UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

MARIÂNGELA TOMÉ LOPES

O RECONHECIMENTO COMO MEIO DE PROVA.
Necessidade de reformulação do direito brasileiro.

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Titular Antonio Scarance Fernandes

São Paulo
Janeiro de 2011

MARIÂNGELA TOMÉ LOPES

O RECONHECIMENTO COMO MEIO DE PROVA.
Necessidade de reformulação do direito brasileiro.

Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como um dos requisitos para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Professor Titular Antonio Scarance Fernandes

São Paulo
Janeiro de 2011

Banca Examinadora:

À minha filha Helena Lopes Neistein, o maior presente que recebi de Deus, e ao meu pai, *in memorian,* Armando Augusto Pires Lopes, a grande perda da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Quando o autor se depara com o momento dos agradecimentos, ele se dá conta que não teria sido capaz de findar o trabalho se não tivesse o apoio e a ajuda de pessoas queridas, que acabam por se tornar os verdadeiros responsáveis pelo resultado da obra.

Tenho muitas pessoas a quem agradecer, tornando impossível citar todos os nomes que tiveram participação na elaboração deste trabalho.

Agradeço, em especial, ao Professor Antonio Scarance Fernandes, meu orientador no curso do Doutorado e o verdadeiro feitor dele, tamanha as observações e orientações dadas durante o decorrer de todo o curso. O Professor Scarance, com o seu alto conhecimento e simplicidade, é responsável não apenas por este trabalho, mas por tudo que conquistei até hoje, tamanha as lições de vida tanto no âmbito profissional, como no pessoal.

Agradeço aos demais Professores que compuseram a banca de qualificação. Ao Professor Gustavo Henrique Righy Ivahy Badaró, pelas enriquecedoras observações, pelas excelentes aulas ministradas no decorrer do curso e pela grande pessoa que é. À Professora Helena Regina Lobo da Costa, excelente profissional, grande amiga, que atuou com muita seriedade no auxílio da elaboração deste trabalho. As observações feitas na banca de qualificação foram extremamente importantes para finalizar esta tese.

Também agradeço a todos os Professores do Departamento de Direito Processual Penal, por todo o aprendizado: Antonio Magalhães Gomes Filho, José Raul Gavião de Almeida, Mauricio Zanoide de Moraes, Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Marcos Antonio Coelho Zilli e Marta Saad Gimenes.

A todos os membros do Instituto de Estudos Avançados de Direito Processual Penal - Antonio Scarance Fernandes, pelos ricas discussões travadas mensalmente, envolvendo temas de Direito Processual Penal. São pessoas que se dedicam aos estudos por verdadeiro amor ao conhecimento. Aprendo muito e agradeço a oportunidade de poder estar na companhia dessas pessoas.

Agradeço à colega de trabalho e também membro do Instituto, Professora Amália Aparecida Gomes Zappala, pessoa de altíssimo gabarito e de uma inteligência invejável, pelas ricas conversas tidas nas reuniões do Instituto e na sala de Professores da Universidade São Judas Tadeu.

Amigos em especial me auxiliaram muito. Agradeço a André Augusto Mendes Machado, pela revisão desta obra, pelas observações atentas e, principalmente, pela grande amizade. Ao colega Marcio Geraldo Brito de Arantes Filho, pela sua inteligência e palpites dados durante todo o curso. A Guilherme Madeira Dezem, grande amigo e estudioso do Direito, que teceu ricos comentários acerca deste trabalho. Não posso deixar de agradecer a Sueli Diez Fernandes, grande amiga, que sempre esteve presente me incentivando nos momentos mais difíceis da minha vida. Às amigas Denise Vaz, Amanda Sato e Carolina Haber que sempre colaboraram e enriqueceram meus conhecimentos.

Agradeço aos meus familiares por toda a paciência e por permitirem tê-los subtraído a minha presença em diversos compromissos, para me dedicar aos estudos da tese. Ao meu pai, *in memoriam*, pois suas lembranças me davam força a cada momento de angústia. À minha mãe Adélia do Céu Tomé Lopes, às minhas irmãs e cunhados.

Por fim, agradeço à minha filha Helena Lopes Neistein que, sem sua alegria, sorrisos, abraços, brincadeiras e carinhos a mim dados durante todo o seu tempo de vida, certamente, eu não teria tido forças para seguir. Obrigada, filha, pela luz que sempre me ofereceu! A Jordi Bleda Bermejo, agradeço pela paciência, companheirismo e por todo o seu amor. Muito obrigada a todos!

RESUMO

O reconhecimento de pessoas e coisas é um meio de prova bastante utilizado para a estrita finalidade de identificar uma pessoa ou coisa envolvida ou utilizada em um fato delituoso. O resultado deste meio de prova depende da capacidade de memorização do reconhecedor e de diversos aspectos externos que podem influenciá-lo. Em busca do equilíbrio entre a eficiência e o garantismo na produção deste meio de prova, este trabalho visa a esclarecer alguns conceitos envolvendo o reconhecimento de pessoas e coisas, busca estudar as questões mais polêmicas acerca do tema e, por fim, defender a necessidade de reformulação do tratamento dado pelo direito brasileiro a este meio de prova, com a apresentação de propostas. Os dispositivos legais existentes permitem interpretações errôneas por parte dos nossos Tribunais, gerando resultados bastante negativos para o processo, muitas vezes servindo de base para a condenação de pessoas inocentes.

RÉSUMÉ

La reconnaissance des personnes et des choses est une preuve très répandue assez utilisée aux fins strictes d'identification d'une personne ou d'une chose en cause ou utilisée dans un fait criminel. Le résultat de cette preuve dépend de la capacité de mémorisation du reconnaisseur et de plusieurs aspects externes qui peuvent l'influencer. A la recherche de l'équilibre entre l'efficacité et l'assurence de la production de cette preuve, cette étude vise à clarifier certains concepts impliquant la reconnaissance des personnes et des choses, cherche à étudier les questions les plus controversées sur le sujet et aussi présenter des propositions de refonte du traitement donné par la loi brésilienne à cette preuve. Les dispositions légales existantes permettent de mauvaises interprétations par nos tribunaux, en générant des résultats assez négatifs sur le processus, servant souvent de base à la condamnation d'innocents.

RIASSUNTO

La ricognizioni delle persone e delle cose è una forma diffusa di elementi di prova ai fini rigoroso di identificare una persona o cosa coinvolti o utilizzato in un fatto criminale. Il risultato di questa prova dipende dalla capacità di memorizzazione del riconoscitore e vari aspetti esterni che possono influenzarlo. Alla ricerca di equilibrio tra efficienza e garantimento della produzione di quest'evidenza, il presente studio si propone di chiarire alcuni concetti che comportano il riconoscimento delle persone e delle cose, cerca di studiare le questioni più controverse in materia e presenti anche alcune proposte per la revisione del trattamento da parte della legge brasiliana a tale prova. Le disposizioni giuridiche esistenti consistono di fraintendimenti dai nostri tribunali, con risultati molto negativi per il processo, che spesso servono come base per la condanna di persone innocenti.

INTRODUÇÃO 1

CAPÍTULO I – ASPECTOS ESSENCIAIS DA TEORIA GERAL DAS PROVAS.

1. Noções gerais sobre provas.....3
2. Dos princípios e garantias constitucionais e o estudo das provas.....6
   2.1. Garantia do devido processo legal 6
   2.2. Princípio da liberdade probatória 7
   2.3. Garantia do livre convencimento motivado 8
   2.4. Garantia do contraditório 8
   2.5. Garantia da ampla defesa 10
   2.6. Princípio do *nemo tenetur se detegere* 11
3. Meios de prova e de investigação típicos e atípicos 11
4. Meios de prova anômalos, irrituais e inominados 13
5. Provas antecipadas, cautelares e irrepetíveis 14
6. Procedimento probatório. Eficiência e garantismo 17
7. Necessidade de um procedimento na produção probatória. Meios de prova típicos e atípicos.....18
8. Conceitos de eficiência, eficácia e efetividade 20

CAPÍTULO II
DO RECONHECIMENTO. ASPECTOS GERAIS

1. Conceito 23
   1.1. Das diversas acepções da palavra reconhecimento 24
   1.2. Das espécies de reconhecimento 25
      1.2.1. Do reconhecimento de pessoas 26
         1.2.1.1. Do reconhecimento de pessoas visual e presencial.....26
         1.2.1.2. Do reconhecimento de pessoas visual e não presencial.....26
         1.2.1.3. Do reconhecimento de pessoas auditivo e por voz 27
      1.2.2 Do reconhecimento de coisas.....27
2. Finalidade de identificação e sua relação com o reconhecimento 27
   2.1. Dos diferentes meios de identificação: atos de identificação.....28

3. Natureza jurídica do reconhecimento 30
3.1. Meio de prova. Origem na prova testemunhal 30
3.2. Meio de prova irrepetível 31
3.3. Meio de prova urgente 32
4. Sujeitos do Reconhecimento 33
4.1. Sujeito ativo do reconhecimento: o reconhecedor 33
4.1.1. Da figura do reconhecedor testemunha 34
4.1.2. Da figura do reconhecedor coimputado 35
4.2. Sujeito passivo do reconhecimento 36
4.3. Sujeito de comparação 36
4.4. Sujeitos processuais no reconhecimento: Juiz, defesa e acusação 36
5. Momento do Reconhecimento 37
5.1. Importância do estudo da memória no processo penal 38
5.2. Funcionamento e distúrbios da memória 41
5.3. Influência do estado psicológico na memória 42
5.4. Influência do tempo na memória: surgimento de falsas memórias e esquecimento 43
5.5. Influência da memória na prova testemunhal e no reconhecimento. Diferenças 46
5.6. Diferença no armazenamento de informações pela memória visual e auditiva 48
5.7. Efeitos no tempo na alteração das características físicas da pessoa a ser reconhecida 50
6. Fases do reconhecimento 50
6.1. 1ª Fase do reconhecimento presencial: indicação das características pelo reconhecedor 51
6.2. 2ª fase do reconhecimento presencial: colocação de pessoas semelhantes 54
6.3. 3ª fase do reconhecimento presencial: indicação da pessoa ou coisa pelo reconhecedor 56
6.4. 4ª fase do reconhecimento presencial: elaboração do auto 56
7. Resultados do reconhecimento 58

CAPÍTULO III

DAS QUESTÕES CONTROVERSAS ACERCA DO RECONHECIMENTO

1. O reconhecimento e o princípio do *nemo tenetur se detegere*.....59

1.1. Conceito do *nemo tenetur se detegere*.....59

1.2. O *nemo tenetur se detegere* no ordenamento jurídico brasileiro 60

1.3. Relação do *nemo tenetur se detegere* com outros princípios.....60

1.4. *Nemo tenetur se detegere* e as provas que dependem da cooperação do acusado.....61

1.5. *Nemo tenetur se detegere* e a possibilidade de sua restrição 63

1.6. *Nemo tenetur se detegere* e o reconhecimento.....65

1.7. Risco de utilização de outros meios de prova.....67

1.8. Nemo tenetur e a obrigação do corréu servir de sujeito ativo do reconhecimento 69

1.9. *Nemo tenetur se detegere* e o reconhecimento no direito estrangeiro 71

1.10. *Nemo tenetur* e o reconhecimento pessoal auditivo por meio de voz 72

2. Reconhecimento como meio de prova irrepetível e o procedimento a ser respeitado.....74

3. Meio de prova urgente. Incidente Probatório. Produção antecipada de prova 78

4. Do reconhecimento em audiência. Prova testemunhal, atípica ou irritual?.....81

5. A prática policial do álbum de fotografias.....88

5.1. Diferenças entre a identificação por álbum de fotos e o reconhecimento pessoal e visual por meio de fotografia 92

5.2 Críticas à utilização do álbum de fotografias.....94

6. Do reconhecimento por videoconferência 96

6.1. Conceito de videoconferência.....96

6.2. Dos benefícios da videoconferência 97

6.3. Questões relacionadas à videoconferência: perda de contato pessoal e problemas técnicos.....97

6.4. Pressupostos da videoconferência.....98

6.5. Da realização do reconhecimento por videoconferência 98

7. Do desrespeito ao rito do reconhecimento: hipótese de nulidade.....100

7.1. Aspectos gerais das nulidades.....100

7.2. Efeitos da decretação de nulidade.....101

7.3. Desrespeito ao procedimento na realização do reconhecimento: hipótese de nulidade 103
8. Valor probatório do reconhecimento 107
8.1. Valor probatório do reconhecimento pessoal visual e presencial 107
8.2. Valor probatório do reconhecimento pessoal visual e por fotografia 111
8.3. Valor probatório do reconhecimento pessoal auditivo por meio de voz 112

