contexto da instrução penal a situação pode ser alterada, quando a vítima ou a testemunha estabelecem contato visual com o réu. Isso ocorre porque existem dois fatores que são relevantes em Juízo: o lapso temporal decorrido entre o reconhecimento pessoal na polícia e a audiência; o temor da vítima ou testemunha com relação ao imputado²⁹⁹.

É importante destacar que o imputado não é obrigado a participar da execução

²⁹⁵ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

²⁹⁶ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

²⁹⁷ FRANÇA, Rafael Francisco. **Meios de obtenção de prova na fase preliminar criminal: considerações sobre reconhecimento pessoal no Brasil e na legislação comparada**. *Revista Brasileira de Ciências Policiais*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 55-90, jul-dez 2012. Disponível em: <<https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RBCP/article/view/58/146>>.

²⁹⁸ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 681.

²⁹⁹ FRANÇA, Rafael Francisco. **Meios de obtenção de prova na fase preliminar criminal: considerações sobre reconhecimento pessoal no Brasil e na legislação comparada**. *Revista Brasileira de Ciências Policiais*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 55-90, jul-dez 2012. Disponível em: <<https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RBCP/article/view/58/146>>.

do reconhecimento de pessoas, uma vez que possui o direito de não produzir provas contra si mesmo³⁰⁰. Vale ressaltar que o *nemo tenetur se detegere* é um direito resguardado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXIII³⁰¹.

No entanto, merece alusão ao pensamento de Aury Lopes Júnior, demonstrando que, na prática, essas regras não são respeitadas:

É um absurdo quando um juiz questiona a testemunha ou vítima se 'reconhece(m) o(s) réu(s) ali presente(s) como sendo autor(es) do fato'. Essa 'simplificação arbitrária constitui um desprezo à formalidade do ato probatório, atropelando as regras do devido processo e, principalmente, violando o direito de não fazer prova contra si mesmo. Por mais que os tribunais brasileiros façam vista grossa para esse abuso, argumentando às vezes em nome do 'livre convencimento do julgador', a prática é ilegal e absurda³⁰².

Desse modo, a prática anteriormente descrita é largamente aceita, uma vez que o juiz é quem admite a produção de provas e também faz a valoração delas. Claramente descrito, portanto, uma violação ao sistema acusatório, o qual trabalha com a gestão da prova pelas partes. Esta medida fere o tratamento igualitário das partes processuais e compromete a parcialidade do julgador, tendo em vista que fere o direito do *nemo tenetur se detegere*. O doutrinador Aury Lopes Júnior considera, portanto, que tal conduta eiva de ilicitude o ato do julgador³⁰³.

Como cediço, o reconhecimento é um ato formal com vistas a confirmar a identidade de indivíduo. Todavia, existem condutas que ferem a sequência concatenada de atos a fim de viabilizar a sessão de reconhecimento. No contexto da audiência, o inciso III do artigo 226 é relativizado. Nesse sentido, não pode ser considerado como reconhecimento pessoal o fato de o magistrado questionar a

³⁰⁰ FRANÇA, Rafael Francisco. **Meios de obtenção de prova na fase preliminar criminal: considerações sobre reconhecimento pessoal no Brasil e na legislação comparada.** *Revista Brasileira de Ciências Policiais*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 55-90, jul-dez 2012.

Disponível em: <<https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RBCP/article/view/58/146>>.

³⁰¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1998. **Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos**, Brasília, DF.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

³⁰² LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional.** 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v 1. p 675.

³⁰³ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal.** 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 682.

vítima ou testemunha se reconhecem o acusado, pois ocorre uma visível indução do ato³⁰⁴.

Nesse contexto, é de importância salutar a crítica de Aury Lopes Júnior:

[..]e tal prática constitui uma prova ilícita [...] e que deve ser banida da prática forense e dos autos dos processos, na medida em que viola o sistema acusatório (gestão da prova nas mãos das partes); quebra a igualdade de tratamento, oportunidades e fulmina a imparcialidade; constitui flagrante nulidade do ato, na medida em que praticado em desconformidade com o modelo legal previsto; e, por fim, nega eficácia ao direito de silêncio e de não fazer prova contra si mesmo³⁰⁵.

Caso seja feito de uma maneira correta, o reconhecimento deve levar em consideração dois aspectos: o número de pessoas e as semelhanças físicas. Com relação ao número de pessoas, tendo em vista que o Código de Processo Penal é silente, é sugerido que o número não seja abaixo de cinco – o imputado e mais quatro pessoas, concedendo, assim, mais credibilidade para o ato. No que tange às semelhanças físicas, por ser imperioso que não se crie um cenário de indução, devem estar perfiladas as pessoas que possuam características correlatas³⁰⁶.

Essas determinações acerca do número de pessoas e com relação às semelhanças físicas não se comportam como pressupostos irrelevantes. Devem ser consideradas como um instrumento eficaz à viabilidade do ato.

Nessa toada, impende, ainda, salientar uma questão relevante: o desrespeito da sequência de atos para o reconhecimento previsto no Código de Processo Penal apenas acarreta a nulidade relativa do ato. Tendo em vista a necessidade de arguição da nulidade apenas no instante do seu acontecimento, isso prejudica e muito a defesa do acusado³⁰⁷.

³⁰⁴ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v 1. p 676.

³⁰⁵ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v 1. p 676.

³⁰⁶ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 682-683.

³⁰⁷ CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Psicologia do testemunho e reconhecimento pessoal no processo penal: distorções da memória e suas possíveis repercussões s no projeto de vida do condenado. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI/UFS, 24., 2015, Aracaju. **Anais eletrônicos...** Florianópolis, CONPEDI, 2015. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/27g49o2w/uzY9Y0VI898z2mI0.pdf>>.

5.2.1 O reconhecimento de pessoas e o uso de fotografias

O direito ao silêncio (*nemo tenetur se detegere*) é um dos motivos que o reconhecimento por intermédio de fotografias é encarado com um valor duvidoso. Para que tenha um maior embasamento, o reconhecimento fotográfico depende de outros tipos probatórios³⁰⁸.

O reconhecimento fotográfico do réu não pode ser feito quando o mesmo quer valer-se do *nemo tenetur se detegere*, pois seria uma violação clara dos preceitos do Código de Processo Penal. O reconhecimento por meio de fotografias apenas pode ser utilizado como um ato que precede o reconhecimento de pessoas³⁰⁹.

Desse modo, o reconhecimento por meio de fotografias não pode ser considerado um ato preparatório autônomo, somente podendo ser empregado como medida anterior ao disposto no artigo 226, inciso I, do Código de Processo Penal. Assim, será utilizado antes de que a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento for convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida³¹⁰.

Fala-se em reconhecimento por meio de fotografias nos seguintes casos: quando o imputado está presente e é viável o reconhecimento de forma direta (este ato funciona como preparatório para o reconhecimento pessoal) ou quando o imputado está ausente e não se pode fazer o reconhecimento direto (não pode ser feito, uma vez que o ato subsequente não é viável)³¹¹.

Deve-se atentar para o fato de que a utilização de fotografias deve também atender certas diretrizes, a fim de que não influenciem o reconhecedor. Assim, as imagens devem ser exibidas a somente um reconhecedor por vez, devem ser expostas uma a uma e devem conter a mesma tonalidade cromática³¹².

Na contemporaneidade, é possível a confecção de retratos falados com a

³⁰⁸ FRANÇA, Rafael Francisco. **Meios de obtenção de prova na fase preliminar criminal: considerações sobre reconhecimento pessoal no Brasil e na legislação comparada.** *Revista Brasileira de Ciências Policiais*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 55-90, jul-dez 2012.

Disponível em: <<https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RBCP/article/view/58/146>>.

³⁰⁹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal.** 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 683.

³¹⁰ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional.** 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v 1. p 678.

³¹¹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal.** 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 683-684.

³¹² CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Psicologia do testemunho e reconhecimento pessoal no processo penal: distorções da memória e suas possíveis repercussões s no projeto de vida do condenado. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI/UFFS, 24., 2015, Aracaju. **Anais eletrônicos...** Florianópolis, CONPEDI, 2015. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/27g49o2w/uzY9Y0VI898z2ml0.pdf>>.

utilização de mecanismos avançados de tecnologia, que muito difere dos arcaicos desenhos à mão. Isso consiste no “estabelecimento de perfil de suspeitos a serem procurados pela Polícia”, não se comparando ao reconhecimento por meio de fotografias³¹³.

