



FORMA É GARANTIA: A SUPERAÇÃO DA INQUISITORIEDADE NO RECONHECIMENTO DE PESSOAS E COISAS À LUZ DO HABEAS CORPUS 598.886/SC (STJ)

Filipe Dantas de Gois¹

RESUMO

O presente estudo tem por objeto a análise dos impactos do Habeas Corpus nº 598.886/SC, julgado no Superior Tribunal de Justiça em outubro de 2020, visando a avaliar a perspectiva promovida pelo recém-implementado princípio acusatório do instituto de reconhecimento de pessoas e coisas, sistematicamente aplicado em dissonância ao que preconiza a legislação processualista. Assim, a partir da análise dedutiva de pesquisas relacionadas à psicologia forense e da praxe processual amplamente observada, estima-se pela constatação de uma nova guinada hermenêutica do Código de Processo Penal, sob uma perspectiva coerente com o modelo acusatório e com o processo penal constitucional.

Palavras-chave: Nulidade do reconhecimento de pessoas. Habeas Corpus nº 598.886/SC. Princípio acusatório.

"Só num mundo de cegos as coisas serão o que verdadeiramente são"

(José Saramago)

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Membro e cofundador do projeto de pesquisa e extensão "Núcleo de Direito Criminal da Universidade Federal do Rio Grande do Norte" (UFRN). Pesquisador no grupo de pesquisa "Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no Estado do Rio Grande do Norte" (UFRN).

1 INTRODUÇÃO

A passos lentos, a legislação processual penal e o posicionamento dos principais tribunais brasileiros parecem convergir para a adoção de um modelo mais atento aos preceitos garantistas oriundos da interpretação do modelo acusatório, mesmo sob a égide de um código primitivo, redigido nos moldes do Código de Processo Penal italiano fascista de 1930. Entre essa fusão de sistemas, influenciada por duas inspirações completamente antagônicas, é natural que o Direito brasileiro tarde a superar a hermenêutica pura, isto é, a inspiração originária do legislador uno do Código de Processo Penal, promulgado sob a forma completamente autoritária de um decreto-lei em meio a um regime ditatorial.

Assim, não é somente através de uma nova roupagem legal que a matéria conseguirá se desamarrar de tais *vícios temporais*. Por lidar com a restrição do direito mais imprescindível à vida humana, o processo penal, para além de qualquer outro ramo do Direito, é inegavelmente aquele que mais enfrenta um óbice conservador o qual é fator obstante para o alcance de novos horizontes. Logo, cogitar escapar dos traumas da inquisição na sociedade contemporânea – ainda – representa enfrentar uma forte resistência daqueles que encaram a palavra *garantismo*, como ofensa à ordem pública. Por corolário lógico, todos os instrumentos do processo penal pátrio requerem coragem dos operadores do direito para se adaptar aos novos ensinamentos do modelo acusatório. Com o instituto do reconhecimento de pessoas e coisas, previsto no artigo 226 do Código de Processo Penal, não seria, então, diferente.

Nesse sentido, o presente estudo objetiva a análise da importância do Habeas Corpus nº 598.886/SC, julgado pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça em 2020, sob a luz do novo princípio acusatório que, aos poucos, ganha espaço no ordenamento jurídico brasileiro. Por conseguinte, a discussão aqui tratada passará necessariamente, também, pelo estudo da teoria das nulidades do processo penal, de modo a analisar o respeito às novas regras como pressuposto de validade da pretensão punitiva.

Através da análise dedutiva de dados oriundos de pesquisas de campo e da comparação da evolução normativa e jurisprudencial, o artigo objetiva a compreensão da influência inquisitiva do processo penal no estado de descumprimento sistêmico da lei processual. Assim, a análise da problemática sob um estudo de suas causas e de seus efeitos, em paralelo ao estudo da influência promovida pela jurisprudência recente, responde às indagações surgidas naturalmente do questionamento da praxe jurídica da matéria.

Por fim, é cediço que todas as reformas tópicas de uma determinada legislação exigem uma atenção ainda maior ao posicionamento jurisprudencial dos tribunais nacionais. Assim, é imperioso se analisar de qual modo tais alterações afetaram o entendimento jurisdicional majoritário, comparando o novo e o ultrapassado em prol da busca constante por uma evolução de um sistema que, por si só, já é retrógrado.

2 A (RECENTE) EVOLUÇÃO NORMATIVA E A CONSTANTE BUSCA PELO MODELO ACUSATÓRIO

Conforme o neoconstitucionalismo do pós-Segunda Guerra Mundial tenta pregar, toda fonte normativa deve ser interpretada sob a premissa da supremacia da *Lei Maior* que a rege, a qual, nas civilizações ocidentais contemporâneas, é representada pelo texto constitucional (MENDES, 2007, p. 65). O poder do legislador infraconstitucional é, assim, limitado em prol da proteção dos ideais comuns a todos os integrantes daquela sociedade em todas as áreas atingidas pelo direito.