CAPÍTULO IV
DO RECONHECIMENTO E O DIREITO ESTRANGEIRO

1. Reconhecimento de pessoas no direito estrangeiro 115
1.1 Autoridade competente para realizar o reconhecimento 116
1.2. Momento de realização do reconhecimento 117
1.3. Realização antecipada do reconhecimento 121
1.4. Procedimento e fases do reconhecimento 122
2. Outras formas de se realizar o reconhecimento de pessoas 129
2.1 Reconhecimento visual e pessoal por meio de fotografia 131
2.1.1 Natureza jurídica 132
2.1.2 Autoridade competente para a realização 133
2.1.3 Reconhecimento fotográfico e o caráter subsidiário 133
2.1.4 Procedimento para a realização do reconhecimento pessoal por meio de fotografia 136
2.1.5 Procedimento para o reconhecimento fotográfico na Argentina 137
2.1.6 Da individuação por imagem do Direito italiano 138
2.1.7 Necessária realização de reconhecimento presencial após o reconhecimento fotográfico 140
3. Reconhecimento pessoal auditivo por meio de voz 141
3.1 A voz como elemento identificador 142
3.2 Natureza jurídica 143
3.3 Identificação de voz por perícia 143
3.4 Procedimento do reconhecimento de voz 144
4. Reconhecimento de coisas 146
4.1 Conceito de objeto 146

4.2 Natureza jurídica 148
4.3 Procedimento 148
5. Da *identification parade* do direito inglês 150

CAPÍTULO V

DO RECONHECIMENTO NO DIREITO BRASILEIRO. DA NECESSIDADE DE REFORMULAÇÃO.

1. História da legislação processual penal brasileira 151
1.1. Reconhecimento e a previsão no código de 1832 153
1.2. Reconhecimento de pessoas e coisas no Código de 1942 – artigos 226 a 228 153
2. Tratamento do reconhecimento no Código de Processo Penal brasileiro 154
2.1. Momento para realização do reconhecimento no direito brasileiro 154
2.2. Reconhecimento como meio de prova 156
2.3. Procedimento para a realização do reconhecimento na lei brasileira 156
2.3.1. Realização do reconhecimento somente quando necessário 158
2.3.2. Primeira fase do reconhecimento no direito brasileiro 158
2.3.3. Segunda e terceira fases do reconhecimento 160
2.3.4. Quarta fase do reconhecimento 163
2.3.5. Possibilidade de que a pessoa a ser reconhecida não veja o reconhecedor 164
2.3.6. Reconhecimento em separado em caso de vários reconhecedores 165
2.3.7. Reconhecimento de objetos – artigo 227 166
3. Previsão do reconhecimento no Projeto de Lei do Senado, PLS nº 156, de 2009 167
4. Da necessidade de reformulação do tratamento dado ao reconhecimento no direito brasileiro 169
4.1. Da necessidade de reformulação do artigo 155, do Código de Processo Penal 170
4.2. Da necessária previsão de que o reconhecimento somente pode ser produzido por uma vez: irrepetibilidade do meio de prova 172

4.3. Da necessária previsão de o reconhecimento ocorrer, preferencialmente, na fase de investigação, respeitando o procedimento para produção de meios de prova antecipada 175
4.4. Da necessária reformulação do dispositivo que propõe o reconhecimento durante a audiência.....178
4.5. Da necessidade de previsão de um procedimento para os reconhecimentos atípicos. Analogia ao procedimento do reconhecimento visual e presencial.....179
4.6. Previsão de utilização de outras formas de identificação somente de forma subsidiária 180
4.7. Da previsão da condução coercitiva.....181
4.8. Da previsão de nulidade para os casos de reconhecimentos realizados em desrespeito ao procedimento legal 181
4.9. Da necessária reformulação do dispositivo que trata da primeira fase 182
4.10. Da necessária reformulação do dispositivo que trata da segunda fase 183

CONCLUSÃO 185

BIBLIOGRAFIA 191

INTRODUÇÃO

Havendo notícia da existência de um fato delitivo, nasce para o Estado o dever de investigá-lo, eventualmente processar o suposto autor e, se comprovado o crime e sua autoria, o dever de aplicar as conseqüências legais.

Tudo isto se realiza por meio de rito previamente estabelecido em lei e com respeito às regras do devido processo legal. Tal procedimento é composto por diversos atos que visam a elucidação da autoria e da materialidade do crime.

Um dos meios que servem para identificar a autoria ou os objetos relacionados à infração penal é o reconhecimento de pessoas ou coisas. Consiste este ato na identificação do autor ou de objetos que teriam participado ou sido utilizados na prática delitiva, por parte de testemunha, vítima, ou mesmo pelo corréu, na presença da autoridade judicial, através de um processo de memorização.

Há apenas duas espécies de reconhecimento: o de pessoas e o de coisas. A primeira modalidade objetiva apontar a pessoa que teria realizado a ação típica. Subdivide-se em diversos tipos, como: o visual e presencial, o visual não presencial por meio de imagem (foto, vídeo etc.) e o auditivo por meio de vozes. Já o reconhecimento de coisas procura revelar os objetos empregados na conduta criminosa.

O reconhecimento tem se mostrado como um dos meios de provas mais falhos existentes dentro do sistema probatório. Daí, a necessidade de uma regulamentação bastante específica e detalhada. O ideal é que exista previsão legal de tipificação do reconhecimento, com regras claras a respeito do seu procedimento, para assegurar a sua eficiência e o respeito aos direitos e garantias fundamentais do investigado ou acusado.

Na maioria dos países, o reconhecimento de pessoas visual e presencial e o de coisas é previsto de forma típica, com um rito pré-estabelecido. Diferente é a situação do reconhecimento de pessoas visual, não presencial, por imagem (foto ou vídeo) e o reconhecimento de pessoas auditivo por meio da voz, que, normalmente, não possuem regulamentação legal.

A legislação brasileira dedica três sucintos artigos ao ato do reconhecimento pessoal visual e presencial, servindo este de modelo para o reconhecimento de coisas.

O presente trabalho examina o instituto do reconhecimento dentro da teoria geral da prova e a sua previsão em determinados países, com a finalidade de realizar um estudo crítico do modelo legal brasileiro e mostrar a sua necessidade de aperfeiçoamento. Assim, procura-se apresentar proposta para melhor tratamento desse meio de prova no Brasil.

Para tanto, dividiu-se esta tese em cinco capítulos, organizados da forma a seguir descrita.

O primeiro capítulo é dedicado às noções gerais do estudo das provas, conceituando-se meio de prova e suas generalidades. Serão diferenciados os meios de prova típicos dos atípicos. Por fim, levantar-se-á a questão da necessidade de um procedimento probatório que respeite a tendência processual moderna de buscar o equilíbrio entre o garantismo e a eficiência da persecução penal.

O segundo capítulo cuida dos aspectos gerais do reconhecimento: seu conceito, natureza jurídica, espécies, sujeitos, momento para sua realização, fases do reconhecimento e os resultados possível.

No capítulo terceiro, serão estudados os problemas mais comuns advindos do reconhecimento. Discutir-se-á a aplicação do princípio do *nemo tenetur se detegere* no reconhecimento, o procedimento a ser adotado no caso de prova irrepetível e urgente, a problemática dos reconhecimentos feitos em audiência, do álbum de fotografias, por videoconferência, a conseqüência para os reconhecimentos realizados em desrespeito ao procedimento e, por fim, do parco valor probatório do reconhecimento.

O quarto capítulo tratará do reconhecimento no direito estrangeiro, em especial na Espanha, Itália, Portugal e Argentina, com a apresentação dos procedimentos para a realização do reconhecimento nestes países.

O quinto capítulo analisará o reconhecimento no direito brasileiro, apresentando proposta de reformulação da nossa legislação no que diz respeito ao tratamento dado a este meio de prova.

CAPÍTULO I – ASPECTOS ESSENCIAIS DA TEORIA GERAL DAS PROVAS

1. Noções gerais sobre provas

Para tratar do reconhecimento, importa, inicialmente, estudar e precisar as noções de prova em geral, para poder inserí-lo em uma das categorias probatórias.

Estudos recentes, com reflexos nas legislações européias, identificam os diferentes conceitos relacionados ao termo prova que, durante muito tempo, foram utilizados de forma ampla e indiscriminada.

Ressaltam Antonio Magalhães Gomes Filho e Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró que "tanto na linguagem comum, filosófica ou científica, como na terminologia jurídica, o termo prova é sabidamente polissêmico, designando aspectos diversos do vasto campo de operações do intelecto na busca e na comunicação do conhecimento verdadeiro."[1] Daí, sugerem os autores, a necessidade "de se estabelecer, do modo mais preciso possível, o significado atribuído à expressão prova nas variadas situações em que é empregada no discurso jurídico."[2]

Nesse passo, doutrinadores estrangeiros e brasileiros preocuparam-se em individualizar os diferentes significados que podem ser atribuídos ao termo prova.

Segundo Antonio Laronga, prova traduz-se no "mecanismo, pela qual um conjunto de elementos e atividades têm a função de levar ao encontro da verdade ou, pelo menos, de um dos enunciados fáticos integrantes do *thema probandum*".[3] (tradução livre)

São vários os vocábulos relacionados ao termo prova. Antonio Laronga diferencia-os por meio da chamada "seqüência probatória", concebida como "o conjunto de componentes que, na sua sucessão, intervém a constituir o fenômeno probatório".[4] (tradução livre)

---

[1] "Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileira" *in Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 65, 2007, São Paulo, p. 176.
[2] *Prova e sucedâneos* ..., p. 177.
[3] *Le prove atipiche nel processo penale*. Milão: CEDAM, 2002, p. 14.
[4] *Le prove atipiche* ... , p. 15.

Para Laronga, fazem parte da seqüência probatória e devem ser diferenciados: elemento de prova, sujeito e objeto da prova, fonte de prova e meio de prova. O conceito de cada um desses termos é de grande importância para o estudo das provas.

Elemento de prova é aquilo "que, introduzido no processo, pode ser utilizado pelo Juiz como fundamento da sua atividade inferencial"[5] (tradução livre), ou seja, são os dados introduzidos no processo que podem ser levados em conta para a fundamentação de uma decisão ou sentença, pois produzidos judicialmente, com a presença das partes, garantido o contraditório. É o caso das declarações das testemunhas, das expressões contidas em um documento etc.