A adição de acessórios (óculos, bonés, chapéus, dentre outros) ou de detalhes faciais (manchas, bigodes, barbas, *et cetera*) pelo perito não descaracteriza a descrição feita pela testemunha ou vítima. De fato, tais medidas têm a finalidade precípua de apurar a memória do reconhecedor, bem como têm o condão de auxiliar o trabalho da autoridade policial no contexto da investigação³¹⁴.

Há uma discussão acerca da manipulação de fotografias que serão mostradas no reconhecimento. Isso embasa-se na viabilidade do reconhecimento por meio de fotografias como forma a auxiliar o reconhecimento de pessoas, e tendo em vista os traços do autor do delito. Desse modo, seriam mostradas as fotografias dos suspeitos com os acessórios ou detalhes faciais já ditos anteriormente. Não há restrição para tal, desde que a sessão do reconhecimento de pessoas ocorra subsequentemente³¹⁵.

Com relação ao tema do reconhecimento de pessoas, é importante atentar para a abordagem de Aury Lopes Júnior acerca da “(im)possibilidade de alteração das características físicas do réu (raspar a barba, cortar o cabelo, tingi-lo de outra cor, etc”, a fim de que se assemelhe ao descrito pela vítima ou testemunha no momento da concretização do delito. Levando-se em consideração a existência do *nemo tenetur se detegere*, é resguardado ao réu o direito de não proceder a essas alterações sem que hajam consequências tendentes a prejudicá-lo na fase processual. Vale ressaltar que, caso haja o consentimento do réu, as alterações podem ser efetuadas³¹⁶.

Como cediço, o avanço tecnológico tem o condão de influenciar as medidas

³¹³ FRANÇA, Rafael Francisco. **Meios de obtenção de prova na fase preliminar criminal: considerações sobre reconhecimento pessoal no Brasil e na legislação comparada.** *Revista Brasileira de Ciências Policiais*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 55-90, jul-dez 2012.

Disponível em: <<https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RBCP/article/view/58/146>>.

³¹⁴ FRANÇA, Rafael Francisco. **Meios de obtenção de prova na fase preliminar criminal: considerações sobre reconhecimento pessoal no Brasil e na legislação comparada.** *Revista Brasileira de Ciências Policiais*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 55-90, jul-dez 2012.

Disponível em: <<https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RBCP/article/view/58/146>>.

³¹⁵ FRANÇA, Rafael Francisco. **Meios de obtenção de prova na fase preliminar criminal: considerações sobre reconhecimento pessoal no Brasil e na legislação comparada.** *Revista Brasileira de Ciências Policiais*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 55-90, jul-dez 2012.

Disponível em: <<https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RBCP/article/view/58/146>>.

³¹⁶ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal.** 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 685.

adotadas no curso do processo, a fim de que a materialidade e autoria delitivas possam ser comprovadas. Desse modo,

[...] há de se considerar que, ao tempo em que foi promulgado o nosso CPP, não existiam meios científicos e técnicos de que dispomos atualmente. Assim, em que pese a lacuna, devem ser admitidos no campo das perícias os exames de DNA, dactiloscópicos e também alguns pouco conhecidos no Brasil, como a palatoscopia (estudo das rugosidades palatinais), a queilosopia (estudo das impressões dos lábios, marcas de mordida e características histológicas do dente) e outros, cujas modernas tecnologias e o conhecimento científico venham a desenvolver para auxiliar a identificação de pessoas.

[...]

assim, as formas de reconhecimento ou identificação do imputado que possam ser obtidas a partir de novas tecnologias, inserem-se no campo da prova pericial [...] ³¹⁷.

Outro assunto a ser abordado é o da constituição de álbuns de fotografias, que funcionam como banco de dados para armazenar imagens de pessoas já indiciadas ou presas, classificadas pela região na qual atuam e com relação ao grupo criminoso que integram. A fim de facilitar o seu trabalho, essas medidas são aplicadas em larga escala pela Polícia ³¹⁸.

Com relação à identificação civil, a Lei n. 12.037 de 1º de outubro de 2009, a qual dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, determina que passarão por processos fotográficos e datiloscópicos os indiciados que apresentem problemas em seus documentos civis ³¹⁹. Em virtude da interpretação da referida Lei,

³¹⁷ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 686.

³¹⁸ FRANÇA, Rafael Francisco. **Meios de obtenção de prova na fase preliminar criminal: considerações sobre reconhecimento pessoal no Brasil e na legislação comparada**. *Revista Brasileira de Ciências Policiais*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 55-90, jul-dez 2012.

Disponível em: <<https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RBCP/article/view/58/146>>.

³¹⁹ Art. 3º Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando: I – o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação; II – o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado; III – o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si; IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa; V – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações; VI – o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais. Parágrafo único. As cópias dos documentos apresentados deverão ser juntadas aos autos do inquérito, ou outra forma de investigação, ainda que consideradas insuficientes para identificar o indiciado.

Art. 4º Quando houver necessidade de identificação criminal, a autoridade encarregada tomará as providências necessárias para evitar o constrangimento do identificado.

Art. 5º A identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação. BRASIL. Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009. **Presidência da República, Casa**

houve o resgate dos álbuns de fotografias nas Delegacias nacionais³²⁰.

Vale ressaltar que as imagens daquele que será reconhecido podem ser adquiridas através de atos de identificação criminal, bem como pelo banco de dados policial. A rede internacional de computadores também possibilita a obtenção de fotografias de suspeitos, uma vez que as redes sociais são consideradas como fontes abertas de captura de informação³²¹.

Assim, não se fala em ilegalidade dos bancos de dados armazenados pela Polícia. São vedadas, apenas, as medidas que gerem a indução das vítimas ou testemunhas, bem como a negativa de configuração do ato por não ter havido sessão posterior de reconhecimento de pessoas³²².

A tecnologia também possibilitou a utilização da videoconferência no curso de algumas partes processo penal. Entretanto, o reconhecimento de pessoas por meio da videoconferência é vedado, uma vez que traz uma imagem simultânea do réu. Tendo em vista a necessidade da presença do réu na sala que contém os equipamentos audiovisuais, pode-se perceber que o réu já estaria presente na localidade. Desse modo, a utilização da tecnologia estaria vedada ante a possibilidade de reconhecimento presencial do acusado³²³.

5.2.2 O reconhecimento de pessoas e a psicologia

Algumas espécies de provas penais estão intrinsecamente conectadas com a memória do indivíduo, a exemplo da prova testemunhal e do reconhecimento de pessoas. Nesse contexto, a fim de proceder à colheita dessas provas, algumas variáveis devem ser levadas em consideração.

Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm>. Acesso em: 11 out. 2016.

³²⁰ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 684.

³²¹ FRANÇA, Rafael Francisco. **Meios de obtenção de prova na fase preliminar criminal: considerações sobre reconhecimento pessoal no Brasil e na legislação comparada**. *Revista Brasileira de Ciências Policiais*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 55-90, jul-dez 2012.

Disponível em: <<https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RBCP/article/view/58/146>>.

³²² FRANÇA, Rafael Francisco. **Meios de obtenção de prova na fase preliminar criminal: considerações sobre reconhecimento pessoal no Brasil e na legislação comparada**. *Revista Brasileira de Ciências Policiais*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 55-90, jul-dez 2012.

Disponível em: <<https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RBCP/article/view/58/146>>.

³²³ LOPES, Mariângela Tomé. **O reconhecimento como meio de prova: necessidade de reformulação do direito brasileiro**. São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-10092012-160242/pt-br.php>>.

Nesse diapasão, vale a referência ao pensamento de Aury Lopes Júnior, o qual enumera alguns fatores de extrema relevância para o reconhecimento pessoal:

[...] deve-se considerar a existência de diversas variáveis que modulam a qualidade da identificação, tais como o tempo de exposição da vítima ao crime e de contato com o agressor; a gravidade do fato (a questão da memória está intimamente relacionada com a emoção experimentada); o intervalo de tempo entre o contato e a realização do reconhecimento; as condições ambientais (visibilidade, aspectos geográficos etc.); as características físicas do agressor (mais ou menos marcantes); as condições psíquicas da vítima (memória, estresse, nervosismo etc.); a natureza do delito (com ou sem violência física; grau de violência psicológica etc.) [...] ³²⁴.