O grande problema, contudo, surge quando uma determinada norma testemunha uma transição constitucional muito abrupta, pondo em choque a hermenêutica originária do texto legal com os novos ditames superiores recém promulgados. Entre outros desafios, esse é, sem dúvidas, o principal enfrentado pela disciplina do processo penal brasileiro. Assim, percebe-se nesse grande imbróglio de fundamentações que, em uma mesma legislação, os ideais originários da retrógrada Constituição de 1937 – vigente quando da promulgação do Código de Processo Penal – entram diretamente em conflito com o propósito da Constituição de 1988. Por tais razões, Walter Nunes da Silva Júnior (2015, p. 392) define acertadamente o sistema processual penal vigente no Brasil como sendo “misto com forte sotaque inquisitivo” e que, aos poucos, caminha rumo ao modelo acusatório.

Diferentemente do modelo inquisitivo, em que ao juiz são dados os poderes irrestritos de atuar como *parte, investigador, acusador e julgador*, no acusatório o foco é dado à limitação do poder de punir, vinculando a atividade jurisdicional a uma extensiva atuação procedimental regulada na lei e ao conteúdo probatório produzido pelas partes – pois, aqui, o órgão acusador é, também, parte do processo (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 191). O processo penal passa, assim, a ser visto como uma lide, exigindo do magistrado uma fundamentação não só coerente à pretensão de restringir a liberdade de alguém que se vê acusado, mas também limitada à carga probatória apresentada pela parte incumbida de tal responsabilidade.

Nesse sentido, Aury Lopes Júnior (2020, p. 133) ensina que:

Em um processo acusatório existe um preço a ser pago: o juiz deve conformar-se com a atividade probatória incompleta das partes. Não se lhe autoriza a descer para a arena das partes e produzir (de ofício) provas nem para colaborar com a acusação nem para auxiliar a defesa. Ele não pode é “descer” na estrutura dialética, nem para um lado nem para o outro.

Dessarte, a gestão da prova deve estar nas mãos das partes (mais especificamente, a carga probatória está inteiramente nas mãos do acusador), assegurando-se que o juiz não terá iniciativa probatória, mantendo-se assim suprapartes e preservando sua imparcialidade.

Conforme dito anteriormente, essa mudança de paradigma no Brasil passou a depender de “reformas tópicas” (SILVA JÚNIOR, 2019, p. 42) que, isoladas, puderam adequar alguns dispositivos do Código de Processo Penal ao modelo acusatório. Dessas, a que mais conseguiu firmar essa aproximação foi, apesar dos empecilhos, aquela promovida pela Lei nº 13.964/2019, conhecida como *Lei Anticrime*. De maneira diferente de outras reformas observadas anteriormente, tal legislação foi ousada ao buscar acrescentar, já nos dispositivos iniciais do Código de Processo Penal, a nova estrutura acusatória do modelo brasileiro². Assim, convém discorrer que tal acréscimo não possui somente um mero efeito simbólico, mas sim um caráter vinculativo a toda e qualquer interpretação que se faça, a partir dessa alteração normativa, à legislação. A regra, especialmente agora, passou a ser o respeito à posição imparcial do julgador e às garantias fundamentais do acusado (LOPES JÚNIOR; ROSA, 2020).

Entretanto, não podemos, ainda, travar como certo o esquecimento por completo do modelo inquisitivo. Muito além da restrição à norma, o processo penal se constrói com o entendimento jurisprudencial, sobretudo daquele oriundo dos tribunais superiores, que, por diversas vezes, mostram-se incoerentes entre si. De nada adianta, portanto, avançar na reforma do texto legal se os operadores do direito responsáveis por comandar o sistema, optam pela estagnação à conjuntura originária, como vislumbrado com o instituto do juiz das garantias, trazido pela Lei Anticrime, mas suspenso por medida liminar no Supremo Tribunal Federal.

E, é na construção de uma jurisprudência mais atenta às inovações principiológicas, que reside a evolução dos dispositivos do Código de Processo Penal, o qual mantém a redação

²Tal mudança pode ser observada com clareza no artigo 3º-A do Código de Processo Penal, acrescentado pela Lei nº 13.964/2019, que cita: “o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

originária de 1941, como o instituto do reconhecimento de pessoas e coisas. Nesses casos, é de fundamental importância que o Poder Judiciário se digno, aqui sim, a ser o protagonista da nova guinada hermenêutica.

3 O RECONHECIMENTO DE PESSOAS E COISAS E A SUA SUPERVALORIZAÇÃO PROBATÓRIA

Sendo, de fato, a memória *a consciência inserida no tempo*, como poetizado por Fernando Pessoa, nada mais justo que dar voz aos seus dizeres, como forma de conscientizar a busca pela verdade no processo, mesmo sendo impossível o seu atingimento. Foi nessa toada, que o reconhecimento de pessoas e coisas, instituto secular no processo penal, pôde se firmar como forma de dar protagonismo à *palavra ocular* da vítima.

O grande entrave surge na medida em que se esquece da falibilidade da memória, dando discricionariedade ao seu testemunho, excluindo, inclusive, a sua eventual deformação pelo sentimento humano. Sobre isso, Luigi Ferrajoli (2002, p. 44-45), considerado o maior expoente no estudo do garantismo penal, leciona o seguinte:

Toda construção histórica é necessariamente seletiva, no sentido de que está sempre orientada por pontos de vista, interesses historiográficos e hipóteses interpretativas que induzem o historiador do fato a evidenciar alguns fatos pretéritos em lugar de outros, a acentuar como significativos apenas alguns aspectos, a privilegiar algumas fontes e a descuidar de ou, inclusive, a ignorar outras, sem estar sequer em condições de reconhecer as distorções eventualmente operadas.