Para Antonio Magalhães Gomes Filho, "elementos de prova" seriam "cada um dos dados objetivos que confirmam ou negam uma asserção a respeito de um fato que interessa à decisão da causa."[6]

Fonte de prova refere-se aos sujeitos ou objetos que levam à formação dos elementos de prova. Segundo Laronga[7], as fontes de prova podem ser pessoais, como no caso da testemunha, e reais, como na hipótese do documento. Para Antonio Magalhães, o termo fonte de prova designa "as pessoas ou coisas das quais se pode conseguir a prova (o elemento de prova)."[8]

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró esclarece que as fontes de prova "decorrem do fato em si, independentemente da existência do processo. Ocorrido o fato, tudo aquilo que puder servir para esclarecer algo sobre a existência desse fato pode ser considerado como fonte de prova."[9]

Meio de prova, por sua vez, é definido como a "atividade através do qual se introduz no procedimento, ao menos, um elemento de prova (testemunha, confronto e assim vai)."[10] (tradução livre) Tal atividade conta sempre com a participação do Juiz e das partes, sob o crivo do contraditório, e, por isso, produz elemento de prova que pode ser considerado pelo Juiz na sentença. Nessa linha, Nicola Triggiani[11] aduz que o meio de

---

[5] LARONGA, Antonio, *Le prove atipiche* ..., p. 15.
[6] "Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)" *in Estudos em homenagem á Professora Ada Pellegrini Grinover*. YARSHELL, Flávio Luiz e MORAES, Maurício Zanoide de (orgs.). São Paulo: DPJ, 2005, p. 307.
[7] LARONGA, Antonio, *Le prove atipiche* ..., p. 15.
[8] GOMES FILHO, Antonio Magalhães, *Notas sobre a terminologia da prova...* , p. 308.
[9] *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 165.
[10] LARONGA, Antonio, *Le prove atipiche* ... , p. 15.
[11] *Ricognizioni mezzo di prova nel nuovo processo penale*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1998, p. 15.

prova é apto a oferecer ao Juiz resultados probatórios que podem ser utilizados na sua decisão.

No Brasil, Antonio Magalhães Gomes Filho apresenta o mesmo conceito de meio de prova sustentado por Laronga, ou seja, "instrumentos ou atividades por intermédio dos quais os dados probatórios (elementos de prova) são introduzidos e fixados no processo (produção de prova). São, em síntese, os canais de informação de que se serve o Juiz".[12]

O meio de prova não se confunde com o meio de investigação. Este se dá na fase de persecução prévia, sem a participação judicial, e tem por finalidade a busca de indícios que possam dar base ao oferecimento ou não de uma ação penal.

O meio de investigação não forma elemento de prova e, assim, não pode ser considerado pelo Magistrado em sua sentença, pois não foi produzido sob o contraditório, com a participação das partes.

Nicola Triggiani traz clara distinção entre meio de prova e meio de investigação ao afirmar que este não gera elementos de prova para o Juiz, ou seja, "não representam por si só fontes de convencimento, mas somente tornam possível, a aquisição de coisas materiais, traços ou declarações dotadas de atitudes probatórias".[13] Ao contrário, o meio de prova forma elementos de prova que podem ser utilizados pelo Juiz em suas decisões, pois foram produzidos em contraditório.

Paolo Tonini[14] distingue meio de prova e meio de investigação em quatro aspectos: 1. o meio de investigação é pré-existente aos fatos, ao passo que o meio de prova forma-se após os fatos; 2. o meios de investigação pode ser produzido na investigação e sem a presença do Juiz, ao passo que o meio de prova somente é produzido judicialmente; 3. o meio de investigação conta com o fator surpresa, sendo que os defensores não são comunicados da sua realização. Ao contrário, o meios de prova é produzido com a

---

[12] *Notas sobre a terminologia da prova*..., p. 317.
[13] TRIGGIANI, Nicola, *Ricognizioni mezzo di prova* ... , p. 16.
[14] *A prova no processo penal italiano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 242/243.
Laronga também diferencia meio de prova e meio de investigação ressaltando que o primeiro caracteriza-se por oferecer ao Juiz um resultado probatório diretamente utilizável na sentença. Contrariamente, o meio de investigação não é, por si só, fonte de convencimento, mas "tornam possível adquirir coisas materiais, traços ou declarações dotadas de atitude probatória." Segue o autor diferenciando os institutos do ponto de vista técnico-processual e, neste caso, o meio de investigação caracteriza-se por inserir no processo elementos que preexistem à investigação judiciária e com base no fator surpresa, não havendo notificação aos defensores, quando da realização (LARONGA, Antonio, *Le prove atipiche...* , p. 28).

presença das partes, sob o crivo do contraditório; 4. o meio de investigação sempre é anexado diretamente ao processo, porque não pode ser repetido. Ao contrário, o meio de prova é anexado aos autos somente na fase de debates, salvo nos casos de incidente probatório.

As legislações italianas e portuguesas diferenciam expressamente meio de prova e meio de investigação, inserindo em seus Códigos de Processo Penal regras específicas dedicadas a cada um desses institutos.

No tocante ao reconhecimento, vale dizer desde logo que se trata de meio de prova, pois é capaz de formar elemento de prova, se produzido na presença de um juiz e das partes, sob o crivo do contraditório. O tema será melhor analisado ao se abordar a natureza jurídica do reconhecimento.

2. Dos princípios e garantias constitucionais e o estudo das provas

O estudo das provas envolve necessariamente o exame de diversas garantias e princípios constitucionais. Abaixo, serão apresentados aspectos gerais de alguns desses princípios e garantias, que mais de perto importam a este trabalho acerca do reconhecimento como meio de prova.

2.1. Garantia do devido processo legal

A garantia do devido processo legal foi objeto da Magna Carta outorgada por João Sem Terra (artigo 39). Era denominada *law of the land*. Posteriormente, passou a ser tratada como *due process of law*. Foi inserida nas Constituições americana e européias.[15]

No Brasil, a previsão surgiu na Constituição de 1988, no artigo 5º, inciso LIV, que declara que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal."

[15] FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 43.

Consiste na garantia de que uma pessoa somente será privada de sua liberdade ou de seus bens, por meio de um processo desenvolvido de acordo com o estabelecido em lei. O devido processo legal assegura às partes a existência de um processo conforme às normas preexistentes razoáveis e justas.

Este preceito "se irradia por todos os demais princípios processuais, pois o cumprimento dele depende da efetiva realização de todos os outros."[16]

2.2. Princípio da liberdade probatória

Segundo o artigo 5º, inciso LVI, da Constituição da República, qualquer meio de prova é admitido em direito, salvo aquele produzido de forma ilícita. O princípio da liberdade probatória opõe-se ao da taxatividade das provas, segundo o qual "somente se poderiam utilizar as provas previstas de maneira específica na lei."[17]

O princípio da liberdade probatória relaciona-se com o equilíbrio entre a eficiência e o garantismo na busca da verdade no processo penal. Como ensina Denílson Feitoza: "os altos 'valores' em jogo no processo penal – de um lado, a segurança pública, dependente da efetividade do direito penal e, de outro lado, a liberdade do réu qualificada pela liberdade constitucional – acarretaram, no modelo processual brasileiro, a mais ampla liberdade probatória."[18]

Deste modo, qualquer meio de prova pode ser produzido no processo, desde que licitamente. Por prova ilícita compreende-se aquela que ofende garantias constitucionais na sua produção, como, por exemplo, prova obtida por meio de tortura, com invasão à privacidade etc. Para Rogério Lauria Tucci, prova ilícita seria aquela efetuada com "violação de disposições que regulamentam a produção e a assunção da prova."[19]

---

[16] FEITOZA, Denílson. *Direito Processual Penal*. 7ª ed.. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 144.
[17] FEITOZA, Denílson, *Direito Processual*..., p. 743.
[18] *Direito Processual*..., p. 742.
[19] *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 199.

Por conta disso, no direito brasileiro, as provas atípicas, isto é, sem regulamentação legal quanto ao seu procedimento ou à sua nominação, são perfeitamente admissíveis, desde que lícitas.

Em outras palavras, o limite encontrado para utilização das provas atípicas é a vedação das provas ilícitas. No entanto, ainda assim, levando em conta o princípio da proporcionalidade, é possível aceitar, em casos excepcionais, restrição a esse comando constitucional. Nos dizeres de Antonio Scarance Fernandes, "a norma constitucional que veda a utilização no processo penal de prova obtida por meio ilícito deve ser analisada à luz do princípio da proporcionalidade, devendo o juiz, em cada caso, sopesar se outra norma também constitucional, de ordem processual ou material, não supera em valor aquela que estaria sendo violada."[20]

2.3. Garantia do livre convencimento motivado

De acordo com esta garantia, o Magistrado julgará apreciando livremente as provas produzidas pelo autor e pelo réu. O Juiz é livre para formar o seu convencimento segundo as provas dos autos e, portanto, "para valorar as provas, as quais têm legal e abstratamente o mesmo valor, mas deve fundamentar, explicitando em que elementos probatórios fundou seu convencimento."[21]

Tem o Juiz liberdade de convencimento, mas não pode fugir da necessidade de fundamentar sua decisão de acordo com os elementos concretos dos autos, conforme exigência do artigo 93, IX, da Constituição Federal do Brasil.

2.4. Garantia do contraditório

O princípio do contraditório, da bilateralidade da audiência ou da audiência contraditória consiste na "ciência bilateral (ao autor e ao réu) dos atos e termos do processo

[20] *Processo Penal...* , p. 88.
[21] FEITOZA, Denílson, *Direito Processual ...* , p. 745.

e na possibilidade de contrariá-los, tendo as partes a ocasião e a possibilidade de intervirem no processo, apresentando provas, oferecendo alegações, recorrendo das decisões".[22]

Em respeito ao contraditório, as partes têm direito de ter ciência de toda a produção probatória: seja a requerida pela parte contrária, seja a produzida de ofício pelo Juiz.

O contraditório forma-se pela ciência e pela reação. Assim, para que o contraditório seja efetivo, as partes devem tomar ciência de todos os atos do processo e deve ser dada oportunidade para que possam reagir, conferindo-lhes meios para que possam participar dos atos processuais.

É o que Scarance Fernandes denomina de contraditório pleno e efetivo. Para o autor, há necessidade de que se garanta a plenitude e a efetividade do contraditório. A plenitude estaria relacionada à exigência de contraditório "durante todo o desenrolar da causa, até seu encerramento"[23]. A efetividade diz respeito não apenas à possibilidade das partes pronunciarem-se sobre os atos da parte contrária, mas também à necessidade de se proporcionar "os meios para que tenha condições reais de contrariá-los".[24]

Dessarte, para possibilitar a sua reação no processo, as partes devem ser convidadas a acompanhar todos os atos processuais. Nesse sentido, aduz Antonio Magalhães Gomes Filho que: "No seu segundo momento, o contraditório adquire uma feição dinâmica, caracterizando-se pela possibilidade de participação ativa de seus protagonistas em todos os atos do procedimento, com o objetivo de influenciar positivamente o espírito do juiz e obter, assim, a tutela pretendida".[25]

A participação das partes pode ocorrer de três formas: positivamente, concomitantemente ou posteriormente à realização do ato probatório. Conforme ensina Gomes Filho: "(...) Essa participação ativa dos interessados no provimento pode ocorrer de várias formas: positivamente, quando se instaura o contraditório para debater a oportunidade de realizar determinado ato; concomitantemente, quando se manifesta através da atuação na própria prática do ato; posteriormente, quando consiste em manifestação

---

[22] FEITOZA, Denílson, *Direito Processual ...* , p. 744.
[23] FERNANDES, Antonio Scarance, *Processo Penal Constitucional...* , p. 58.
[24] FERNANDES, Antonio Scarance, *Processo Penal Constitucional...* p. 58.
[25] *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 137.

subseqüente ao ato, como, por exemplo, na discussão sobre o valor de uma prova já produzida."[26]

Em regra, deve-se garantir o contraditório no momento da produção da prova. Ou seja, ele deve se dar concomitantemente à prática do ato.

Todavia, em algumas situações de urgência, alguns atos são produzidos sem a participação das partes, por faltar tempo hábil para a preparação da realização da prova. Nesses casos, admite-se o contraditório posterior – o que se denomina contraditório diferido.

Esta situação é bastante comum na fase de investigação, como, por exemplo, na produção de prova pericial nessa etapa.

2.5. Garantia da ampla defesa

A ampla defesa está intimamente relacionada ao contraditório, uma vez que, como visto, a defesa do acusado tem o direito de participar ativamente de todos os atos processuais, o que lhe é assegurado por meio do exercício efetivo da ampla defesa.

Este princípio desdobra-se em outras duas garantias: a autodefesa e a defesa técnica.