Um fator que tolhe a percepção, por parte da vítima, de detalhes físicos do criminoso é a presença de uma arma de fogo. O “efeito foco na arma” tem relevância salutar, uma vez que impede que a vítima consiga analisar fisicamente o praticante do delito. Dessa maneira, a presença de um dispositivo intimidador obsta a possibilidade de ocorrência do reconhecimento pessoal efetivo ³²⁵.

Outro fator tendente a influenciar as sessões de reconhecimento de pessoas é a questão dos estereótipos culturais. Malgrado tenham se passado anos da formulação do pensamento de Cesare Lombroso, essa teoria ainda continua a influenciar o ideário das pessoas ³²⁶.

Mais um aspecto que possui relevância com relação ao tema de reconhecimento pessoal é a chamada “transferência inconsciente”. Esse fator está relacionado à hipótese de reconhecimento, por parte da testemunha ou da vítima, de uma pessoa visualizada durante ou logo após a ocorrência do delito. Desse modo, essa pessoa é indicada erroneamente como o autor da prática delitiva ³²⁷.

Outra questão a ser apontada é que a pressão policial também possui ingerência no contexto do reconhecimento de pessoas. Assim, segundo Aury Lopes Júnior, tudo vai depender da “[...] forma como é conduzido e montado o reconhecimento afeta o resultado final, de forma muito relevante ³²⁸”.

Cabe uma crítica veemente com relação ao fato de que, no Brasil, uma quantidade relevante de sessões de reconhecimento pessoal é conduzida sem a

³²⁴ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 686-687.

³²⁵ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v 1. p 681.

³²⁶ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 687.

³²⁷ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 687.

³²⁸ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 688.

presença de um defensor, bem como sem a possibilidade de gozo do direito do *nemo tenetur se detegere* por parte do investigado.

5.2.3 Condução da sessão de reconhecimento de pessoas

Existem duas formas de condução do reconhecimento pessoal, quais sejam: a simultânea e a sequencial. O Código de Processo Penal Brasileiro adotou a forma simultânea de reconhecimento, na qual diversas pessoas ficam lado a lado perfiladas³²⁹.

Entretanto, a psicologia judicial determina que o reconhecimento sequencial seria mais eficaz e fundamentado. Tal forma consiste na apresentação de uma pessoa por vez, devendo a vítima ou a testemunha responder se aquele é o autor do delito, antes que possa ver a pessoa subsequente³³⁰.

Além disso, deve-se atentar para o fato da inserção de elementos que causem distração na sessão de reconhecimento de pessoas, seja ela simultânea ou sequencial. Os distratores são aquelas pessoas que não praticaram a conduta típica³³¹.

É nesse contexto que pode-se evidenciar um problema no reconhecimento pessoal adotado no Brasil, uma vez que vítimas ou testemunhas sempre buscam apontar algum suspeito. Desse modo, as sessões de reconhecimento de pessoas deveriam ser precedidas pelo aviso de que o suposto autor da conduta típica pode ou não estar presente naquela oportunidade³³².

Nessa toada, o reconhecedor deve ser advertido de que o suspeito pode ou não estar presente naquela ocasião, uma vez que a adoção dessa medida é apta a reduzir a margem de erros da sessão de reconhecimento de pessoas³³³.

A fim de garantir a credibilidade do reconhecimento feito por vítimas ou testemunhas, o Brasil deveria adotar um teste de confiabilidade, o que pode ser feito prescindindo de alteração no Código de Processo Penal³³⁴.

Assim, Aury Lopes Júnior traz uma solução interessante, veja-se:

³²⁹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 689.

³³⁰ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v 1. p 683.

³³¹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 690.

³³² LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 690.

³³³ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v 1. p 684.

³³⁴ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 690.

apresentar, primeiramente, um reconhecimento somente com a presença de suspeitos distratores, contudo não é dito a ela que será apresentado mais de um grupo de suspeitos. Caso a testemunha faça alguma identificação nesse reconhecimento, então ela pode ser descartada, e, caso a testemunha não faça nenhuma identificação no primeiro reconhecimento, então pode ser dada continuidade ao procedimento, apresentando o segundo reconhecimento com a presença do suspeito alvo. Dados indicam que testemunhas que não fazem identificações no primeiro reconhecimento são mais confiáveis³³⁵.

Outro fator a ser destacado é acerca da impossibilidade de o condutor da sessão de reconhecimento de pessoas fazer parte da equipe que investiga o caso. Desse modo, ficaria garantida uma interferência mínima no induzimento da vítima ou da testemunha³³⁶.

Nessa toada, vale a referência ao pensamento de Aury Lopes Júnior:

A forma de atuar com quem co(i)nduz o reconhecimento é fundamental. Para além da possibilidade de criar falsas memórias (falsos reconhecimentos) de forma explícita, também existe a indução voluntária, através do comportamento verbal ou não-verbal³³⁷.

Assim, recomenda-se que o condutor da sessão de reconhecimento de pessoas não tenha conhecimento do suspeito, da vítima nem da testemunha. Cabe ao condutor invalidar o reconhecimento quando for apontada apenas uma semelhança do sujeito, não havendo clareza quanto ao suspeito³³⁸.

Além disso, vale ressaltar que o reconhecimento de pessoas fica claramente maculado quando, em momento anterior à realização da sessão, ocorre uma exposição excessiva de imagens do suspeito na imprensa³³⁹.

Assim, publicidade abusiva interfere diretamente na sessão do reconhecimento de pessoas, pois as vítimas ou testemunhas tenderão a reconhecer aquele que teve as suas feições frequentemente expostas em veículos midiáticos.

³³⁵ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 690.

³³⁶ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 691.

³³⁷ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v 1. p 684.

³³⁸ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p 161.

³³⁹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 691.

5.3 O RECONHECIMENTO PESSOAL NO PROJETO DE LEI Nº 8.045, DE 2010

O Código de Processo Penal vigente no país (Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941) possui aproximadamente 75 anos de aplicabilidade. No entanto, sabe-se que o direito é um fenômeno mutável e deve estar em sintonia com as demandas sociais.

Além disso, tal Código mostra-se defasado por não estar em consonância com algumas mudanças trazidas pela Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Nessa toada, uma reforma nesse dispositivo legal faz-se necessária.

Atualmente, o Projeto de Lei n. 8.045, de 2010, formulado pelo Senado Federal, aguarda o parecer do relator da Comissão Especial que lhe é referente³⁴⁰.

O projeto do novo Código de Processo Penal tem o condão de revogar o Decreto-Lei n. 3.689, de 1941. Ademais, altera os Decretos-Lei n. 2.848, de 1940, e 1.002, de 1969. Modifica, ainda, as Leis n. 4.898, de 1965; 7.210, de 1984; 8.038, de 1990; 9.099, de 1995; 9.279, de 1996; 9.609, de 1998; 11.340, de 2006; 11.343, de 2006³⁴¹.

Com a nova redação, a matéria do reconhecimento de pessoas e coisas está prevista na Seção IV do referido Projeto de Lei, compreendida entre os artigos 196 a 198.

De acordo com o previsto no artigo 196 do aludido diploma normativo, existe uma sequência lógica que deve ser respeitada e cumprida, a fim de que o reconhecimento de pessoas possa ser efetuado.

Seção IV – Do reconhecimento de pessoas e coisas e da acareação
Art. 196. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á da seguinte forma:
I – a pessoa que tiver que fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;
II – a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada ao lado de outras, no mínimo de 5 (cinco), que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;
III – a autoridade providenciará para que a pessoa a ser reconhecida não veja aquela chamada para fazer o reconhecimento;
IV – do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pelo delegado de polícia, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por 2 (duas) testemunhas presenciais.

³⁴⁰ Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 14 out. 2016.

³⁴¹ Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 14 out. 2016.

Parágrafo único. O disposto no inciso III do caput deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento³⁴².

De acordo com o inciso I, a pessoa que tiver que efetuar o reconhecimento deverá ser convidada a descrever aquela pessoa que será reconhecida. Tal inciso reproduz o texto daquele presente no artigo 226, inciso I, do Código de Processo Penal vigente.