[...]

Antes de tudo, o objeto da investigação judicial costuma afetar mais no plano moral e emocional do que os da investigação histórica ou científica.

Ignorar tal volatilidade deste meio de obtenção de prova se torna, sem dúvida, uma margem para o autoritarismo, para o cometimento de injustiças. É no intuito de combater tais cenários que entra a formalidade, conceituada como a exigência para se estabelecer parâmetros próprios e previamente estabelecidos para a correta realização de tal procedimento (MATIDA, 2020). Para se ter uma ideia inicial da confiabilidade que o Direito brasileiro dá a tal instituto, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro apurou, em setembro de 2020, que 86,2% dos casos analisados nos quais houve a realização de reconhecimento fotográfico do suspeito na

sede da autoridade policial, culminaram com a decretação de prisão preventiva³. Em vista disso, negligenciar tais fatos é ignorar que, infelizmente, é praxe a desobediência dos requisitos formais de sua realização, prática típica do sistema inquisitivo, no qual não há a preocupação no seguimento pelo magistrado das regras habituais da persecução criminal.

Sobre sua falibilidade, há de se frisar que a memória humana se submete a duas variáveis, que podem pôr em xeque a sua credibilidade. A primeira, chamada de *variável de estimação*, é referente aos fatores intrínsecos ao cometimento do crime que podem acabar por deturpar o reconhecimento realizado pela vítima, tais como a distância para o infrator, a má iluminação na hora do ato ilícito ou a própria fraqueza da memória da testemunha. Já a *variável de sistema* é perceptível quando o falso reconhecimento ocorre em razão de um procedimento inadequado, tomado pela autoridade policial ou pelo magistrado, na realização do instituto de obtenção de prova elencado no artigo 226 do Código de Processo Penal. Ainda, é relevante apontar que a primeira variável recebe esse nome por seus riscos só poderem ser estimados, enquanto a última é assim denominada por suas falhas terem como responsáveis os próprios atores do sistema de justiça (CECCONELLO; STEIN, 2019, p. 174).

Na variável de estimação residem, portanto, as razões pelas quais o reconhecimento de pessoas e coisas, por si só, já deve ser questionado e acompanhado de outras provas que justifiquem o entendimento do juízo pela homologação da opinião da vítima. A variável de sistema, por sua vez, alvo principal deste estudo, deve ser entendida como a persistência do Poder Judiciário em seguir o procedimento legal, em prol da manutenção de garantias do acusado. Não por acaso, William Cecconello e Lilian Stein (2019, p. 178) afirmam, de maneira justificada, que a incidência dessa variável é amplamente mais perceptível em países que adotam um processo penal inquisitivo ou que se submetem aos poderes indiscriminados do *Estado de Polícia*.

Por tais razões, faz-se extremamente necessário questionar o padrão procedimental empreendido na realização de tal instituto, analisando a incidência do recém-adotado princípio acusatório na mudança de tal paradigma.

3.1 OBRIGATORIEDADE DO PROCEDIMENTO ELENCADE NA NORMA COMO PREVENÇÃO A DISCRICIONARIEDADES

³ A mesma pesquisa testemunhou que, em alguns casos observados, a vítima havia indicado dois suspeitos diferentes; fez o reconhecimento cinco meses após o cometimento do crime; afirmou em juízo que nem sequer havia certeza sobre o reconhecido, etc. RIO DE JANEIRO. Análise dos casos encaminhados pelos defensores públicos sobre o reconhecimento fotográfico em sede policial. **Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, 11 set. 2020. Disponível em: <<https://defensoria.rj.def.br/uploads/imagens/d12a8206c9044a3e92716341a99b2f6f.pdf>>.

Uma das razões que justificam a infeliz deturpação do cenário ideal para o correto procedimento do reconhecimento de pessoas e coisas é a margem que a leitura do artigo 226 do Código de Processo Penal, responsável pela tratativa à matéria, abre para entendimentos equivocados. Para isso, passe-se à sua análise:

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 (grifo próprio).

É, portanto, a inserção do termo *se possível* que vincula alguns magistrados e autoridades policiais à percepção de seu caráter meramente facultativo, tornando tal procedimento bastante utilizado para justificar futuras prisões, em algo corriqueiro à atividade jurídica (MATIDA, 2020). Como deriva de tal prática, a desobediência ao dispositivo legal acima elencado virou regra, não subsistindo mais referenciais práticos que orientem uma postura mais adequada.

Assim, cabe elencar que o reconhecimento de pessoas e coisas pode ocorrer em dois momentos distintos na persecução criminal: na fase de inquérito policial; e em juízo, no decorrer do processo. Quanto à valoração probatória dos instrumentos depreendidos em inquérito, sua análise será feita mais à frente. O que importa ressaltar, por ora, é o completo estado sistêmico de descumprimento das regras claramente dispostas na legislação processual penal. Além disso, corroboram à tal panorama as facilidades que as novas tecnologias, totalmente impensáveis quando da redação do Código de Processo Penal, promovem ao descumprimento de tais preceitos.