A autodefesa consiste na participação pessoal do acusado nos atos processuais, traduzindo-se no direito de audiência e no direito de presença.

Por sua vez, a defesa técnica pode ser definida como o direito do acusado a uma defesa adequada em todos os momentos do processo, com a presença ativa de profissional da advocacia. O réu indefeso não é apenas aquele que não tem advogado, mas também aquele que possui defensor constituído e este não atua de forma adequada.

[26] GOMES FILHO, Antonio Magalhães, *Direito à prova...*, p. 137.

2.6. Princípio do *nemo tenetur se detegere*

Este princípio, também denominado de princípio da não-auto-incriminação ou *nemo tenetur se ipsum accusare*, será tratado especificamente em capítulo posterior deste trabalho.

Tal postulado estabelece a diretriz de que ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si mesmo, podendo o investigado ou acusado se negar a participar de atos que possam ir contra à sua defesa.

3. Meios de prova e meios de investigação típicos e atípicos

É de extrema importância o estudo da tipicidade dos meios de prova e dos meios de investigação.

Guilherme Madeira Dezem, em obra específica sobre o tema, salienta que "a idéia da tipicidade e da atipicidade probatórias não encontra unanimidade na doutrina."[27] Há alguns estudos a respeito da matéria, tanto na doutrina brasileira, como na estrangeira, sobressaindo dois posicionamentos referentes ao conceito de meios de prova e de investigação típicos e atípicos: o restritivo e o não restritivo ou ampliativo.

Para o posicionamento restritivo, meios de prova ou de investigação típicos são aqueles que têm previsão legal, bastando estar nominados, sem exigência de dispositivos a respeito do procedimento para a produção dos mesmos.

Na Itália, Antonio Laronga[28] segue a teoria restritiva e ressalta que o conceito de meio de prova ou de investigação atípico é negativo, tratando-se daqueles que não têm previsão no catálogo legal. Segundo este jurista, para considerar como típico ou atípico basta observar se o meio está previsto na lei. Se a resposta for afirmativa, será meio típico. Se a resposta for negativa, será meio atípico.

---

[27] *Da prova penal*..., p. 143.

[28] *Le prove* ... , p. 17. Ressalta o autor: "Nei pochi studi dedicati dalla dotrtrina processual penalistica all´argomento, la nozione di prova atipica è stata formulata in termini negativi, come prova non riconducibile, neppure per analogia, ad alcuna di quelle disciplinate dagli artt. 194 e ss. c.p.p." (*Le prove* ... , p. 17).

Segundo a posição não restritiva ou ampliativa, o meio de prova ou de investigação será atípico quando não possuir previsão legal ou, ainda, quando estiver previsto apenas de forma nominada, sem qualquer dispositivo que trate do seu procedimento.

Na Itália, Gian Franco Ricci[29] segue essa corrente, referindo-se à necessidade de previsão legal d ser considerado atípico.

No Brasil, Antonio Scarance Fernandes adota a teoria ampliativa, afirmando que "a prova típica é aquela prevista e dotada de procedimento próprio para a sua efetivação; a prova atípica é aquela que, prevista ou não, é destituída de procedimento para a sua realização."[30]

Na mesma linha, Antonio Magalhães Gomes Filho e Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró afirmam que "o meio de prova atípico é aquele que não está previsto no ordenamento jurídico e para o qual não há um procedimento probatório específico."[31] Para os autores, os meios de prova serão típicos quando, além de serem nominados, possuírem procedimento regulado em lei, a saber: "Há preocupação em distinguir os meios de prova típicos, para os quais são previstos um procedimento probatório, dos meios de prova atípicos, seja porque não previsto pelo legislador, seja porque, embora nominados em lei, não há previsão de procedimento probatório específico."[32]

De fato, a teoria ampliativa se a mais ajustada porque torna patente a importância da existência de um procedimento na produção de provas. Assim, para fins deste trabalho, considera-se meio de prova atípico aquele que: 1. não é nominado pela lei ou; 2. apesar de nominado, não houve a devida regulamentação legal do procedimento.

Importa repisar que há importante diferenciação entre meios de investigação e meios de prova. Os primeiros formam elementos de investigação que têm a única finalidade de reunir indícios de autoria e materialidade para embasar o início de ação penal

---

[29] "Atipicità della prova, processo ordinario e rito camerale" *in Rivista Trimestrale de Procedura Civile,* vol. 56, n.º 2, 2002, Milão, p. 415.

[30] "Prova e sucedâneos da prova no processo penal" *in Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 66, maio-junho de 2007, Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 199.

[31] "Prova e sucedâneos...", p. 183.

[32] GOMES FILHO, Antonio Magalhães e BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, "Prova e sucedâneos...", p. 176. Guilherme Madeira Dezem também defende a teoria ampliativa ao definir meio de prova típico e atípico (DEZEM, Guilherme Madeira. Da prova penal, Editoras Millenium e Conceito Editorial, Campinas, 2008, pp. 149/50).

ou o arquivamento do inquérito policial. Não podem ser utilizados pelo Juiz no processo, por não terem sido produzidos sob o contraditório.

Ao contrário, os meios de prova podem ser considerados pelo Juiz ao proferir sua decisão, pois são produzidos em contraditório e formam elementos de prova.

4. Meios de prova anômalos, irrituais e inominados

Tendo em vista as premissas antes mencionadas, importante também diferenciar os conceitos de meios de prova típicos e atípicos dos de meios de prova anômalos, irrituais e nominados.

Meio de prova anômalo é aquele utilizado para fins diversos daqueles que lhe são próprios, com características de outra prova típica. Possui procedimento previsto em lei, mas é produzido consoante o procedimento existente para outro meio de prova.

O meio de prova anômalo é inadmissível, pois se trata de hipótese de desrespeito ao rito legal, havendo necessidade de se reconhecer a nulidade.

Guilherme Madeira Dezem, ao tratar do meio de prova anômalo, exemplifica: "Percebe-se mais claramente tal idéia quando se pensa no sistema processual penal brasileiro. Tem sido muito comum, na prática judiciária, a presença da oitiva pelo órgão da acusação de testemunha em seu próprio gabinete e, ao mesmo tempo, a pretensão de introdução dessa oitiva no processo como se documento fosse."[33]

Meio de prova irritual é aquele produzido em desconformidade com o procedimento existente. Do mesmo modo que o meio de prova anômalo, o meio de prova irritual é nulo, por desrespeitar o rito procedimental.

A distinção entre meio de prova anômalo e meio de prova irritual é feita com clareza por Guilherme Madeira Dezem, *verbis*: "A prova anômala e a prova irritual aproximam-se pela conseqüência que sua utilização gera no processo, ou seja, a nulidade ou a ilicitude da prova. ...No entanto, trata-se de categorias distintas: a prova anômala é prova produzida segundo o modelo legal. Seu problema consiste em que o modelo legal utilizado não é o adequado para o caso, não é o que o caso requer. Já a prova irritual não é

[33] *Da prova penal...,* p. 152.

produzida segundo o modelo legal. Em verdade, utiliza-se o meio adequado, mas sem a observância dos elementos típicos previstos em lei."[34]

Meio de prova nominado é aquele previsto em lei, com ou sem rito procedimental. Muitas vezes, o legislador institui tão-somente o nome do meio de prova, sem estabelecer procedimento específico para a sua realização.

5. Provas antecipadas, cautelares e irrepetíveis

O Código de Processo Penal brasileiro, após a recente reforma de 2008, passou a dispor a respeito das provas antecipadas, cautelares e irrepetíveis.

Consta do artigo 155 que "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."

Segundo o texto legal, as provas cautelares, irrepetíveis e antecipadas podem servir de base a uma condenação, ainda que produzidas em sede de investigação. No entanto, por falha do legislador, não se sabe o conceito de provas cautelares, antecipadas ou irrepetíveis e tampouco como elas seriam produzidas. A doutrina brasileira, ao interpretar o referido artigo, apresenta diferentes noções para esses tipos de prova.

Os atos processuais, incluindo os meios de prova, têm momento processual adequado para a sua realização. Ocorre que, muitas vezes, não se consegue aguardar esse momento ideal, porque o tempo pode afetar a efetividade da produção probatória.

Conforme ensina Antonio Magalhães Gomes Filho, "por sua natureza, o processo é uma atividade que reclama tempo, mas isso pode acarretar, muitas vezes, o comprometimento dos seus resultados ou de sua própria realização."[35]

Por este motivo, existem técnicas processuais visando antecipar a realização de determinados atos, evitando que a demora comprometa a atividade judiciária.

---

[34] *Da prova penal*.,., p. 155.

[35] "Provas. Lei 11.690, de 09.06.2008" *in As reformas no Processo Penal*. MOURA, Maria Thereza Rocha de (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 253.

Ressalta Gomes Filho que o legislador emprega os termos prova antecipada e cautelar como se fossem institutos diferentes, no entanto, tal distinção não importa na prática "pois o que o procedimento cautelar propicia é justamente a antecipação da formação da prova."[36]

A diferença terminológica justifica-se apenas porque a medida cautelar é o instrumento para se antecipar a produção de uma prova.[37]

Explica Gomes Filho que "o que o legislador pretendeu certamente sublinhar, com a variação de nomenclatura, foi que há situações mais gerais em que os atos de formação de prova são realizados cautelarmente, independentemente da observância do contraditório, e em outros casos em que a antecipação ocorre já com a relação processual instaurada, com a necessária participação das partes."[38]

Assim, a diferenciação consistiria em dizer que, enquanto na produção da prova cautelar nem sempre é possível a realização do contraditório concomitante devido à urgência, na prova antecipada este sempre estará presente.

Em ambas o contraditório é exigido, com a particularidade de que na cautelar pode se dar de forma diferida; ao passo que na antecipada, o contraditório será sempre concomitante.

Na prova cautelar, em regra, não há tempo hábil para o chamamento das partes e do Juiz, pois há risco de perecimento dos elementos materiais. Então, forma-se a prova e as partes têm a oportunidade de se manifestar posteriormente (contraditório diferido).

Na prova antecipada, há tempo hábil para organizar a produção da prova, que se realizará em momento anterior ao previsto. Assim, sempre haverá a participação das partes e do Juiz, em respeito ao contraditório que, no caso, é concomitante.

As provas cautelares ou antecipadas efetuam-se em momento anterior àquele previsto em lei. Referidas provas devem ser produzidas com a participação das partes e do Juiz, para que se efetive o contraditório e o julgador possa considerá-los em sua sentença. Na impossibilidade de se garantir o contraditório no momento exato da produção do meio de prova, deve-se permitir o seu exercício posterior, para não se fazer letra morta deste direito fundamental.

---

[36] GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *"Provas. Lei 11.690, de 09.06.2008"*..., p. 253.
[37] GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *"Provas. Lei 11.690, de 09.06.2008"*..., p. 253.
[38] GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *"Provas. Lei 11.690, de 09.06.2008"*..., p. 253.

Para Helena Regina Lobo da Costa, na produção das provas cautelares ou antecipadas deve haver respeito ao contraditório e a ampla defesa: "A prova cautelar ou antecipada, embora possa ser produzida antes mesmo de se delimitar a imputação, representam provas que obrigatoriamente respeitam os princípios do contraditório e da ampla defesa, já que são produzidas publicamente, perante o juiz e com a participação das partes."[39]

De outro lado, a prova irrepetível não se confunde com a cautelar e a antecipada, sendo definida como aquela que, por alguma circunstância ou fato, não pode ser refeita nas mesmas condições que anteriormente realizada.