O inciso II aponta que a pessoa a ser reconhecida deverá ser colocada, ao lado de outras, no mínimo de cinco, com as quais guarde semelhanças, devendo ser apontada pelo reconhecedor. Esse inciso traz uma inovação, qual seja a previsão de um número mínimo de pessoas que devem integrar a sessão (cinco). Além disso, convém perceber que o Projeto de Lei n. 8.045, de 2012, comungando com o atual Código de Processo Penal, também adota a forma simultânea de reconhecimento, na qual diversas pessoas ficam lado a lado perfiladas.

O inciso III traz uma mudança ao prever que a autoridade policial deve garantir que a pessoa a ser reconhecida não estabeleça contato visual com o reconhecedor. Na redação do Código de Processo Penal, tal medida somente deveria ser adotada em havendo intimidação ou influência do reconhecedor.

O inciso IV estabelece que, após a sessão de reconhecimento, será lavrado um auto pormenorizado, o qual deve ser subscrito pelo delegado de polícia, pela pessoa convidada a fazer o reconhecimento e também por duas testemunhas. A redação inova ao modificar a figura da “autoridade policial” para a do “delegado de polícia”.

O parágrafo único do referido artigo guarda conformidade com a redação do parágrafo único do artigo 226, do Código de Processo Penal. Desse modo, o inciso III não deverá ser aplicado no contexto da instrução criminal nem em plenário de julgamento.

O artigo 197, do Projeto de Lei n. 8.045, de 2010, dispõe a respeito do reconhecimento de objeto, veja-se:

Art. 197. No reconhecimento de objeto, proceder-se-á com as cautelas estabelecidas no art. 196, no que for aplicável³⁴³.

³⁴² Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrar_integra.jsessionid=C17E0376AA303FADB32FC758E22630C1.proposicoesWeb2?codteor=831788&fil_ename=PL+8045/2010>. Acesso em: 14 out. 2016.

Assim, consoante o artigo 197, do Projeto de Lei n. 8.045, de 2010, no que for cabível, ao reconhecimento de objetos, devem ser aplicadas medidas semelhantes ao do reconhecimento de pessoas.

Ademais, o Projeto de Lei n. 8.045, de 2010, em seu artigo 198, prevê que caso mais de uma pessoa deva proceder à sessão de reconhecimento de pessoas ou de coisas, deverão efetuá-lo separadamente, a fim de evitar qualquer tipo de comunicação entre elas, veja-se:

Art. 198. Se várias forem as pessoas chamadas a efetuar o reconhecimento de pessoa ou de objeto, cada uma fará a prova em separado, evitando-se qualquer comunicação entre elas³⁴⁴.

Como pode-se perceber, o artigo 198, do Projeto de Lei n. 8.045, de 2010, guarda identidade com o artigo 228, do Código de Processo Penal.

5.4 O RECONHECIMENTO PESSOAL E AS FALSAS MEMÓRIAS

A relevância a respeito do tema das falsas memórias restou evidenciada no Capítulo I do presente trabalho. A seguir, caberá uma contextualização do tema das falsas memórias com a questão prática da modalidade probatória do reconhecimento de pessoas.

É imperiosa a abordagem dessa questão, uma vez que as falsas memórias podem estar relacionadas à condução do reconhecimento de pessoas, bem como ao próprio deslinde do processo penal. Sob a alegação da busca de uma “verdade”, conforme disposto no tópico antecedente, magistrados adotam certas condutas a fim de “desvendar” o crime.

Consoante Lilian Milnitsky Stein e Giovanni Kuckarts Pergher,

falsos relatos podem ser bastante frequentes em situações jurídicas ou clínicas que enfatizem a memória para a essência do que foi vivido. Em terapia, normalmente as sessões desenvolvem-se em torno de uma temática central (por exemplo, um trauma emocional ou físico, em que as

³⁴³Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrar_integra.jsessionid=C17E0376AA303FADB32FC758E22630C1.proposicoesWeb2?codteor=831788&filenome=PL+8045/2010>. Acesso em: 14 out. 2016.

³⁴⁴Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrar_integra.jsessionid=C17E0376AA303FADB32FC758E22630C1.proposicoesWeb2?codteor=831788&filenome=PL+8045/2010>. Acesso em: 14 out. 2016.

experiências trazidas pelo paciente são exploradas em relação a este tema principal. O mesmo ocorre em situações jurídicas, nas quais tanto os procedimentos usuais de perícia psicológica quanto os questionamentos de testemunhas versam sobre um tópico central (neste caso, pode ser um crime que está sendo investigado). Portanto, tendo por base os resultados de nossos experimentos, não é de se admirar que seja bastante comum a situação em que pessoas, submetidas a psicoterapia ou sob investigação forense, produzam falsos relatos, que não sejam baseados em simulação (i.e. mentira), mas sim em memórias que substanciam o foco central do fato em questão³⁴⁵.

O reconhecimento está diretamente conectado à percepção humana. Em havendo mais repetições, maior será a probabilidade de um reconhecimento efetivo acerca do tema. Além disso, pode-se reconhecer de forma mais apurada aquilo que já integra a esfera de conhecimento do indivíduo³⁴⁶.

Além disso, deve-se atentar para o fato de que a percepção possui uma gama de interpretações, as quais envolvem conhecimentos pré-estabelecidos e possíveis interferências. Assim, o indivíduo ao tentar recuperar a sua memória, pode apenas retomar partes dela, as quais serão combinadas, a fim de projetar a ocorrência total do evento³⁴⁷.

Malgrado seja um importante meio de prova para o processo penal, o reconhecimento não pode ser utilizado como único conteúdo probatório apto a embasar uma condenação, pois, como já sustentado anteriormente, a memória humana pode estar sujeita a falhas.

Assim, deve-se ter muita cautela em se tratando da aplicação de reconhecimento por meio de fotografias, uma vez que a vítima ou testemunha tende a recordar aspectos das pessoas fotografadas, prejudicando seriamente a sessão do reconhecimento de pessoas³⁴⁸.

Com relação ao tema, pode-se dizer, ainda, que a chamada roda de reconhecimento, sessão realizada por um único reconhecedor, quando, consoante Cristina di Gesu, atende as formalidades (“número de pessoas, troca de posições dos participantes, semelhanças físicas entre eles e necessidade de reiteração do ato

³⁴⁵ STEIN, Lilian Milnitsky; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Criando Falsas Memórias em Adultos por meio de Palavras Associadas. **Psicologia: Reflexão e Crítica**, Porto Alegre, v. 14, n. 2, p. 353-366, 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010279722001000200010>.

³⁴⁶ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p 156.

³⁴⁷ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p 166.

³⁴⁸ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p 156.

em juízo”), tende a reduzir a possibilidade de indução, bem como a ocorrência de falsas memórias³⁴⁹.

5.4.1 Fatores aptos a influenciar o reconhecimento pessoal

Como cediço, o crime abrange uma reconstrução histórica, que frequentemente depende da memória dos indivíduos. Entretanto, em diversas situações, o processo mnemônico não é confiável. Nesse processo, a fantasia e a realidade podem fundir-se ocasionando um preenchimento das lacunas da memória com acontecimentos verídicos, mas referentes a eventos pretéritos, ou até mesmo que nunca ocorreram³⁵⁰.

Levando-se em consideração que a Constituição da República Federativa do Brasil demonstra uma preferência ao sistema processual penal acusatório, as modalidades probatórias possuem um papel de grande relevância, uma vez que têm a função de buscar o convencimento do magistrado. Assim, existe uma necessidade premente de relacionar essa questão com o tema das falsas memórias, que pode facilmente implicar na condenação de um inocente.

A prova penal deve ser analisada com delicadeza, pois pode ser facilmente contaminada. Buscas incessantes por “verdades reais” falaciosas podem interferir na memória dos indivíduos que atuarão no contexto do processo, prejudicando, desse modo, as garantias dos acusados.

É imperioso atentar para o fato de que somente as garantias não são aptas a superar o problema das falsas memórias. Deve-se ter em mente, também, que o Estado desconhece como lidar com tal problema³⁵¹.

Diversos fatores podem influenciar de uma maneira errônea o reconhecimento de pessoas, são eles: calor ou frio; cansaço; jejum; luz; obscuridade; tempo e espaço. O calor ou frio em excesso pode gerar a diminuição do nível de atenção do indivíduo – o calor exacerbado pode ocasionar um nível de prostração, ao passo que o frio demasiado pode ensejar na depressão da pessoa. O cansaço gera a possibilidade de produção de toxinas aptas a gerar diversas desordens

³⁴⁹ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p 164.