Assim sendo, em sede policial, o reconhecimento deve obedecer criteriosamente a um procedimento padrão, o qual consiste, em suma, na apresentação do rosto do acusado à vítima

ao lado do rosto de inocentes que apresentem uma mínima semelhança ao suspeito – caso contrário, tal procedimento será tão somente indutivo (MALPASS; LINDSEY; FULERO, 1999). Dessa forma, espera-se que a vítima, mesmo com uma dificuldade causada pela semelhança entre os sujeitos, seja capaz de distinguir o responsável pela prática delituosa. Portanto, respeitam-se as variáveis de sistema e põe-se em prova as variáveis de estimacão. Caso a resposta da vítima seja qualquer um dos inocentes, já se depreende que o seu reconhecimento é totalmente nulo à continuacão da persecucão criminal e, desse modo, deve ser interpretado em favor do acusado.

Contudo, o que, de fato ocorre, em linhas gerais, é somente a apresentacão – algumas vezes fotográfica⁴ – do acusado à vítima para que essa confirme ou denegue a sua participacão no crime. Ainda, por diversas vezes, há o estímulo prévio da autoridade policial para que a vítima seja induzida ao reconhecimento contra o suspeito (CLARK; GODFREY, 2009). É extremamente alarmante quando essas informacões são passadas à relacão de dados obtidos através de pesquisa feita entre policiais e juizes, os quais afirmam que, destes, 77% indicaram o reconhecimento positivo da vítima como suficiente para a condenacão ou para a manutençao de prisao preventiva (STEIN; ÁVILA, 2015, p. 41).

Já quando posto o acusado ao lado de outras pessoas, o procedimento é, também, majoritariamente, eivado de nulidades. Para uma melhor ilustracão das situacões que exemplificam o rol de abusos cometidos durante o reconhecimento, quando realizado perante o estabelecimento policial, Maíra Fernandes, ex-presidente do Conselho Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro, argumentou, durante o 24º Seminário Internacional de Ciências Criminais, promovido em São Paulo pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais em 2018, que:

Em muitos casos que chegavam a mim no Conselho Penitenciário, o reconhecimento era feito da seguinte forma: pegavam o sujeito preso — com cara de preso, sem banho, abatido — e colocavam do lado dele funcionários do cartório, todos arrumados, com roupas sociais. É claro que a vítima sempre reconhecia o sujeito [como autor do crime].

⁴ Sobre isso, o estudo realizado pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro apresentado anteriormente apontou, inclusive, ocorrências em que a autoridade policial encaminhou a foto do suspeito via aplicativos de mensagens online para o telefone da vítima para que ela pudesse, assim, confirmar o reconhecimento. RIO DE JANEIRO. Análise dos casos encaminhados pelos defensores públicos sobre o reconhecimento fotográfico em sede policial. **Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, 11 set. 2020. Disponível em: <<https://defensoria.rj.def.br/uploads/imagens/d12a8206c9044a3e92716341a99b2f6f.pdf>>.

Já quando realizada em juízo, perante a figura do juiz, engana-se quem pensa que o reconhecimento de pessoas e coisas se esquivе de possíveis arbitrariedades. Por diversas vezes, testemunha-se um procedimento incomparável, completamente calcado na informalidade, sem o respeito à norma (MARCÃO, 2015).

Ademais, a leitura do artigo 226 pressupõe que, de igual modo à prática idealizada para a fase de inquérito, tal meio de obtenção de prova seja realizado em audiência específica, com a presença do acusado e de outros inocentes semelhantes a ele. Para isso, é fundamental o não contato entre vítima e acusado desde o início da investigação criminal e, também, que ela se esquivе de qualquer induzimento prévio pelo órgão de acusação ou pelo próprio magistrado. Porém, a prática comprova que, em sua maioria, o juiz procede somente a um processo de indicação, em sede de audiência una de instrução e julgamento, pedindo que a vítima, durante as suas declarações, confirme se fora, de fato, o réu o agente do fato delituoso (SILVA JÚNIOR, 2015, p. 528).

A realidade vira, portanto, testemunha de que o procedimento elencado na norma é completamente negligenciado, acabando por dar legitimidade velada a um número excessivamente alto de prisões realizadas em dissonância ao texto legal e, desse modo, nulas. Combater tais sistematicidades é, agora, não só buscar o seguimento da lei, mas, sobretudo, aplicar os reflexos do sistema acusatório no processo penal brasileiro e em seus institutos de obtenção probatória.

3.2 A ROBUSTEZ E O VALOR PROBATÓRIO DO RECONHECIMENTO REALIZADO EM INQUÉRITO POLICIAL

Um dos principais dilemas do estudo da matéria probatória no processo penal diz respeito à carga valorativa, que pode ser dada aos elementos extraídos do inquérito policial como fundamentação para uma decisão condenatória. Nesse sentido, para uma melhor compreensão inicial do assunto, é possível classificar os elementos probatórios entre duas naturezas distintas: os atos de prova e os atos de investigação. Enquanto os primeiros se dignam a formar um juízo de certeza e são praticados perante o juiz do processo, os últimos têm o fito de construir somente uma hipótese, buscando formar um mero juízo de probabilidade capaz de questionar a presunção de inocência de um certo acusado (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 272).