O artigo 512 do Código de Processo Penal italiano conceitua prova irrepetível como a que "por fatos ou circunstâncias imprevisíveis, tornou-se impossível a sua repetição." (tradução livre)

A prova irrepetível nem sempre deve ser realizada em momento anterior ao previsto em lei. Se a irrepetibilidade for previsível, deve-se possibilitar a participação das partes, garantindo-se o exercício do contraditório. É o que ensina Paolo Tonini, sugerindo a utilização do incidente probatório para as situações em que a irrepetibilidade do meio de prova seja previsível.[40]

Em síntese, a partir da análise da nova redação do artigo 155 do Código de Processo Penal, extraem-se as seguintes conclusões: 1. prova cautelar: aquela que, por pressupor o caráter de urgência, deve ser realizada imediatamente, ainda que sem o contraditório concomitante, mas, nesta hipótese, sendo necessário o contraditório diferido; 2. prova antecipada: aquela que deve ser realizada em momento anterior ao previsto em lei, mas que, por ser previsível, permite o contraditório concomitante, devendo as partes participarem da sua produção; 3. prova irrepetível: aquela que, por alguma circunstância ou fato, não pode ser novamente produzida nas mesmas condições em que foi feita anteriormente, devendo contar com a participação das partes e contraditório, preferencialmente, concomitante.

---

[39] "Projeto de Lei 4215/2001. Provas" *in Código de Processo Penal, Comentários aos projetos de reforma legislativa*. FERRARI, Eduardo Reale (org.). São Paulo, Millenium, 2003, p. 108.

[40] *A prova no processo penal italiano*. MARTINS, Alexandra e MROZ, Daniela (trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 237.

6. Procedimento probatório: eficiência e garantismo

Como salientado, o texto constitucional estabelece a garantia do devido processo legal. Assim, todos têm direito a um processo que respeite as regras legais.

A necessidade de regras sobre os procedimentos não se refere apenas ao processo visto genericamente. Deve existir regulamentação do procedimento para cada ato do processo.

Embora o processo seja uno e indivisível, para cada ato de sua cadeia deve haver procedimento específico. É o procedimento uma "forma, um modelo unitário composto por atos sucessivos, ou, em outras palavras, constitui uma realidade, uma unidade, de formação sucessiva".[41]

Ensina Antonio Scarance Fernandes que a ordem preestabelecida dos atos do procedimento produz uma coordenação entre eles, que "se revela no escopo, no efeito e na validade de cada ato em face da unidade procedimental."[42]

Cada ato tem seus próprios requisitos, contudo, sua validade está condicionada aos atos que lhe antecedem e dos quais depende formal e logicamente.[43]

Deve existir regulamentação sobre o modo de realização de cada um dos atos do processo, como regras para o interrogatório, para a oitiva de testemunhas, para a realização de perícia, para o ato do reconhecimento e demais meios de prova previstos em lei.

A necessidade de procedimento específico para a realização dos atos processuais advém da garantia constitucional do devido processo legal.

Outra preocupação inerente à fixação de um procedimento é a busca do equilíbrio entre eficiência e garantismo. Segundo o magistério de Antonio Scarance Fernandes,[44] o direito a um procedimento é um direito a um sistema de regras e princípios

---

[41] FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria Geral do Procedimento e Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005,, p. 33.
[42] *Teoria Geral do Procedimento...*, p. 33.
[43] FERNANDES, Antonio Scarance, *Teoria Geral do Procedimento...*, p. 33.
[44] "Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal" *in Sigilo no processo penal. Eficiência e garantismo*. SCARANCE FERNANDES, Antonio, ALMEIDA, José Raul Gavião de e MORAES, Mauricio Zanoide de (orgs.), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 13.

que permita a efetivação das garantias constitucionais somada à necessária atuação eficaz por parte dos órgãos encarregados da investigação.

Quanto à necessidade de previsão de um procedimento, ensina Antonio Scarance Fernandes: "O direito ao procedimento processual penal é, em síntese, direito a um sistema de regras e princípios que permita a atuação eficaz dos órgãos encarregados da persecução penal e, ao mesmo tempo, assegure a plena efetivação das garantias do devido processo penal. O direito a um sistema de regras e princípios que conjugue eficiência e garantia não representa direito a um procedimento certo, determinado, delineado, com todos os seus atos e fases em seqüência predeterminada, mas o direito a um procedimento assentado em alguns paradigmas extraídos de normas constitucionais do devido processo penal".[45]

Assim, ao prescrever um procedimento, deve o legislador procurar alcançar um equilíbrio entre a eficiência e o garantismo na realização de cada um de seus atos, ou seja, a harmonia entre dois direitos fundamentais que interessam ao processo criminal: o direito à liberdade e o direito à segurança.

7. Necessidade de um procedimento na produção probatória. Meios de prova típicos e atípicos

É de extrema importância a previsão de procedimento para a produção dos meios de prova, em atenção ao princípio do devido processo legal. Com isso, concede-se ainda maior segurança às partes no processo.

Quando há procedimento estabelecido para a prática de algum meio de prova, este deve ser respeitado, sob pena de se atentar contra o devido processo legal e acarretar a nulidade do ato.

Dúvida surge quando não há rito procedimental para determinado ato e devem ser utilizados procedimentos análogos, originariamente estipulados para outros meios de prova.

[45] "Reflexões sobre as noções...", p. 13.

Alberto Medina de Sá, refletindo sobre a necessidade de respeito ao procedimento legal para a produção de certa prova, discute se a prova feita em desconformidade com a forma legal pode ou não ser aproveitada. Questiona o autor se "serão as formas probatórias meras sugestões feitas pelo legislador, indicações não vinculativas de caminhos para os quais se admite alternativa?"[46]

O autor entende que, tratando-se de provas típicas, com procedimento previsto em lei, este modelo não pode ser alterado, sob pena de ofensa ao devido processo legal. Somente poderão ser utilizadas as provas atípicas, quando não houver meio de prova específico. Caso contrário, haverá desvio ilegal do modelo probatório. Ressalta o autor que "está vedado ao intérprete a possibilidade de afastar as formas probatórias consagradas pelo legislador sob o pretexto de estas formas não serem taxativas, qualificando como prova atípica admissível aquilo que não passa de um desvio ilegal do modelo probatório previsto."[47]

Para Alberto de Sá, não se pode admitir completa fungibilidade das formas probatórias: "Na verdade, o facto de em direito processual penal não se exigir, para a prova de determinados enunciados factuais, a utilização de meios probatórios específicos, não equivale a dar por assente que o julgador seja livre na escolha dos meios de prova a utilizar"[48].

O Juiz está vinculado a todas as normas, inclusive as que tratam do procedimento. Sendo assim, havendo procedimento expresso em lei para a realização de uma prova, este deve ser respeitado, sob pena de ofensa ao princípio do devido processo legal e, por conseguinte, reconhecimento da nulidade do ato praticado. Apenas quando se tratar de meio de prova atípico – isto é, aquele que não apresenta procedimento previsto em lei - não se reconhece a nulidade, se foi efetuado de acordo comas regras constitucionais, aplicando-se o princípio vigente no processo penal da liberdade das provas.

No ordenamento jurídico brasileiro, há previsão de alguns meios de prova, como o reconhecimento – objeto específico desta tese. Contudo, ressalte-se desde logo que a previsão é escassa, pois trata genericamente do reconhecimento de pessoas visual e

---

[46] SÁ, Alberto Medina de. "Legalidade da prova e reconhecimentos 'atípicos' em processo penal" *in Líber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. ANDRADE, Manuel da Costa, COSTA, José de Faria, RODRIGUES, Anabela Miranda e ANTUNES, Maria João (orgs.). Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1401.
[47] SÁ, Alberto Medina de, "Legalidade da prova...", p. 1401.
[48] SÁ, Alberto Medina de, "Legalidade da prova...", p. 1411.

presencial e do de coisas, não especificando o procedimento na produção de diversas outras subespécies de reconhecimento, como o fotográfico, por exemplo. Diante disso, indaga-se: Qual procedimento deve ser respeitado para a utilização dos meios de prova atípicos?

Para solucionar esta questão, vale lembrar a lição de Antonio Magalhães Gomes Filho e Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró,[49] que declaram ser necessário recorrer à analogia para definir o procedimento a ser seguido na produção de meios de prova atípicos

Assim, para tornar possível a utilização de reconhecimentos atípicos (ou por não apresentarem previsão legal, ou por estarem mal formulados), deve-se socorrer da analogia, observando-se procedimentos análogos já existentes para a realização de outros meios de prova.

Desse modo, diante do princípio da liberdade probatória, todos os meios de prova e de investigação são admitidos, salvo se afrontarem princípios constitucionais, o que os tornaria ilícitos. Para a utilização dos meios de prova típicos, o Juiz e as partes devem se valer do procedimento previsto em lei. Quanto aos meios de prova atípicos, deve o aplicador valer-se de procedimentos já existentes para meios de prova análogos.

8. Conceitos de eficiência, eficácia e efetividade

O procedimento adequado para a produção de algum meio de prova ou de investigação será aquele que conseguir encontrar o equilíbrio entre a eficiência e o garantismo.

Eficiência, muitas vezes é confundida com eficácia e efetividade. Por isso, cumpre delimitar o que se entende por esses vocábulos.

De acordo com Antonio Scarance Fernandes, a eficiência traduz a capacidade, a força de produzir determinado efeito. Assim, "o grau de eficiência é verificado pela maior ou menor qualidade do meio utilizado para que algo possa produzir um efeito, não

[49] "Prova e sucedâneos de prova...", p. 176.

pelo tipo de efeito por ele produzido".[50] A eficácia significa a qualidade do resultado produzido por algo e leva em conta o tipo de resultado atingido. A efetividade também expressa o resultado produzido por algo, no entanto, "é avaliada pelo sucesso dos resultados em cotejo com os objetivos esperados".[51]

Importa para o presente trabalho o conceito de eficiência, eficácia e efetividade no processo penal, em especial na realização do reconhecimento como meio de prova.

Nesse passo, é preciso identificar a finalidade do processo penal, para poder determinar o que levaria à sua eficiência. Esta finalidade pode ser vista sob dois ângulos: global e parcial.

Sob o ângulo global, o que o processo penal visa não é a mera punição, mas a aplicação do Direito material de forma a assegurar às partes todas as garantias fundamentais. Busca-se, portanto, a justiça. Somente assim poder-se-á dizer que o processo penal foi eficiente. Conforme Diego Fajardo de Maranha Leão, a única interpretação legítima do conceito de eficiência no processo penal é aquela que "implica a coexistência harmoniosa da função prática do instrumento enquanto veículo de aplicação da sanção com sua função de garantia do acusado contra violações indevidas de sua esfera de liberdade. Será eficiente o processo que souber conjugar de modo óptimo essa dúplice necessidade.[52]"

Sob o ângulo parcial, deve-se apontar a finalidade de cada um dos atos dentro do processo, para depois verificar a eficiência de cada um deles, sem se afastar da finalidade global. Assim, cada ato processual tem um propósito específico, no entanto, somente será eficiente se for realizado em conformidade com os direitos fundamentais do acusado.

No caso dos meios de prova, a eficiência, vista sob o ângulo parcial, corresponde à sua capacidade de propiciar a descoberta dos fatos. No tocante ao reconhecimento, a eficiência está relacionada à capacidade de identificar o autor do crime ou os objetos utilizados na atividade ilícita.

---

[50] "Reflexões sobre as noções...", p. 25.
[51] FERNANDES, Antonio Scarance. "Reflexões sobre as noções...", p. 25.
[52] SOUZA, Diego Fajardo de Maranha Leão de. *O anonimato no processo penal. Proteção a testemunha e o direito à prova*, dissertação de Mestrado apresentada perante a Universidade de São Paulo, 2010, p. 16.

Já a eficácia do meio de prova diz respeito ao esclarecimento ou não da verdade. No caso do reconhecimento, será eficaz se o ato levou à identificação segura, seja positiva ou negativa, da pessoa, voz, objeto ou qualquer outra coisa objeto do reconhecimento. Se houver dúvida no reconhecimento, este não se mostrou eficaz, apesar de eficiente.

A efetividade do meio de prova só existirá se este meio levou à descoberta dos fatos. O reconhecimento será efetivo se gerou a identificação positiva e segura do autor ou do objeto do crime.