³⁵⁰ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p 165.

³⁵¹ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p 165.

psicofisiológicas. O jejum implica em uma árdua retenção das lembranças, diminui o nível de atenção e reduz a capacidade de percepção. A intensidade da luz pode provocar um ofuscamento na consciência do indivíduo. A obscuridade gera a capacidade de provocar alucinações aterrorizantes em indivíduos que não são completamente normais. A relação tempo e espaço também pode influenciar, uma vez que quando uma lembrança é colocada entre outras, pode haver a sua contaminação com elementos decorrentes de outros acontecimentos³⁵².

5.4.1.1 A ingerência da duração processual para o reconhecimento de pessoas

Além desses fatores já aludidos, pode-se dizer que a passagem do tempo também tem a possibilidade de influenciar o aumento do índice de falsas memórias. Desse modo, deve-se ter em mente que o processo não pode ter uma duração excessiva, pois isso prejudicaria o atingimento do seu desiderato.

Desse modo, uma duração razoável do processo, a qual possui uma garantia constitucional, deve ser encarada com uma dupla ótica. Teria, portanto, o condão de refrear a demora na prestação da jurisdição, garantindo a celeridade processual. Por outro lado, não deveria ignorar as garantias fundamentais em prol de um trâmite mais acelerado³⁵³.

Como cediço, a passagem do tempo é fator preponderante para o esquecimento de informações codificadas na memória. Assim, o feito deve ser julgado em um tempo correto de maturação, não devendo atropelar as garantias do acusado e nem se prolongar de maneira desnecessária no tempo.

Desse modo, a colheita de elementos probatórios em um prazo ponderado enseja o aumento da sua credibilidade, minorando os problemas decorrentes da constituição de falsas memórias³⁵⁴.

Tendo em vista que não há uma fixação temporal de uma duração razoável de um processo no texto da Constituição da República Federativa do Brasil, cabe um entendimento racional aplicado a cada caso concreto. A depender da complexidade do delito, por óbvio, demandará a adoção maior de medidas elucidativas,

³⁵² DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p 166-167.

³⁵³ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p 168.

³⁵⁴ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p 170.

aumentando, nesse sentido, o tempo da duração processual. Da mesma maneira que casos menos complexos necessitam de um lapso temporal menor.

5.4.1.2 A sessão de reconhecimento pessoal e a influência do condutor

Ademais, conforme aludido anteriormente, o viés adotado pelo condutor da sessão de reconhecimento de pessoas possui uma grande aptidão a influenciar de uma maneira negativa o resultado.

Muitas vezes, quando a função de condutor da sessão é dada a um agente que já trabalha no caso, haverá a tendência de que a vítima ou testemunha sejam contaminadas pela sua postura acusatória. Assim, posturas como essas trazem um grande ranço inquisitorial, onde o condutor tentará fazer com que a sessão seja apta a ajudar o pleito da acusação.

Desse modo, há um grande problema da indução efetuada pela Polícia ou pelo Ministério Público, uma vez que o Código de Processo Penal prevê a possibilidade de elementos probatórios colhidos excepcionalmente sem o crivo do contraditório³⁵⁵.

5.4.1.3 O sensacionalismo midiático e a interferência no reconhecimento de pessoas

A mídia sensacionalista, que trabalha com o maniqueísmo entre o bem e o mal, ajuda a legitimar a adoção de práticas inquisitoriais no bojo do processo penal. Por estar conectada com políticas criminais punitivistas, a imprensa marrom debate sobre temas que prescindem de correlação com a realidade social contemporânea³⁵⁶.

³⁵⁵ Art. 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. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008). Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008). BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689/Compilado.htm>. Acesso em: 18 out. 2016.

³⁵⁶ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p 426-427.

Os veículos sensacionalistas de imprensa divulgam o infrator como um monstro que não faz parte integrante da sociedade, facilitando, dessa maneira, os sentimentos de medo e insegurança por parte da população³⁵⁷.

Nesse sentido, a crítica elaborada por Salo de Carvalho dispõe que

o realismo grotesco, a pornografia panfletária, a escatologia exacerbada, a imaginação melodramática, o apelo emocional, a ficção monstruosa e os *fait drivers* (o crime, a anomalia e a excentricidade) são elementos chave que irão compor as narrativas sensacionalistas. Os elementos estéticos que permitem identificar os discursos sensacionalistas apontam para um fazer jornalístico que explora moralmente o excepcional, visto que é exatamente no excesso descritivo de situações que extrapolam a realidade da vida que os valores morais são reafirmados³⁵⁸.

Desse modo, a mídia também pode ser indicada como um fator preponderante para aumentar a incidência de falsas memórias. A constante exposição da imagem de um suspeito nos veículos midiáticos permite a codificação na memória do indivíduo. Assim, existe uma grande probabilidade de o reconhecedor buscar características daquela pessoa que teve as suas feições constantemente exibidas pela imprensa ao tempo da sessão de reconhecimento de pessoas.

5.4.1.4 Fatores aptos a reduzir a incidência de falsas memórias

Os operadores do Direito não podem ignorar a grande influência que a Psicologia traz para o processo penal. A questão da incidência de falsas memórias não pode ser esquecida, uma vez que tem uma relação direta com o deslinde do processo. Caso contrário, terão que lidar com as agruras relativas à condenação de um inocente.

Desse modo, os recursos humanos do Estado devem estar preparados para lidar com esse tema, a fim de que uma decisão correta possa ser exarada para cada caso concreto.

De imediato, impende salientar a necessidade premente da atenção a uma duração razoável do prazo processual, uma vez que a demora na prestação

³⁵⁷ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p 428-429.

³⁵⁸ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p 431.

jurisdicional aumenta a incidência do esquecimento de informações, prejudicando, assim, o reconhecimento de pessoas.

Além disso, deve-se resguardar a imparcialidade do condutor da sessão de reconhecimento pessoal, uma vez que este pode influenciar diretamente no resultado.

Tendo em vista que a tecnologia já é algo presente em larga escala na sociedade, a sessão de reconhecimento de pessoas poderia ser gravada digitalmente, a fim de que fossem resguardadas as regras pertinentes ao caso.

É imperiosa uma mudança na redação do Projeto de Lei n. 8.045, de 2010, o qual ainda mantém a modalidade de reconhecimento simultâneo, o qual é desaconselhado pela Psicologia Judiciária. Nesse sentido, deve ser feita a mudança para o reconhecimento sequencial, uma vez que esse reduz a incidência de erros.

Cabe também a modificação da postura do magistrado que efetua o reconhecimento de um réu algemado em mesa de audiência. Por óbvio, há enormes chances de o indivíduo presente ser reconhecido como autor do delito, mesmo que não tenha cometido crime algum.

Medidas como essas devem ser adotadas, com o fito de reduzir a probabilidade de condenação de um inocente, pois isso pode trazer severas consequências para a vida desse indivíduo.

5.5 IMPLICAÇÕES DE UMA CONDENAÇÃO ERRÔNEA E O DANO AO PROJETO DE VIDA

Indubitavelmente, uma condenação equivocada pode gerar danos de diversas características (físicos, psíquicos, dentre outros) ao réu. Em razão disso, deve-se ter uma cautela excessiva ao considerar o reconhecimento pessoal como um meio de prova.

Anteriormente, não havia uma maneira de comprovar o equívoco que é a condenação de pessoas somente levando em consideração depoimentos de vítimas ou testemunhas. Com o desenvolvimento de diversas tecnologias, houve a disseminação de testes de DNA, que possibilitou a reversão desse quadro³⁵⁹.

³⁵⁹ CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Psicologia do testemunho e reconhecimento pessoal no processo penal: distorções da memória e suas possíveis repercussões s no projeto de vida do condenado. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI/UFFS, 24., 2015,

Assim, a realização de exames genéticos, em alguns casos, ou até mesmo a retratação possibilita a reversão do conteúdo de uma sentença penal condenatória³⁶⁰.

No entanto, às vezes, a confirmação de equívoco da sentença penal condenatória por meio de um teste genético pode ocorrer muito tempo depois do encarceramento do indivíduo. Essa falta de cuidado na prestação jurisdicional é apta a gerar uma série de traumas à pessoa, que certamente precisará de grande auxílio para reestabelecer-se na sociedade.