Assim, é certo que a natureza de qualquer inquérito policial, sobretudo de atos como o reconhecimento preliminar, caracteriza-se como um ato de investigação, já que não existe a

intenção de se dirigir a um convencimento do juiz quanto à culpabilidade do sujeito⁵, mas tão somente de embasar a admissibilidade da ação penal derivada. É completamente equivocada, portanto, cogitar a condenação penal posterior do réu com base somente em provas dessa espécie, que, por sua natureza, nunca pretenderam formar um juízo de culpabilidade complexo.

Foi com base nesse pressuposto que a reforma de 2008, promovida pela Lei nº 11.690, atuou de modo bastante inteligente ao alterar a redação originária do artigo 155 do Código de Processo Penal⁶, vinculando, impreterivelmente, a fundamentação condenatória do magistrado às provas produzidas em juízo, não mais permitindo a condenação somente com fulcro nos atos de investigação oriundos do inquérito. A nova interpretação da norma foi um passo significativo na superação da influência do modelo inquisitivo, tirando o protagonismo dos elementos probatórios produzidos pela autoridade policial.

Corroboram, ainda mais, para esse entendimento, uma série de decisões recentes do Supremo Tribunal Federal, entre as quais se destacam o voto do ex-ministro Celso de Mello no julgamento da Ação Penal nº 985/MT, tramitada perante a Segunda Turma do órgão. Nas palavras do ministro:

Não podemos desconhecer, no ponto, que o processo penal, por representar uma estrutura formal de cooperação, rege-se pelo princípio da contraposição dialética, que, além de não admitir condenações judiciais baseadas em prova alguma, também *não legitima nem tolera decretos condenatórios apoiados em elementos de informação unilateralmente produzidos pelos órgãos da acusação penal*. A condenação do réu pela prática de qualquer delito – até mesmo pela prática de uma simples contravenção penal – somente se justificará

⁵ Cabe, aqui, fazer uma breve distinção entre os termos *inocência* e *culpabilidade*, por vezes confundidos entre a doutrina e a jurisprudência. Walter Nunes da Silva Júnior (2015, p. 388), nesse sentido, explica que a presunção de inocência se torna em uma espécie de garantia ao cidadão “no sentido de que ele não poderá ser perturbado em sua paz nem arranhado em sua dignidade como pessoa com imputações levianas, invocadas sem a menor plausibilidade, com o propósito apenas de deixá-lo em situação constrangedora”. Assim, a inocência é presumida como garantia contra a instauração de inquérito policial sem justa causa. Já a presunção de não culpabilidade, para o mesmo autor (2015, p. 382), é a expressão mais assertiva para a garantia da liberdade do acusado já denunciado perante o juízo, mesmo já não sendo mais presumida a sua inocência. A superação desse último princípio só pode se configurar quando apresentado material probatório robusto pela acusação, capaz de convencer o juízo da responsabilidade criminal – isto é, a culpabilidade – do réu. Em linhas gerais, tem-se que é irrelevante à autoridade policial romper a presunção de não culpabilidade do acusado, tendo em vista que a sua atuação se volta somente à formação dos atos de investigação que, após não mais presumida a sua inocência, sustentem a propositura da ação penal.

⁶ Tal alteração foi significativamente relevante ao alterar a redação originária do artigo 155 do Código de Processo Penal, que estabelecia que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação das provas” para o seguinte texto: “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”.

quando existentes, no processo, e sempre colhidos sob a égide do postulado constitucional do contraditório, elementos de convicção que, projetando-se “*beyond all reasonable doubt*” (além, portanto, de qualquer dúvida razoável), veiculem dados consistentes que possam legitimar a prolação de um decreto condenatório pelo Poder Judiciário.

Somente a prova penal produzida em juízo pelo órgão da acusação penal, sob a égide da garantia constitucional do contraditório, pode revestir-se de eficácia jurídica bastante para legitimar a prolação de um decreto condenatório.

[...]

Desse modo, é sempre importante insistir na asserção de que *nenhuma acusação penal presume-se provada*. Tal afirmação, que decorre do consenso doutrinário e jurisprudencial em torno do tema, apenas acentua a inteira sujeição do Ministério Público ao ônus material de provar a imputação penal consubstanciada na denúncia (grifos próprios)⁷.

Entretanto, mesmo sendo o posicionamento amplamente majoritário dos tribunais superiores, a praxe observada é que os juízos de primeira instância, por vezes, insistem em descumprir o enunciado normativo, como será analisado a partir da discussão do Habeas Corpus nº 598.886/SC do Superior Tribunal de Justiça no tópico seguinte. Observa-se, assim, que, nesses casos, há uma verdadeira presunção absoluta de veracidade do inquérito policial, o que é amplamente vedado pela hermenêutica da legislação processual penal (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 272).

Dessa forma, é completamente inviável supor a legalidade da persistência de condenações judiciais com base no reconhecimento procedido na fase de investigação. Para além dos princípios regentes do processo penal, concluir pela possibilidade dessa prática é, ampliando o sentido, atentar diretamente contra a adoção do Estado Democrático de Direito pela Constituição de 1988 e, sobretudo, contra a natureza do modelo acusatório (ALMEIDA, 2014, p. 23).