Em resumo, o reconhecimento pode se mostrar eficiente, por ser meio de prova capaz de afirmar induvidosamente sobre a identificação do autor ou da coisa, mas restar ineficaz, se não for seguro e induvidoso.

Ao contrário, o reconhecimento será eficiente e eficaz, se levar à certeza de que aquela pessoa, objeto, lugar, voz que está sendo reconhecido era (reconhecimento positivo) ou não era (reconhecimento negativo) o mesmo do momento do crime.

Ressalta Eduardo M. Jauchen que "apesar do meio de prova se denominar 'reconhecimento', será prova idônea e eficaz ainda quando a identidade ou a identificação não se houver verificado. Em tal hipótese, seu resultado negativo servirá precisamente para descartar tal identidade."[53]

Além disso, o reconhecimento será efetivo se for positivo, pois daí se alcança o resultado pretendido na produção da prova. Será inefetivo se, apesar de seguro, for negativo, pois, nesta hipótese, não se chegou à autoria ou materialidade delitiva.

Forçoso concluir que a eficiência do processo (visto sob o ângulo global) e de seus atos (visto sob o ângulo parcial) é encontrada quando utilizados meios que possam atingir a sua finalidade, sem se afastar do garantismo, ou seja, com respeito aos direitos fundamentais.

Por isso que antes se afirmou que a previsão de um procedimento é essencial para a prática de cada ato dentro do processo, para se garantir ao acusado o devido processo legal e todos os princípios a ele relacionados.

---

[53] *Tratado de la prueba en matéria penal*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores, 2009, p. 463.

CAPÍTULO II – ASPECTOS GERAIS DO RECONHECIMENTO

1. Conceito

O reconhecimento é meio de prova utilizado com a finalidade de obter a identificação de pessoa ou coisa, por meio de um processo psicológico de comparação com elementos do passado.

O reconhecimento, segundo definição de Paolo Moscarini,[1] é o ato do procedimento penal que visa estabelecer a identidade de pessoa ou coisa com outra anteriormente vista por alguém.

Carnelutti ensina que "reconhecer é um conhecer de novo, isto é, um conhecer o que se conheceu"[2] (tradução livre).

Para Enrico Altavilla, reconhecimento é "um juízo de identidade entre uma percepção presente e uma passada. Reconhece-se uma pessoa ou uma coisa quando, vendo-a, recorda-se de tê-la anteriormente visto."[3] (tradução livre).

A. Santoro considera o reconhecimento uma "operação probatória, por meio da qual o juiz se propõe a obter de determinado sujeito a identidade de uma pessoa ou de uma coisa"[4] (tradução livre).

Nicola Triggiani esclarece que o reconhecimento "não é o mero 'remeter-se à coisa já conhecida', mas de remeter-se com a finalidade de instituir uma relação de identidade ou de semelhança com aquela que se apresenta no momento, uma relação entre o passado e o presente"[5] (tradução livre).

O autor apresenta o conceito de "ricognizione", valendo-se do Código de Processo Penal italiano de 1988, o qual entende ser "o meio de prova que consiste no estabelecer a identidade de uma coisa, de uma voz, de um som, ou de outra percepção

---

[1] MOSCARINI, Paolo. In: *Enciclopedia Giuridica – Istitvto Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani*. Roma: Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 2003. vol. XVII, p. 1.
[2] CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Ejea, 1950, Tomo IV, p. 33.
[3] *Psicologia guidiziaria – Il processo psicologico e la verità giudiziale*. Turim: Editora Unione Tipográfico Editrice Torinese, 1948, Tomo I, p. 327.
[4] "Ricognizioni e confronti" *in Novissimo Digesto italiano*, vol. XV, Utet, Torino, 1968, p. 957.
[5] *Ricognizioni mezzo di prova nel nuovo processo penale*. Milão: Giuffrè, 1998, pp. 2/3.

sensorial – sempre atinente aos fatos para os quais se procede – e alguma outra, com base em experiência anterior, a qual estaria envolvida no fato criminoso"[6] (tradução livre).

Eduardo M. Jauchen define reconhecimento como processo psicológico recognoscitivo de uma identidade entre uma percepção presente com uma passada. Ensina o autor que "se trata conceitualmente, e genericamente, de uma percepção" que ativa os sentidos, não apenas o visual, mas também auditivo ou outros. Pode haver reconhecimento de pessoas e de coisas, de forma visual ou por imagem ou ruído como "a voz, marcas, sinais ou outras características particulares para sua individualização" e, então, "o juiz arbitrará os meios e a forma de realizar o ato"[7] (tradução livre).

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró define reconhecimento como "um meio de prova formal, pelo qual alguém é chamado para descrever uma pessoa ou coisa por ele vista no passado, para verificar e confirmar a sua identidade perante outras pessoas ou coisas semelhantes às descritas."[8]

Reconhecimento é, assim, um juízo de identidade estabelecido por alguém, por meio de um método comparativo e de lembranças do passado: a identidade de pessoa ou coisa envolvida em um fato delituoso.

1.1. Das diversas acepções da palavra reconhecimento.

O reconhecimento pode ter várias acepções na persecução penal. Em sentido atécnico, costuma-se chamar de reconhecimento a prática judicial da inspeção de coisas ou lugares, bem como a hipótese em que os peritos chegam à conclusão a respeito de um objeto. Este termo também é utilizado nas situações de reconhecimento de paternidade, reconhecimento de Tratados e Convenções, reconhecimento de Estado etc.

Niccola Triggiani diferencia os termos recognição ("ricognizione") de reconhecimento ("riconoscimento") existentes no sistema jurídico italiano. Segundo o autor, as duas expressões "ricognizione" e "riconoscimento" são empregadas pelo

---

[6] TRIGGIANI, Nicola, *Ricognizioni mezzo di prova...*, p. 9.
[7] JAUCHEN, Eduardo M. *Tratado de la prueba en matéria penal*. Santa Fê: Rubinzal-Culzoni Editores, 2009, p. 462.
[8] *Direito Processual Penal*. São Paulo: Campus Jurídico, 2008, Tomo I, p. 257.

legislador no sentido de "ato ricognitivo", mas "às vezes para designar o mesmo fenômeno e às vezes para indicar fenômenos diferentes."[9] (tradução livre).

Ressalta o autor que, na linguagem processual penal, a expressão "ricognizione" indica um complexo ato processual que objetiva confirmar um dado cognoscitivo, isto é, visa estabelecer a identidade entre uma pessoa ou uma coisa[10]. Assim, o reconhecimento como meio de prova no sistema jurídico italiano é denominado "ricognizione".

O termo "riconoscimento" é utilizado para se referir às declarações dadas por Estados ou territórios reconhecendo algum ato, a saber: o reconhecimento de Estados ou governos, o reconhecimento de sentenças estrangeiras ou, ainda, os reconhecimentos de atos administrativos estrangeiros. Também o mesmo termo é usado para nomear atos relacionados ao Direito Civil como, por exemplo, o reconhecimento de paternidade.

Em apertada síntese, tecnicamente, no processo penal, a terminologia "reconhecimento" está reservada ao meio de prova reconhecimento de pessoas e coisas, que visa à identificação de pessoa ou coisa envolvida em fato criminoso.

1.2. Das espécies de reconhecimento

Há somente duas espécies de reconhecimento: o de pessoas e o de coisas. As variações podem ocorrer sempre dentro destas duas categorias.

Em geral, as legislações tratam apenas do reconhecimento de pessoas visual e presencial e do reconhecimento de objetos. Raros são os dispositivos existentes a respeito do reconhecimento pessoal visual e não presencial (por exemplo, por meio de fotografia) e do reconhecimento pessoal auditivo (por meio de voz).

---

[9] *Ricognizioni mezzo di prova*..., pp. 2/3.
[10] TRIGGIANI, Nicola, *Ricognizioni mezzo di prova*..., p. 8.

1.2.1. Do reconhecimento de pessoas

O reconhecimento de pessoas no processo penal é o ato que busca obter de alguém (testemunha, vítima ou co-imputado) a declaração de identificação positiva de uma pessoa (investigado), como sendo aquela envolvida no fato criminoso.

Ressalta Jauchen que, no reconhecimento de pessoas, alguém evoca de sua memória uma recordação de imagem ou percepção atinente à pessoa indicada, sendo convidada a "expressar se, da confrontação com as pessoas que lhe exibe, pode afirmar ou negar a identidade de alguma delas."[11]

O reconhecimento de pessoas pode ser realizado de diversas formas como, por exemplo, de forma visual ou auditiva e presencial ou não presencial.

1.2.1.1. Do reconhecimento de pessoas visual e presencial

Nessa modalidade de reconhecimento a evocação da memória é feita na presença da pessoa investigada, que é colocada ao lado de outras semelhantes a ela. É a forma ideal de reconhecimento de pessoas.

Em regra, as legislações que prevêem o reconhecimento sempre dispõem sobre o reconhecimento de pessoas visual e presencial, estabelecendo um procedimento para sua realização.

1.2.1.2. Do reconhecimento de pessoas visual e não presencial (ou por imagem)

O reconhecimento de pessoas pode ser feito visualmente, na ausência da pessoa a ser reconhecida. Este é feito por meio de imagem da pessoa, ou seja, fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de reprodução.

Este reconhecimento tem por finalidade fazer com que uma pessoa (testemunha, vítima ou co-imputado) identifique, por imagem, o autor da infração penal.

[11] JAUCHEN, Eduardo M, *Tratado de la prueba*..., pp. 462/463.

Deve ser utilizado subsidiariamente, somente nas hipóteses de impossibilidade de realização do reconhecimento presencial.

1.2.1.3. Do reconhecimento de pessoas auditivo por voz

O reconhecimento de pessoas auditivo, no processo penal, tem por finalidade obter declaração de testemunha, vítima ou co-imputado no sentido de identificar determinada pessoa, por meio da audição de sua voz (presencialmente ou por gravação), como sendo aquela que teria sido ouvida no momento dos fatos.

É uma das formas de identificação pessoal. O reconhecimento auditivo tem se mostrado meio de prova atípico na maioria das legislações, inclusive a brasileira. Ademais, não se confunde com a identificação de voz realizada por perito, que constitui meio de prova pericial.

1.2.2. Do reconhecimento de coisas

Trata-se de meio de prova cujo objetivo é fazer com que uma testemunha, vítima ou co-imputado aponte determinada coisa como aquela que teria sido utilizada no momento dos fatos.

Em geral, trata-se de um meio de prova típico, com procedimento análogo ao reconhecimento pessoal e presencial.

2. Finalidade da identificação e sua relação com o reconhecimento

Noticiada a ocorrência de um fato delitivo, surge para o Estado o dever de investigá-lo, para apurar a autoria, a materialidade e, também, as circunstâncias da conduta ilícita.

Em regra, é por meio da investigação que se reúnem elementos materiais destinados a amparar a *opinio delicti* do órgão acusatório.

Para precisar o suposto autor, a autoridade investigatória busca os chamados "elementos de identificação". Isto porque uma investigação somente pode se direcionar contra determinada pessoa, se esta estiver identificada. Conforme decidido pelo Tribunal Constitucional espanhol, na decisão STC 93/1996 (FJ 3) "um dos pressupostos mais elementares que integram o processo penal está necessariamente constituído pela certeza da identidade da pessoa objeto de acusação, já que se ela for duvidosa, toda a estrutura procedimental vem abaixo." (tradução livre)

Não é possível dirigir a investigação contra alguém, sem a identificação deste, vale dizer, sem elementos mínimos de sua autoria. É preciso encontrar dados ou circunstâncias pessoais do investigado, como idade, antecedentes, capacidade mental, endereço etc.

O reconhecimento é instrumento de identificação de uma pessoa ou coisa. Conforme consta em decisão do STS, na Espanha, de março de 1997 (RJ 1997/1958), o reconhecimento tem a finalidade de "precisar com exatidão a pessoa contra a qual se realizam determinadas imputações".