Interessante apontar que nos Estados Unidos da América existe uma organização denominada *Innocence Project*, a qual tem o condão de criar políticas públicas com o fito de libertar indivíduos que foram equivocadamente condenados, através da disponibilização de um teste genético. A organização conseguiu calcular que 75% de condenações equivocadas estão baseadas no reconhecimento, elemento probatório diretamente ligado à memória das pessoas, demonstrando, assim, a falibilidade da mesma. Em contrapartida, no Brasil não existe uma organização que trabalhe com tais fins, sendo ignorada a exatidão do número de condenados por equívoco³⁶¹.

A fim de trabalhar a ideia das implicações de uma condenação errônea na vida do indivíduo, é imperiosa a alusão à teoria do dano ao projeto de vida, o qual tem o condão de realizar a reparação referente ao tempo de encarceramento indevido.

O chamado Dano ao Projeto de Vida, desenvolvido no seio da Corte Interamericana de Direitos Humanos, relaciona-se com a ideia de autodeterminação humana, a qual prevê que a liberdade é o fator determinante para que se discuta a reparabilidade do dano³⁶².

Aracaju. **Anais eletrônicos...** Florianópolis, CONPEDI, 2015. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/27g49o2w/uzY9Y0VI898z2mI0.pdf>>.

³⁶⁰ CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Psicologia do testemunho e reconhecimento pessoal no processo penal: distorções da memória e suas possíveis repercussões s no projeto de vida do condenado. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI/UFS, 24., 2015, Aracaju. **Anais eletrônicos...** Florianópolis, CONPEDI, 2015. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/27g49o2w/uzY9Y0VI898z2mI0.pdf>>.

³⁶¹ CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Psicologia do testemunho e reconhecimento pessoal no processo penal: distorções da memória e suas possíveis repercussões s no projeto de vida do condenado. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI/UFS, 24., 2015, Aracaju. **Anais eletrônicos...** Florianópolis, CONPEDI, 2015. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/27g49o2w/uzY9Y0VI898z2mI0.pdf>>.

³⁶² SCHÄFER, Gilberto; MACHADO, Carlos Eduardo Martins. A reparação do dano ao projeto de vida na Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 179-197, jan./jul. 2013. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/340/315>>.

No Brasil, essa modalidade de dano encontra-se inserida no contexto da responsabilidade civil, viabilizando a compensação de danos imateriais de grande monta ao indivíduo. Trata-se, portanto, de uma espécie de dano existencial, que prejudica seriamente o indivíduo, podendo abranger danos psicossomáticos ou restritivos à liberdade humana³⁶³.

Nesse sentido, cabe a conceituação feita por Gilberto Schäfer e Carlos Eduardo Martins Machado:

No dano ao projeto de vida é justamente a liberdade de agir da pessoa que é tolhida pelo agente que termina por impedir o desenvolvimento da personalidade da vítima de acordo com a vontade desta. Projeto de vida é o rumo ou destino que a pessoa outorga à sua vida, aquilo que a pessoa decide - e pode - fazer da sua vida. O dano ao projeto de vida ocorre quando se interfere no destino da pessoa, frustrando, aviltando ou postergando a sua realização pessoal. Esta nova modalidade de dano tem sido aplicada pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos que se reconheceu tratar de conceito distinto de dano emergente e lucros cessantes³⁶⁴.

Cuida-se, portanto de um dano provável e, em virtude disso, desse ser indenizável, malgrado esteja relacionado ao futuro da vítima. Caracteriza-se pelo fato de que a vítima teve a sua liberdade obstada, devendo encontrar maneira distinta de estabelecer-se na sociedade³⁶⁵.

Desse modo, como pode-se perceber da conceituação acima elaborada, uma condenação errônea de um indivíduo pode ensejar o direito ao recebimento do dano ao projeto de vida.

Uma das formas de reversão de uma sentença penal condenatória é a revisão criminal, que possui previsão legal no Capítulo VII do Código de Processo Penal. Uma das consequências da revisão criminal é o pagamento de uma indenização ao

³⁶³ SCHÄFER, Gilberto; MACHADO, Carlos Eduardo Martins. A reparação do dano ao projeto de vida na Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 179-197, jan./jul. 2013. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/340/315>>.

³⁶⁴ SCHÄFER, Gilberto; MACHADO, Carlos Eduardo Martins. A reparação do dano ao projeto de vida na Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 179-197, jan./jul. 2013. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/340/315>>.

³⁶⁵ SCHÄFER, Gilberto; MACHADO, Carlos Eduardo Martins. A reparação do dano ao projeto de vida na Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 179-197, jan./jul. 2013. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/340/315>>.

indivíduo, com fulcro no artigo 630³⁶⁶ do referido diploma normativo, bem como por força do artigo 5º, inciso LXXV³⁶⁷, da Constituição da República Federativa do Brasil.

³⁶⁶ Art. 630. O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos. § 1º Por essa indenização, que será liquidada no juízo cível, responderá a União, se a condenação tiver sido proferida pela justiça do Distrito Federal ou de Território, ou o Estado, se o tiver sido pela respectiva justiça. § 2º A indenização não será devida: a) se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder; b) se a acusação houver sido meramente privada. BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 18 out. 2016.

³⁶⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1998. **Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 out. 2016.

6 CONCLUSÃO

1. A formação da memória está ligada a três processos, quais sejam: a codificação, o armazenamento e a recordação. Na codificação ocorre a formação do código da memória, através da assimilação do conteúdo, da sua tradução e da formação da aprendizagem deliberada. No armazenamento acontece a preservação da informação que foi codificada em momento anterior. Na recordação efetua-se a recuperação das informações já codificadas na memória.

2. Consoante a Psicologia moderna, a memória é composta por três estruturas: sensorial, de curto prazo e de longo prazo. A memória sensorial está relacionada com as imagens persistentes, as quais podem desaparecer em menos de um segundo. A memória de curto prazo conserva por, pelo menos, vinte segundos uma informação que ainda não foi reprocessada e, por isso, tem uma capacidade limitada de armazenamento. A memória de longo prazo pode armazenar uma informação por um maior período de tempo.

3. O reconhecimento é um processo de busca que pode ser imediato, quando a memória surge no mesmo instante, ou mediato.

4. A recordação é composta por três etapas: o indício das perguntas, o molde de tentativas plausíveis e o objetivo.

5. A apresentação de um dado equivocado ou até mesmo a imaginação podem produzir distorções na memória de um indivíduo.

6. O esquecimento pode ocorrer em razão de uma falha nos processos de formação da memória. Vale salientar que o dado pode nunca ter sido inserido na memória do indivíduo, hipótese em que ocorre o chamado pseudoesquecimento. A teoria da decadência dispõe que algumas lembranças vão sendo esquecidas com o passar do tempo. A teoria da interferência determina que algumas informações são esquecidas ao entrarem em rota de colisão com outros dados. A interferência proativa ocorre quando dados já armazenados interferem na codificação de informações novas. A interferência retroativa, por outro lado, acontece quando um dado novo desloca uma informação antiga já codificada na memória. A falha do resgate consiste no fenômeno de recordação de um dado esquecido em momento anterior. A falha nos indicadores ocorre quando um indício é esquecido no momento da codificação. O esquecimento motivado acontece quando a pessoa não mais quer

pensar sobre aquele assunto. Assim, pensamentos lastimosos ou sentimentos ruins são alocados no inconsciente do indivíduo.

7. A memória humana também está sujeita a erros, não podendo ser considerada em absoluto. Levando-se em consideração que o processo penal, na maior parte das situações, orbita em torno da determinação de uma pena restritiva de liberdade, a análise deve ser feita com cautela ou um inocente pode ser levado ao cárcere.

8. As falsas memórias, que podem ser consideradas como um tipo de falha mnemônica, consistem na recuperação de experiências que nunca foram vividas, podendo ser facilmente inseridas em pessoas saudáveis, que não possuem transtorno algum.

9. As falsas memórias podem ser produzidas involuntariamente, funcionando como consequência do processo de entendimento. Assim, são consideradas autosugeridas ou espontâneas.

10. Os erros podem ser de duas modalidades: por invenção ou por compreensão. Os erros por invenção consistem na imaginação de parte ou de todos os elementos de uma história. Os erros por compreensão, por sua vez, traduzem-se na interpretação falsa de um evento.