4 O HABEAS CORPUS Nº 598.886/SC (STJ) E A MUDANÇA PARADIGMÁTICA DA SUBVERSÃO SISTÊMICA À NORMA PROCEDIMENTAL.

⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Questão de Ordem na Ação Penal nº 985/MT. T2. Min, Edson Fachin. j. 06/06/2017.

Diante do contexto apresentado acima e da explicação do valor probatório dos atos de investigação, o direito brasileiro testemunhou a possibilidade de uma nova guinada rumo à uma hermenêutica acusatória da matéria com o julgamento do Habeas Corpus nº. 598.886/SC pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do ministro Rogério Schietti Cruz, em outubro de 2020. É inegável afirmar, para isso, que a influência principal de tal decisão foi a superação do modelo misto-inquisitivo promovida pela Lei nº 13.964/2019. Para isso, passe-se à análise dos tópicos principais da ementa do referido acórdão, em razão de sua extensa redação.

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DE PESSOA REALIZADO NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. PROVA INVÁLIDA COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. RIGOR PROBATÓRIO. NECESSIDADE PARA EVITAR ERROS JUDICIÁRIOS. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. *O reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto, para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.* 2. Segundo estudos da Psicologia moderna, são comuns as falhas e os equívocos que podem advir da memória humana e da capacidade de armazenamento de informações. Isso porque a memória pode, ao longo do tempo, se fragmentar e, por fim, se tornar inacessível para a reconstrução do fato. *O valor probatório do reconhecimento, portanto, possui considerável grau de subjetivismo, a potencializar falhas e distorções do ato e, conseqüentemente, causar erros judiciários de efeitos deletérios e muitas vezes irreversíveis.* 3. O reconhecimento de pessoas deve, portanto, observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, *cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se vê na condição de suspeito da prática de um crime, não se tratando, como se tem compreendido, de "mera recomendação" do legislador [...].* 5. *De todo urgente, portanto, que se adote um novo rumo na compreensão dos Tribunais acerca das conseqüências da atipicidade procedimental do ato de reconhecimento formal de pessoas; não se pode mais referendar a jurisprudência que afirma se tratar de mera recomendação do legislador, o que acaba por permitir a perpetuação desse foco de erros judiciários e, conseqüentemente, de graves injustiças [...].* 7. Na espécie, o reconhecimento do primeiro paciente se deu por meio fotográfico e não seguiu minimamente o roteiro normativo previsto no Código de Processo Penal. Não houve prévia descrição da pessoa a ser reconhecida e não se exibiram outras fotografias de possíveis suspeitos; ao contrário, escolheu a

autoridade policial fotos de um suspeito que já cometera outros crimes, mas que absolutamente nada indicava, até então, ter qualquer ligação com o roubo investigado.

8. Sob a égide de um processo penal comprometido com os direitos e os valores positivados na Constituição da República, busca-se uma verdade processual em que a reconstrução histórica dos fatos objeto do juízo se vincula a regras precisas, que assegurem às partes um maior controle sobre a atividade jurisdicional; uma verdade, portanto, obtida de modo "processualmente admissível e válido" (Figueiredo Dias).

9. *O primeiro paciente foi reconhecido por fotografia, sem nenhuma observância do procedimento legal, e não houve nenhuma outra prova produzida em seu desfavor. Ademais, as falhas e as inconsistências do suposto reconhecimento – sua altura é de 1,95 m e todos disseram que ele teria por volta de 1,70 m; estavam os assaltantes com o rosto parcialmente coberto; nada relacionado ao crime foi encontrado em seu poder e a autoridade policial nem sequer explicou como teria chegado à suspeita de que poderia ser ele um dos autores do roubo – ficam mais evidentes com as declarações de três das vítimas em juízo, ao negarem a possibilidade de reconhecimento do acusado.*

10. Sob tais condições, o ato de reconhecimento do primeiro paciente deve ser declarado absolutamente nulo, com sua consequente absolvição, ante a inexistência, como se deflui da sentença, de qualquer outra prova independente e idônea a formar o convencimento judicial sobre a autoria do crime de roubo que lhe foi imputado [...]

12. Conclusões: 1) *O reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime;* 2) *À vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação,* mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo; [...]

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

13. Ordem concedida (grifos próprios)⁸.

É interessante observar que tal decisão veio para contrapor a antiga jurisprudência da mesma turma do órgão, a qual opinava pela faculdade das garantias formais do artigo 226 do Código de Processo Penal⁹. Assim, é cediço que a mudança do posicionamento foi promovida

⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC nº 598.886/SC. T6. Min. Rogério Schietti Cruz. j. 27/10/2020.

⁹ O AgRg, no AREsp n. 1.175.175/AM, por exemplo, julgado em 2017 perante a mesma 6ª turma do órgão e sob a relatoria do mesmo ministro Rogério Schietti Cruz, havia firmado a seguinte tese: “não é obrigatória a repetição das formalidades do art. 226 do CPP em Juízo, na conformação do reconhecimento de pessoas realizado na fase inquisitorial. Prevalece o entendimento de que as formalidades configuram mera recomendação

pelos recentes acréscimos legais, os quais trouxeram o modelo acusatório para o ordenamento jurídico brasileiro.