Assim, a importância do reconhecimento é justamente se tratar de um meio de prova que visa à identificação da autoria do delito, devendo ser utilizado somente quando houver dúvida sobre a identidade da pessoa investigada.

2.1. Dos diferentes meios de identificação: atos de identificação

Existem diversos meios para se identificar um autor de crime, sendo um dentre eles o reconhecimento de pessoas. Todavia, tal medida é empregada apenas quando recai suspeita sobre alguém.

Na hipótese de não se vislumbrarem suspeitos da prática do crime, devem ser utilizados outros meios de identificação, como, por exemplo, o exame de DNA, as impressões digitais, a identificação por livro de fotografia, por vídeo, por apontamento no veículo da polícia, por apontamento em corredores etc..

Em geral, tais meios não apresentam previsão legal de procedimento, mas são frequentemente utilizados na fase de persecução prévia, para dar um impulso inicial às investigações.

Muitas vezes, os policiais não têm nenhum suspeito do crime, não há nenhuma pista de quem poderia ter cometido o delito, obstaculizando-se o início das investigações. Nesses casos, a polícia deve providenciar maneiras de identificar o suposto criminoso e, com isso, iniciar uma investigação formal.

Tais medidas são chamadas de "atos de identificação" e não se confundem com o reconhecimento trazido pela lei processual penal. Os primeiros têm natureza jurídica de meios de investigação. Não formam elementos de prova, porque não foram produzidos em contraditório e na presença do Juiz. Diferentemente, o reconhecimento tem natureza jurídica de meio de prova e deve ser realizado de acordo com o procedimento previsto em lei. Se respeitado o rito, servirá de meio de prova.

Para José I. Cafferata Nores, os atos de identificação, por ele denominados de "reconhecimentos impróprios", nada têm a ver com o reconhecimento previsto em lei, que deve seguir o rito próprio. Ensina o autor que "o reconhecimento levado a cabo à margem das exigências legalmente previstas, conhece-se como simples identificação".[12] (tradução livre).

Os atos de identificação devem ser praticados somente nas hipóteses em que o reconhecimento não é possível, por ausência de suspeito. Deve-se sempre preferir este, por possuir regulamentação legal do seu procedimento.

Conforme Cafferata Nores, os atos de identificação não podem ser utilizados quando se mostrarem "uma forma encoberta de iludir o cumprimento das formas que a lei impõe ao reconhecimento em sentido próprio, em resguardo da autenticidade da identificação e em garantia da defesa".[13] (tradução livre). O reconhecimento tem preferência quanto aos outros meios de identificação.

Na Argentina, os Tribunais consideraram nulos determinados atos de identificação por terem sido realizados diretamente, sem o prévio reconhecimento previsto na lei, quando já se tinha um suspeito. Os julgados fundamentam-se na impossibilidade de se admitir qualquer tipo de prática, sob o argumento de que se trata de meros atos de

[12] *Reconocimiento de personas (rueda de presos)*. 3ª ed.. Cordoba: Editorial Mediterránea, 2005, p. 96.
[13] NORES, José I. Cafferata, *Reconocimiento de personas…,* p. 96.

identificação. Ressaltam, ainda, a necessidade de que estes sejam utilizados somente nos casos em que não exista suspeito da conduta criminosa.

Dos diversos atos de identificação utilizados pela polícia, merece destaque a identificação por fotografias, pois é prática bastante antiga e muito utilizada até nos dias de hoje, além de ser confundida com o chamado reconhecimento pessoal e não presencial por meio de fotografia. A esse respeito, maiores observações serão feitas posteriormente. [14]

3. Natureza jurídica do reconhecimento

3.1. Meio de prova. Origem na prova testemunhal

O reconhecimento tem a natureza jurídica de meio de prova. Realizado na presença do Juiz e com a participação das partes, formará elemento de prova e poderá ser levado em consideração pelo julgador na sentença.

Note-se que foi a prova testemunhal que deu origem ao reconhecimento, sendo considerada a sua "figura mãe". O reconhecimento já foi qualificado como um elemento da prova testemunhal. Houve grande evolução nos estudos processuais para se chegar à conclusão de que se trata de meio de prova independente da prova testemunhal, tendo em vista características muito específicas que apresenta este meio de prova.

Na Itália, grande discussão surgiu a respeito da natureza jurídica do reconhecimento, quando da vigência do Código de 1930, conhecido como "Código Rocco". Naquela época, havia dois entendimentos:

1. alguns autores entendiam o reconhecimento como elemento da prova testemunhal e, portanto, constituía mero ato instrutório informativo;

[14] As definições e aspectos de cada uma dessas formas de identificação estão bem expostas por Manuel Cobo Del Rosal, em curso de Direito Processual Penal espanhol, que faz um estudo diferenciando cada um dos principais meios de identificação normalmente utilizados. ROSAL, Manuel Cobo del. *Tratado del Derecho Procesal Penal Español*, Madrid: Editora Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas (CESEJ), 2008, pp. 402/415.

2. outros autores já sustentavam ser meio de prova autônomo, porque mediante o reconhecimento introduz-se no processo dados sobre a identidade física de uma pessoa ou coisa.[15]

Na vigência do Código Rocco, o reconhecimento era visto, por alguns autores, como mero indício e o Juiz podia se servir livremente de uma série de outros atos direcionados à identificação do sujeito ou coisa. Nicola Triggiani ressalta o pensamento de G. Panini, exposto à época do Código Rocco: "o reconhecimento – conforme se precisou – em si não se constitui, portanto, em um meio de prova mas 'no instrumento processual por meio do qual o juiz recorre para adquirir elementos de prova, isto é, mero indício, que deve servir à formação de seu convencimento, pelo setor de investigação judiciária dedica ao tema de identificação de pessoa ou coisa'".[16] (tradução livre).

Somente com o surgimento, em 1988, do novo Código de Processo Penal, o reconhecimento passou a ser considerado induvidosamente meio de prova autônomo, na medida em que passou a constar expressamente do catálogo de meios de prova. A mesma evolução ocorreu em Portugal, sendo que o atual Código de Processo Penal português, no Título II, faz constar expressamente o reconhecimento como meio de prova. No Brasil, com o advento do Código de Processo Penal de 1941, o reconhecimento também passou a ser considerado meio de prova independente, pois, até então, não havia previsão expressa na lei.

Nos dias de hoje, o reconhecimento, conforme sufragado por diversos ordenamentos jurídicos, constitui meio de prova autônomo, apto, portanto, a formar elementos de prova, se realizado em sede judicial, sob o contraditório e com respeito ao procedimento existente – extremamente detalhado - para a sua realização.

3.2. Meio de prova irrepetível

Como visto, o reconhecimento é meio de prova, capaz de produzir elementos de prova quando realizado na presença de um Juiz e em respeito às garantias do devido processo legal.

---

[15] TRIGGIANI, Nicola, *Ricognizioni mezzo di prova*..., p. 11.
[16] *Ricognizioni mezzo di prova*..., p. 13.

Este meio de prova, em razão da especial natureza que o reveste, é um ato definitivo e irreprodutível, pois não pode ser repetido em condição idêntica. Esta irrepetibilidade está "derivada do fator psicológico preponderante na pessoa chamada a reconhecer"[17] (tradução livre).

Gustavo A. Arocena[18], ao se referir à doutrina jurídica argentina, afirma ser unânime naquele país o entendimento de que o reconhecimento pessoal é prova irreprodutível, porque não se pode repeti-lo em idênticas condições.

Para Eduardo M. Jauchen[19], o fato de o reconhecedor expressar um juízo de identidade quando lhe são exibidas pessoas ou coisas, configura experiência que uma vez efetuada e obtido um resultado, positivo ou negativo, tornará ineficaz uma nova realização, pois a imagem incorporada nesse ato interferirá na cadeia de memória da pessoa. Assim, perderia toda a eficácia probatória eventual realização de um segundo reconhecimento.

Assim, o reconhecimento é irreprodutível, pois não pode ser renovado nas mesmas condições. Qualquer novo reconhecimento estará viciado, pois influenciado pelo primeiro.[20]

A partir do momento que o reconhecedor teve contato com a pessoa a ser reconhecida, a imagem guardada na memória influirá no segundo reconhecimento. Assim, estará o ato viciado. É, portanto, meio irrepetível de prova.

3.3. Meio de prova urgente

Levando em conta a influência que a memória produz no reconhecimento, tópico a ser desenvolvido posteriormente, deve-se refletir o caráter de urgência existente na sua produção. Em resumo, é possível afirmar que pode se constituir em prova antecipada,

---

[17] JAUCHEN, Eduardo M., *Tratado de la prueba*..., p. 463.

[18] "El reconocimiento por fotografia, las atribuciones de la Policía Judicial y los actos definitivos e irreproductibles" *in Temas de derecho procesal penal (contemporâneos)*, Córdoba: Editorial Mediterránea, 2004, p. 97.

[19] *Tratado de la prueba*..., p. 463.

[20] Nesse sentido: NUÑEZ, Ricardo C.. *Código Procesal Penal Anotado*. Córdoba: Marcos Lerner Editora, 1986, p. 187, nota 6 al art. 208; CAFERRATA NORES, José I.. *Reconocimiento de personas (rueda de presos)*. Córdoba: Marcos Lerner Editora, 1980, p. 66; TSJ Cba, Sala Penal, "Ocampo", 19/3/71, Sent. Nº 254; Camara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correcional, Sala VI, 6/3/93; "Albarracín"; Tribunal Oral en lo Criminal 1, 30/12/92, "P.G.E." (citado por AMADEO, Sergio L. e PALAZZI, Pablo Andrés. *Código Procesal Penal de la Nación. Anotado com jurisprudência*. Buenos Aires: Depalma, 1999, p. 344).

visto que deve ser realizada o mais rápido possível e, por haver a previsibilidade de sua realização, é possível que se produza com a participação das partes e do juiz, em respeito ao contraditório, que se forma, nesse caso, concomitantemente. Caso haja impossibilidade de chamamento das partes, permite-se, excepcionalmente, o contraditório diferido.

Havendo risco da perda dos elementos de prova, devido à influência do tempo, deve-se observar as regras existentes para a realização das provas antecipadas, ou seja, com respeito ao procedimento previsto em lei e assegurando-se o contraditório e a ampla defesa.

A memória sofre alterações dependendo de dois aspectos: 1. o estado psicológico que a pessoa se encontrava no momento dos fatos; 2. o passar do tempo é capaz de apagar informações importantes ou de criar as falsas memórias.

Assim, tendo em vista o fato de o tempo afetar diretamente a capacidade de armazenamento de informações, deve o reconhecimento ser realizado como um dos primeiros atos de investigação, antecipando-se a realização do meio de prova.

4. Sujeitos do reconhecimento

A atividade do reconhecimento exige a participação de diversas pessoas. Diante disto, mister estudar os sujeitos envolvidos no reconhecimento, em particular, o sujeito ativo, o sujeito passivo e o sujeito de comparação.

4.1. Sujeito ativo do reconhecimento: o reconhecedor

O sujeito ativo do reconhecimento é o denominado "reconhecedor", isto é, aquele que é chamado para dizer se reconhece ou não determinada pessoa ou coisa. O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, até mesmo crianças ou doentes mentais: "Já se disse que, para efetuar um válido reconhecimento, não é solicitada uma particular capacidade,

por isso, na jurisprudência, corretamente se admite que possa ser feito por uma criança ou enfermo mental."[21] (tradução livre).

Segundo Nicola Triggiani, não há limitações quanto a quem pode ser sujeito ativo do reconhecimento. Para o autor, qualquer pessoa pode ser chamada a reconhecer, *verbis*: "Parece, portanto, correto concluir que – como na vigência do código revogado – sujeito ativo do reconhecimento pode ser qualquer que tenha indicado uma pessoa da qual seja duvidosa a identidade"[22] (tradução livre).

Assim, sujeito ativo do reconhecimento pode ser testemunha, um terceiro estranho, a pessoa ofendida ou a parte civil, se houver, ou até mesmo o corréu. Em regra, as legislações não restringem a espécie de sujeito habilitado a fazer reconhecimento.