11. A configuração de estereótipos implica diretamente na descrição feita por um indivíduo, pois as pessoas tendem a relatar supostas características que compõem a ideia de como aquele indivíduo porta-se na sociedade.

12. As falsas memórias não são mentiras criadas pelos indivíduos, pois existe a crença equivocada de que aqueles acontecimentos de fato ocorreram.

13. Não são todas as pessoas que podem produzir falsas memórias, que estão diretamente relacionadas com o fato vivenciado.

14. As emoções influenciam diretamente a codificação da memória. Quando uma pessoa está de bom humor, a sua assimilação de conteúdos é muito mais rápida e eficaz do que quando o indivíduo está triste ou estressado.

15. O sistema penal inquisitório está ligado ao período medieval da Inquisição e, por conseguinte, buscava garantir o cumprimento dos dogmas pregados pela Igreja Católica e visava a não proliferação das crenças heréticas.

16. Havia, no sistema penal inquisitório, a presença das seguintes características: as denúncias não partiam somente das vítimas, dos seus familiares ou de pessoas interessadas; o sigilo da identidade do denunciante estava garantido;

a ausência da separação entre os órgãos acusador e julgador; as modalidades probatórias eram tarifadas e a confissão era considerada a rainha das provas; as práticas de tortura estavam legitimadas como forma de viabilizar a colheita de provas.

17. Cabendo ao magistrado a formação cognitiva da decisão, era lícita a busca de elementos probatórios aptos a embasar a condenação do acusado. Havia, nesse sentido, uma condenação prévia a depender das impressões do juiz sobre cada matéria.

18. Malgrado o sistema penal inquisitório possuísse características aptas a violar as garantias do acusado, esse sistema ainda é aplicado na atualidade.

19. Contemporaneamente, o sistema penal acusatório guarda os seguintes aspectos: a separação das funções de acusar e julgar; a gestão probatórias cabe às partes; o juiz deve atuar imparcialmente; as partes devem gozar de um tratamento igualitário; o procedimento deve ser predominantemente feito oralmente; a publicidade processual; o réu goza do contraditório e da resistência; não existe tarifação dos meios de provas; a decisão judicial deve ser embasada pelo livre convencimento do magistrado; a sentença faz coisa julgada; a possibilidade de impugnação das decisões; o duplo grau de jurisdição.

20. Mesmo com a transição, que não foi absoluta, ainda é aplicada a não atenção ao princípio do contraditório, ainda havendo a busca por uma “verdade real”, legitimando, assim, um poder autoritário que tende a confirmar as constatações da fase investigativa.

21. O Código de Processo Penal vigente no Brasil ainda contém resquícios de um sistema inquisitorial, tal como a possibilidade de o magistrado atuar com poderes instrutórios. Assim, pode-se perceber que, ainda hoje, falácias do sistema penal inquisitório são aplicadas, atingindo as garantias do acusado.

22. A grande mácula do sistema processual penal adotado no Brasil é que os juízes formam a sua convicção com base nos elementos colhidos na fase investigativa. Tal conduta é largamente prejudicial ao réu, pois as suas garantias constitucionais são violadas de forma frequente, em prol de uma “celeridade” processual.

23. Tendo em vista que os dados colhidos na fase pré-processual servem apenas para que o Ministério Público embase a confecção da denúncia, a utilização desses elementos para fundamentar uma decisão judicial é errônea. Deve-se,

portanto, estabelecer a desnecessidade do acesso ao inquérito policial pelo magistrado, garantindo, nesse sentido, a sua imparcialidade.

24. Deve-se apontar que o magistrado pode valer-se de dispositivos falaciosos do Código de Processo Penal brasileiro com vistas a atuar como gestor da prova ou para deixar de fundamentar as suas decisões.

25. Malgrado não haja disposição expressa, o texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 pauta-se no sistema processual penal acusatório. Há, portanto, a necessidade premente de uma reforma dos dispositivos que ainda contém resquícios inquisitoriais.

26. As provas penais têm a função de fazer a reconstrução de um fato típico, ilícito e culpável, praticado por um agente e ocorrido em momento pretérito.

27. A tutela penal deve estar sujeita a parâmetros previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Assim, o Direito Penal deve intervir minimamente sempre respeitando os direitos fundamentais. Nesse sentido, os postulados da máxima efetividade e da proibição do excesso devem ser respeitados no contexto de um Estado Democrático de Direito. Desse modo, o texto do Código de Processo Penal deve estar em consonância com aquele previsto pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

28. O princípio da garantia da jurisdição tem a finalidade de orientar as ações do magistrado, garantindo a sua imparcialidade nos trâmites do processo penal. Assim, o juiz deve considerar apenas os atos de prova, os quais são praticados no bojo de um processo penal e, em virtude disso, são aptos a embasar uma sentença.

29. O princípio da presunção de inocência, que não está expressamente previsto no Código de Processo Penal, garante que o réu deva ser considerado inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Pode ser tido como um dever de tratamento interno e externo ao processo penal, resguardando o indivíduo de uma prestação jurisdicional punitivista.

30. O princípio do *in dubio pro reo* determina que cabe à acusação provar que a conduta praticada pelo réu foi típica, antijurídica e culpável.

31. O princípio do contraditório deve ser disponibilizado durante todo o processo e confere às partes o direito de participar efetivamente do processo.

32. O princípio da ampla defesa possui duas vertentes: a defesa técnica e a autodefesa. A defesa técnica, que é imprescindível, tem a finalidade de garantir a

paridade de armas entre a acusação e a defesa e consiste na presença de um defensor nos atos processuais. A autodefesa, por sua vez, possibilita que o imputado possa resistir às investidas da acusação, o que pode ocorrer de maneira positiva ou negativa. A autodefesa negativa pode ser renunciada pelo acusado.

33. O direito de se calar está inserido em um contexto mais amplo, qual seja o do *nemo tenetur se detegere*.

34. O princípio da identidade física do juiz determina que o magistrado que realizou a colheita probatória deve ser aquele quem vai julgar o feito, o que pode gerar a sua “contaminação” prejudicando o réu.

35. O princípio do livre convencimento motivado do juiz determina que não existem limitações ao poder decisório do magistrado, que deve sempre fundamentar as suas decisões, sem submeter-se às comoções sociais ou aos interesses econômicos ou políticos.

36. O reconhecimento de pessoas é uma modalidade probatória típica, uma vez que possui previsão legislativa expressa nos artigos 226 a 228, referentes ao Capítulo VII do Código de Processo Penal vigente no Brasil, e que possui uma grande falibilidade, pois necessita da memória do indivíduo que atuará como reconhecedor.

37. O tempo é um dos elementos aptos a influenciar o esquecimento de informações codificadas na memória. Por isso, a produção probatória do reconhecimento de pessoas deve ser antecipada, para que o resultado final seja resguardado. Assim, como o tempo pode influenciar a memória de indivíduos, a sessão de reconhecimento de pessoas deve ser feita no momento inicial da investigação.

38. A sessão de reconhecimento pessoal deve ser realizada na presença das partes e do juiz, determinando, nesse sentido, que o contraditório seja aplicado ao ato.

39. O reconhecimento de pessoas deve ser considerado como um meio de prova não repetível e a violação dos seus trâmites previstos no Código de Processo Penal enseja a nulidade do ato.

40. As incessantes investidas para concretizar a aplicação do sistema penal acusatório não adiantam se o conceito de “verdade real” ainda estiver presente no ideário dos aplicadores do processo penal.

41. A “verdade real” deve ser considerada um mito, uma vez que o processo penal gira em torno de um fato histórico, que será imaginado para que o julgamento possa ser feito.

42. O mito da “verdade real” está diretamente relacionado com o sistema penal inquisitório, pois confere ao magistrado uma série de poderes instrutórios.

43. A anexação do inquérito policial aos autos processuais é atentatória aos direitos e garantias do acusado, uma vez que grande parte dos seus elementos passa ao largo do princípio do contraditório. O inquérito deve servir apenas para embasar a fundamentação da denúncia e não como instrumento para a fundamentação de uma sentença penal.

44. Para o bom funcionamento do processo penal, apenas uma verdade processual deve ser aplicada. A fim de atingir esse desiderato, o princípio do contraditório deve sempre permear o trâmite processual penal.