No caso em tela, o acusado fora condenado em primeiro grau por decisão justificada, exclusivamente pelo reconhecimento realizado pela vítima no inquérito policial. Além disso, que, por si só, já embasa uma reforma recursal, o reconhecimento foi realizado em total dissonância ao texto legal do Código de Processo Penal, sendo procedido mediante fotografia, desrespeitando as demais orientações normativas. Por fim, a própria descrição da vítima foi totalmente contraditória, tendo esta afirmado que o infrator responsável pelo roubo do estabelecimento possuía aproximadamente 1,70 m, quando o acusado possuía dezoito, 1,95 m.

Ademais, cabe elucidar aqui a importância de se preservar a formalidade de atos tão caros e sensíveis à persecução criminal quanto o reconhecimento. Para isso, é necessário se esquecer dos ensinamentos da Teoria Geral do Processo, que, na prática, constitui somente uma introdução teórica ao processo civil, direcionados ao abandono do culto ao formalismo. É certo que a exigência irrestrita dos aspectos formais é considerada como um abuso do julgador, porém, no processo penal, o desapego sistêmico às formas se transforma num instrumento à serviço do poder punitivo, ao passo em que desvincula os órgãos acusadores de preservar a tão estimada garantia proposta pelo legislador (SOUZA, 2016, p. 23).

Nesse sentido, a colocação jurisprudencial antiga, que se direcionava à relativização da desobediência do procedimento disposto no artigo 226 do Código de Processo Penal, não conseguia, por si só, comprovar a nulidade do ato, por ser uma prática que, mesmo ilegal, era sistemicamente adotada. A recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, constitui um relevante precedente para decretação de nulidade dos reconhecimentos praticados à margem da disciplina legislativa.

Assim, convém destacar o pensamento de Gustavo Badaró (2007, p. 189) ao definir que “se há um modelo, ou uma forma prevista em lei, que foi desrespeitada, o normal é que tal atipicidade gere prejuízo, sob pena de se admitir que o legislador estabeleceu uma formalidade absolutamente inútil”. É, nesse sentido, que o sistema de nulidades encontra respaldo para sua arguição, como forma de cessar os efeitos dos atos processuais derivados do desrespeito à forma vinculante.

e podem ser realizadas de forma diversa desde que não comprometida a finalidade da prova”. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no AREsp nº 1.175.175/AM. T6. Min. Rogério Schietti Cruz. j. 07/12/2017.

Ainda, é completamente injustificada a alegação de que o inquérito policial gozaria de natureza administrativa e, portanto, não se submeteria às garantias que, uma vez descumpridas, constituiriam nulidade. Ora, sendo ou não o inquérito de fato um ato administrativo, há a sua constante valoração como instrumento probatório, podendo influenciar, inclusive, a convicção do magistrado. Ricardo Jacobsen Gloeckner (2014 citado por LOPES JÚNIOR, 2020, p. 1499), para isso, afirma que, independente da natureza do ato jurídico, nenhum estaria blindado de uma declaração de invalidade jurídica e nenhuma sentença poderia, dessa forma, ter como valoração um ato jurídico nulo.

É a partir, portanto, do estado caótico de descumprimento ao texto processual que o direito material encontra brechas para o caminho autoritário. A forma processual é, por assim dizer, “limite de poder e garantia para o réu” (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 1482). Por tais razões, é justamente na forma que o autoritarismo processual inquisitivo mira o seu ataque. Sobre isso, Ricardo Jacobsen Gloeckner (2010, p. 116) afirma de modo coerente que:

As formas não podem ser concebidas como mero desiderato legal. A forma é uma característica tão relevante para a consubstanciação do sistema acusatório como é a ausência de poderes instrutórios do juiz. A atividade do juiz no sistema acusatório – o que lhe permite assumir uma postura mais passiva – é justamente um rigoroso controle sobre os atos processuais.

É claro, porém, que ainda é cedo para analisar se, de fato, os efeitos da decisão anteriormente mencionada gozarão de eficácia no cenário jurídico brasileiro. Contudo, servem de alarde para a correção do procedimento do reconhecimento de pessoas e coisas, por diversas vezes deturpado pelas autoridades policiais e pelos magistrados do país. A imposição de um viés *antigarantista*, obediente a um falso ideal de eficiência punitiva que, em regra, vigora nas instituições policiais brasileiras contrasta não só com a legislação da matéria, mas com a perspectiva democrática da Constituição de 1988 (SOUZA, 2016, p. 80). Sujeitar a prática à forma serve, no processo penal, não só como uma limitação da atuação dos operadores do direito, mas como uma tentativa de se preservar o rol de garantias fundamentais do réu.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É sob a confiança na efetividade da memória humana que o reconhecimento de pessoas e coisas se perpetua, como um meio de obtenção de prova, em diversos ordenamentos jurídicos

ao redor do mundo. E, é na ignorância dos riscos de sua imperfeição, que subsistem e que se perpetuam os flagrantes erros judiciais, inchando, ainda mais, um extenso número de detentos provisórios no país.