45. O reconhecimento de pessoas pode ser feito na fase investigativa, por força do artigo 6o, inciso VI, do Código de Processo Penal, ou na fase processual, com fulcro nos artigos 400 e 411 do dispositivo supracitado.

46. A propensa identificação de um réu algemado na audiência de instrução não pode ser considerada como um reconhecimento de pessoas efetivo, uma vez que viola o rito previsto legalmente para tal.

47. Em havendo indução da vítima ou da testemunha na sessão de reconhecimento, todo o procedimento estará maculado e deve ser considerado nulo.

48. O imputado pode não participar da sessão de reconhecimento de pessoas, caso queira gozar do nemo tenetur se detegere, uma vez que possui o direito a não autoincriminação.

49. O reconhecimento deve levar em consideração o número de pessoas e as semelhanças físicas. Como o Código de Processo Penal é omissivo, deve-se conduzir a sessão com um número que não seja inferior a cinco.

50. Caso queira gozar do nemo tenetur se detegere, o reconhecimento fotográfico do acusado não pode ser feito. A utilização de fotografias apenas pode ser feita como ato preparatório para a sessão de reconhecimento. Ressalte-se que as imagens devem ser exibidas a apenas um reconhecedor por vez e devem ter a mesma tonalidade cromática.

51. Existem fatores que podem prejudicar a sessão do reconhecimento de pessoas. A presença de uma arma de fogo gera o chamado “efeito foco na arma”, o

que impede a análise minuciosa da vítima das feições do praticante do delito. Estereótipos culturais também podem influenciar, pois, infelizmente, ainda aplicam-se características lombrosianas ao processo penal. Outro fator é a “transferência inconsciente” que ocorre quando a vítima ou testemunha fixa a imagem da pessoa que visualizou logo após a ocorrência do delito.

52. O Código de Processo Penal, atualmente adota a modalidade simultânea de reconhecimento. Todavia, a Psicologia Judiciária determina que a forma sequencial é mais eficaz. Diante disso, é imperiosa a reforma dos artigos atinentes ao reconhecimento de pessoas.

53. Antes de iniciar a sessão, o reconhecedor deve ser advertido que o suspeito pode ou não estar presente, reduzindo, assim, a margem de erros.

54. O condutor da sessão de reconhecimento de pessoas não deve fazer parte do caso, pois isso pode gerar o induzimento da vítima ou da testemunha.

55. O Projeto de Lei no 8.045, de 2010, tendente a reformar o Código de Processo Penal basicamente reproduz o conteúdo dos artigos já vigentes, apenas modificando alguns poucos aspectos.

56. O reconhecimento não pode ser a única prova apta a embasar uma condenação, tendo em vista a grande falibilidade do instituto.

57. A mídia pode ser indicada como um fator preponderante para a aumentar a incidência de falsas memórias. A constante veiculação da imagem de um indivíduo permite a sua codificação na memória das pessoas. Assim, existe uma grande possibilidade que o reconhecedor busque as características da pessoa que teve as suas feições constantemente veiculadas na mídia durante a sessão de reconhecimento.

58. Os operadores do Direito não podem ignorar a grande influência de estudos da Psicologia para o processo penal. Assim, os recursos humanos do Estado devem aprender a lidar com a questão das falsas memórias.

59. Existe uma necessidade premente da duração razoável do prazo processual, pois a demora do provimento jurisdicional aumenta a possibilidade de que as informações sejam esquecidas, prejudicando, assim, o reconhecimento de pessoas.

60. Tendo em vista que a tecnologia já é algo aplicado em larga escala, a sessão de reconhecimento pessoal deveria ser gravada digitalmente, a fim de que o magistrado verifique se as regras foram respeitadas.

61. O Projeto de Lei no 8.045, de 2010, deveria alterar a sua redação, a fim de que possa prever a modalidade sequencial de reconhecimento de pessoas.

62. Magistrados que conduzem o reconhecimento de réus algemados devem mudar urgentemente a sua postura, uma vez que existe a grande chance desse indivíduo ser reconhecido como o praticante do delito mesmo que seja inocente.

63. Em alguns casos, a confirmação do equívoco de uma sentença penal condenatória ocorre muito tempo após o encarceramento do inocente. Desse modo, cabe ao Estado o pagamento de uma indenização em razão do dano ao projeto de vida do indivíduo. No Brasil, essa modalidade de dano está inserida no âmbito da responsabilidade civil e visa a compensação de danos imateriais.

64. A revisão criminal é uma das formas de reverter o conteúdo de uma sentença penal condenatória e possibilita o pagamento de uma indenização ao indivíduo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1998. **Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>.

BRASIL. Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009. **Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm>.

Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>.

Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C17E0376AA303FADB32FC758E22630C1.proposicoesWeb2?codteor=831788&filename=PL+8045/2010>.

CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Psicologia do testemunho e reconhecimento pessoal no processo penal: distorções da memória e suas possíveis repercussões s no projeto de vida do condenado. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI/UFS, 24., 2015, Aracaju. **Anais eletrônicos...** Florianópolis, CONPEDI, 2015. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/27g49o2w/uzY9Y0Vl898z2ml0.pdf>>.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Salo de. Memória e esquecimento nas práticas punitivas. **Estudos Ibero-Americanos**, Rio Grande do Sul, n. 2, p. 61-85, 2006. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/iberoamericana/article/viewFile/1350/1055>>.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DAVIDOFF, Linda L. **Introdução à psicologia**. Tradução de Lenke Peres; Revisão técnica de José Fernando Bittencourt Lômaco. 3. ed. São Paulo: Pearson Makron Books, 2001.

DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FRANÇA, Rafael Francisco. **Meios de obtenção de prova na fase preliminar criminal: considerações sobre reconhecimento pessoal no Brasil e na legislação comparada.** *Revista Brasileira de Ciências Policiais*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 55-90, jul-dez 2012. Disponível em: <<https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RBCP/article/view/58/146>>.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica.** 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2010.

KHALED JR., Salah Hassan. **O sistema processual penal brasileiro.** *Civitas*, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 293-308, maio-ago 2010.

LOPES, Mariângela Tomé. **O reconhecimento como meio de prova: necessidade de reformulação do direito brasileiro.** São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-10092012-160242/pt-br.php>>.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal.** 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional.** 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v 1.

LUBISCO, Nídia Maria Lienert; VIEIRA, Sônia Chagas. **Manual de estilo acadêmico: trabalhos de conclusão de curso, dissertações e teses.** Salvador: EDUFBA, 2013.

MENDES, Regina Lucia Teixeira. Verdade real e livre convencimento: o processo decisório judicial brasileiro visto de uma perspectiva empírica. **DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, v. 5, n. 3, jul./ago./set. 2012. Disponível em: <<http://revistadil.dominiotemporario.com/doc/DILEMAS-5-3-Art4.pdf>>.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal.** 19 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Atlas, 2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Interamericana de Direitos Humanos, de 22 novembro de 1969. San José, Costa Rica. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto processo penal conforme a teoria dos jogos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

SANTOS, Renato Favarin dos; STEIN, Lilian Milnitsky. A influência das emoções nas falsas memórias: uma revisão crítica. **Psicologia USP**, v. 19, n. 3, set. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-65642008000300009>.

SCHÄFER, Gilberto; MACHADO, Carlos Eduardo Martins. A reparação do dano ao projeto de vida na Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 179-197, jan./jul. 2013. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/340/315>>.

STEIN, Lilian Milnitsky; FEIX, Leandro da Fonte; ROHENKOHL, Gustavo. Avanços Metodológicos no Estudo de Falsas Memórias: construção e normatização do procedimento de palavras associadas. **Psicologia: Reflexão e Crítica**, Porto Alegre, v. 19, n. 2, p. 166-176, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010279722006000200002>.

STEIN, Lilian Milnitsky; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Criando Falsas Memórias em Adultos por meio de Palavras Associadas. **Psicologia: Reflexão e Crítica**, Porto Alegre, v. 14, n. 2, p. 353-366, 2001. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-79722001000200010>.

WEITEN, Wayne. **Introdução à psicologia**: temas e variações. Tradução de Zaira G. Botelho, Maria Lúcia Brasil, Clara A. Colotto, José Carlos B. dos Santos, Martha Malvezzi Leal, Elisete Paes Lima; Revisão técnica de Antonio Carlos Amador Pereira, José Mauro Gonçalves Nunes. Edição concisa. São Paulo: Cengage Learning, 2010.