Frise-se que esse estudo não tem como intento a exclusão do instituto do reconhecimento do direito processual penal brasileiro. O objetivo, em verdade, é demonstrar a incompatibilidade do que é observado na prática com a nova orientação principiológica do processo penal, agora regente sob os mandamentos do sistema acusatório.

Além do mais, é preciso transpor o dever de punir para além do campo meramente hipotético, área de atuação de metodologias como o reconhecimento de pessoas. Sujeitar a restrição da liberdade de alguém sob a opinião da memória da vítima, que em muitas vezes fala, de modo involuntário, sob o filtro da emoção ou da angústia, é altamente incoerente com a necessidade de comprovação da pretensão punitiva imposta pelo texto constitucional, garantista por natureza. Dessa forma, confiar irrestritamente no testemunho ocular é adentrar na perspectiva da cegueira deliberada proposta no ideal distópico de José Saramago, presente na epígrafe deste texto.

Logo, para efetivamente confirmar a permanência do princípio acusatório no sistema de justiça brasileiro, faz-se necessário abandonar quaisquer práticas herdadas de um modelo inquisitivo, pouco atento ao respeito às garantias fundamentais. É nesse intuito que surge, também, a necessidade de se observar uma adequação do processo penal ao texto constitucional vigente.

Conforme dito anteriormente, a mudança do paradigma desnortado vivenciado nos dias atuais, pressupõe uma atuação mútua dos operadores do direito: dos magistrados, exige-se a adequação do conjunto jurisprudencial à nova tendência processual garantista; das autoridades policiais, um abandono da sede punitiva que, por muitas vezes, torna-se a principal responsável pela perpetuação da violação sistemática da norma; do Ministério Público, uma maior atuação como fiscal da lei, não adotando a errônea tese de que o princípio do interesse o impediria de agir em prol do réu, mesmo que em desvantagem da pretensão punitiva; e, dos defensores e advogados, uma sujeição irrestrita à busca contínua de um modelo garantista e democrático.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Ingrid Conti. **O inquérito policial e a valoração das provas no Tribunal do Júri**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal do

Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em:

<http://www.unirio.br/ccjp/arquivos/tcc/tcc_2_-_ingrid_conti_de_almeida>. Acesso em: 09 nov. 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

CECCONELLO, William Weber; STEIN, Lilian Milnitsky. Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos. **Avances en Psicología Latinoamericana**. vol. 38, p. 172-188, jan./dez, 2015.

CLARK, Steven; GODFREY, Ryan. Eyewitness reconhecetion evidence and innocence risk. **Psychonomic Bulletin & Review**, v. 16, n. 1, p. 22- 42, jan./dez, 2009.

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

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Uma nova teoria das nulidades: processo peal e instrumentalidade constitucional**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2010.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. A "estrutura acusatória" atacada pelo MSI - Movimento Sabotagem Inquisitória. **ConJur**, São Paulo, a. 24, 03 jan. 2020.

Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-03/limite-penal-estrutura-acusatoria-atacada-msi-movimento-sabotagem-inquisitoria>>. Acesso em: 08 nov. 2020.

MALPASS, Roy S.; LINDSAY, Roderick Cameron Lodge; FULERO, Solomon M. From the lab to the police station: a successful application of eyewitness research. **American Psychologist**, Washington, DC, vol. 55, n. 6, p. 581 – 598, jan./dez., 2000.

MARCÃO, Renato. Reconhecimento de pessoa em juízo. **Jus Navigandi**. Teresina, a. 20, n. 42.119, ago. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42119/reconhecimento-de-pessoa-em-juizo>>. Acesso em: 09 nov. 2020.

MATIDA, Janaina. O reconhecimento de pessoas não pode ser porta aberta à seletividade penal. **ConJur**, São Paulo, a. 24, 18 set. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-set-18/limite-penal-reconhecimento-pessoas-nao-porta-aberta-seletividade-penal?pagina=2>>. Acesso em: 08 nov. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal**. 2. ed. Natal: OWL, 2015.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Reforma tópica do processo penal: Inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas, principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais**. Natal: OWL, 2019.

SOUZA, Gabriel Lucas Moura de. **As nulidades do processo penal a partir da sua instrumentalidade constitucional: (re)análise dos princípios informadores**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2016.

STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Avanços Científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forense: Série Pensando o Direito**. n. 59. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça; IPEA, 2015.

24º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), 2018.

FORM IS GUARANTEE: THE OVERCOMING OF THE INQUISITIVE MODEL IN THE EYEWITNESS RECOGNITION UNDER THE HC 598.886/SC (STJ)**ABSTRACT**

The present study's object is the analysis of the case-law's impacts promoted by the Habeas Corpus n° 598.886/SC, judged at the Superior Court of Justice in October 2020, in order to evaluate the new eyewitness recognition's perspective brought by the recently implemented accusatorial process. Thus, from the deductive analysis of a number of researches in the forensic psychology, this paper aims to observe the new procedure law's hermeneutic swerve, under a coherent perspective proposed by the accusatorial system and the constitutional criminal procedure, being, from the present scenario, a way to preserve the appropriate formality and the defendant's guarantees.

Keywords: Eyewitness recognition's invalidity. Habeas Corpus 598.886/SC. Accusatorial system.