No sistema brasileiro, não há tratamento específico a respeito das pessoas que podem ser sujeito ativo de reconhecimento. Inexistindo limitação expressa, qualquer pessoa está autorizada a realizar o reconhecimento.

Por outro lado, inobstante qualquer pessoa possa ser sujeito ativo do reconhecimento por falta de limitação legal, insta observar a qualidade de cada um desses indivíduos para efetuar a valoração de seu depoimento dentro do processo.

4.1.1. Da figura do reconhecedor-testemunha

Se o reconhecedor for testemunha no processo, tem o compromisso de dizer a verdade, pois presta juramento, podendo responder por falso testemunho se mentir ou omitir a sua percepção a respeito da pessoa ou coisa objeto do reconhecimento.

O reconhecedor-testemunha tem todos os deveres de testemunha. Assim, tem por obrigação: 1. comparecer ao ato do reconhecimento; 2. responder segundo a verdade.

---

[21] TRIGGIANI, Nicola, *Ricognizioni mezzo di prova...*, p. 94.
[22] *Ricognizioni mezzo di prova...*, p. 94.
Na Itália, também podem ser reconhecedores os policiais responsáveis pela prisão em flagrante. Há previsão na lei quanto à possibilidade do reconhecimento ser feito por policiais. Prevê a lei que, em casos de necessidade e urgência para recolher provas do crime ou para conservar os traços deixados, o reconhecimento pode ser feito por policiais da polícia judiciária com a observância da disciplina proposta e sem realizar o juramento; é necessário, pois, que seja sempre advertido o defensor, de confiança ou de oficio, que o ato não se realizará sem a sua presença.

Saliente-se que devem ser transportadas as mesmas regras existentes para a prova testemunhal com relação ao reconhecedor, como, por exemplo, quem pode ser testemunha, as causas de impedimento, as causas de suspeição, valoração do testemunho do menor e testemunho do policial. Ou seja, deve ser dado ao reconhecimento por testemunha o mesmo tratamento e validade da prova testemunhal.

É o que ensina Triggiani: "Parece correto, a nosso ver, considerar que o reconhecedor- testemunha deve comparecer ao ato, não lhe sendo garantida a faculdade de abstenção prevista nos artigos 199-203 c.p.p., e está obrigado a responder segundo a verdade, salvo se de tal resposta possa surgir sua responsabilidade penal (art. 198 c.p.p.)" [23] (tradução livre).

Também tem o reconhecedor-testemunha os mesmos direitos concedidos à testemunha. Na Itália, o reconhecedor-testemunha ocupante de determinados cargos tem o direito de realizar o reconhecimento no local de seu ofício.[24]

As testemunhas suspeitas ou impedidas podem realizar o reconhecimento, valendo as mesmas regras existentes para a produção da prova testemunhal. O mesmo ocorre com relação ao valor do reconhecimento feito por testemunha policial ou menor.

4.1.2. Da figura do reconhecedor coimputado

Pode o reconhecimento ser feito pelo coimputado ou por autor de crime conexo.

Este reconhecedor não prestará o compromisso de dizer a verdade e possuirá todos os direitos referentes à qualidade de réu, inclusive o do *nemo tenetur se detegere*.

A Corte de Cassação italiana já decidiu que o reconhecedor coimputado não está obrigado a dizer a verdade, devendo lhe ser assegurado todos os direitos decorrentes do princípio do *nemo tenetur se detegere*.[25]

---

[23] TRIGGIANI, Nicola, *Ricognizioni mezzo di prova...*, p. 97.
[24] TRIGGIANI, Nicola, *Ricognizioni mezzo di prova...*, p. 98.
[25] TRIGGIANI, Nicola, *Ricognizioni mezzo di prova...*, p. 102.

4.2. Sujeito passivo do reconhecimento

O sujeito passivo do reconhecimento é a pessoa a ser submetida ao ato. Em regra, o sujeito passivo é o investigado ou o acusado do crime, para que possa ser identificado. Entretanto, é possível o reconhecimento de testemunhas do crime ou, eventualmente, da vítima.

Assim, qualquer pessoa pode ser objeto de reconhecimento. A necessidade de reconhecer pessoas diversas do imputado pode surgir para confirmar a presença de testemunhas ou mesmo da vítima no local do crime, bem como para buscar pessoas que possam contribuir com o acervo probatório.[26]

4.3. Sujeito de comparação

O sujeito de comparação é aquele que é chamado para participar do reconhecimento na posição de sujeito passivo. No entanto, não se trata da pessoa investigada. Ele é escolhido para auxiliar no ato por apresentar características semelhantes às do imputado

Esta pessoa é selecionada pela autoridade competente para participar do reconhecimento, sendo colocada ao lado da pessoa investigada.

Em geral, exige-se a presença de ao menos dois sujeitos de comparação, além do investigado, no momento do reconhecimento.

4.4. Sujeitos processuais no reconhecimento: Juiz, defesa e acusação

Também são sujeitos do reconhecimento as pessoas habilitadas a presidir o ato e a acompanhar a formação desse meio de prova. Imprescindível a presença do Juiz, da defesa e da acusação para a produção de elementos de prova.

---

[26] TRIGGIANI, Nicola, *Ricognizioni mezzo di prova*..., p. 109.

No Brasil, não há disposição expressa sobre a pessoa responsável pelo reconhecimento, referindo-se apenas à necessidade de o auto de reconhecimento ser lavrado pela autoridade competente.

A presença do Juiz no reconhecimento é essencial, pois é o único legitimado a pedir ao reconhecedor a sua atenção e a convidá-lo a descrever a pessoa ou objeto a ser reconhecido.[27]

Ademais, cabe ao Juiz, no reconhecimento, selecionar as pessoas ou coisas semelhantes, para respeitar o procedimento exigido para a realização do ato. Depois desta escolha, o Juiz deve perguntar à testemunha ou vítima se reconhece uma daquelas pessoas ou coisas como a presente ou utilizada no dia do crime.[28]

Também é imprescindível o acompanhamento do ato pelas partes, tanto a acusação quanto a defesa. Isto porque as partes poderão verificar se todo o procedimento está sendo cumprido e se não há qualquer causa de nulidade.

5. Momento do reconhecimento e a influência da memória

O reconhecimento deve ser um dos primeiros atos de investigação de um fato criminoso, pois, para a sua adequada realização, exige-se que o sujeito ativo recorde muito bem a imagem da pessoa ou da coisa envolvida.

Tendo em vista a grande influência do tempo na memória do ser humano, para que esta prova tenha maior efetividade, há necessidade de ser realizada o mais rápido possível.

A seguir, será apresentado estudo a respeito dos efeitos que o tempo acarreta na memória das pessoas e o seu reflexo no reconhecimento.

[27] TRIGGIANI, Nicola, *Ricognizioni mezzo di prova*..., p. 29.
[28] TRIGGIANI, Nicola, *Ricognizioni mezzo di prova*..., p. 29.

5.1. Importância do estudo da memória no processo penal

O processo penal tem por escopo reunir elementos aptos a demonstrar ao julgador a ocorrência ou não do fato tido como criminoso. Sabe-se que a verdade real é uma utopia, mas se procura chegar o mais próximo possível da realidade fática, ou seja, do que realmente ocorreu. Esta busca depende de dados retrospectivos apresentados por meio dos elementos de prova.

Ensinam Aury Lopes Jr. e Cristina Carla di Gesu que as provas têm função persuasiva, de convencimento, com relação ao Juiz: "permitindo uma tentativa de reconstruir (sempre parcialmente) aquilo que aconteceu."[29]

A reconstrução do passado não é trabalho fácil, porque depende, dentre tantos fatores, da memória das pessoas e tal lembrança é comprovadamente falha e deficitária.

Não há dúvida da falibilidade da memória humana. Existem inúmeras pesquisas e estudos no campo da Psicologia moderna sobre a capacidade de armazenamento de informações, que evidenciam as falhas e erros que podem advir da memória.

Maria Lucia Campani Nygaard, Leandro da Fonte Feix e Lilian Milnistsky Stein, baseando-se em diversos estudos de Psicologia realizados na Europa, Estados Unidos e Canadá, apresentaram a seguinte conclusão a respeito da memória: "Com base nesses experimentos, pode-se dizer que não restam mais dúvidas a respeito da dificuldade que todos nós temos de recuperar lembranças fiéis aos eventos vividos. Os psicólogos cognitivos vêm obtendo dados consistentes em diversas pesquisas que comprovam esse fato."[30]

Nuno Coelho disserta sobre a influência do fator passado na realidade judicial: "Se existe alguma realidade em que o factor 'passado' pesa sobremaneira e quase explode em implicâncias várias, num complexo de símbolos, de referências e de valores essenciais, essa será concerteza a judicial, sabendo-se que o carácter sincrético do quotidiano

---

[29] "Falsas memórias e prova testemunhal no processo penal: em busca da redução de danos" *in Revista de Estudos Criminais*, n.º 25, abril/junho 2006, p. 59.
[30] "Contribuições da psicologia cognitiva para a oitiva da testemunha" *in Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 61, julho/agosto de 2006, Revista dos Tribunais, p. 149.

judiciário, em sintonia com a vida humana e social, tem necessariamente de ser compreendido num crivo temporal a definir por antecipação."[31]

Há, no mundo jurídico, grande preocupação em estudar os aspectos das lembranças do passado, pois, conforme ressaltado, a memória tem muita influência na produção das provas, em especial na prova testemunhal e no reconhecimento, cujo bom resultado depende diretamente da capacidade de armazenamento das informações.

Para Stein e Nygaard, é essencial que os aplicadores do Direito tenham conhecimento da memória humana, pois: "os interrogatórios, ao buscar informações sobre experiências passadas de suspeitos, vítimas ou testemunhas, realizam verdadeiros testes de memória com essas pessoas envolvidas."[32]

Em geral, os estudos relacionados à memória no processo penal referem-se apenas à prova testemunhal. No entanto, deve-se dar igual ou maior atenção acerca da influência da memória no ato de reconhecimento. Repise-se que tanto a prova testemunhal quanto o reconhecimento dependem da memória do homem. Daí, o risco inerente à sua produção.[33]

De acordo com o magistério de Aury Lopes Jr. e Cristina di Gesu: "Imprescindível a demonstração da concepção da memória sob diversos aspectos, pois dela depende o processo tanto para o reconhecimento dos acusados quanto para a reconstrução do fato delituoso." Concluem os autores: "Destarte, o processo penal não pode ignorar como a memória é vista pelos outros campos do saber. GORPHE já afirmava que 'desde que existen los hombres y desde que tienen la pretensión de hacer justicia se han valido del testimonio como del más fácil y más común de los medios de prueba." [34]

Novos estudos vêm sendo desenvolvidos a respeito da realização dos atos probatórios que dependam da memória, com a finalidade de diminuir a incidência de erros

---

[31] "Memória e quotidiano judiciário" *in Revista Sub Judice*, n.º 25, abril/junho de 2003, p. 35.
[32] STEIN, Lilian Milnitsky e NYGAARD, Maria Lúcia Campani. "A memória em julgamento: uma análise cognitiva dos depoimentos testemunhais" *in Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 43, abril/junho de 2003, Editora Revista dos Tribunais, p. 153.
[33] Achutti e Rodrigues alertam que o "mecanismo de verificação da lembrança das testemunhas e vítimas do evento delitivo durante a instrução criminal encontra-se completamente defasado frente às novas concepções de tempo, espaço, velocidade, memória, etc., oriundas da sociedade contemporânea."ACHUTTI, Daniel Silva e RODRIGUES, Roberto da Rocha. "Tempo, memória e direito no século XXI: o delírio da busca da verdade real no processo penal" *in Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias*, 4 (1):137-152, jan/dez de 2005, p. 148.
[34] LOPES Jr., Aury e GESU, Cristina Carla di, "Falsas memórias...", p. 62.

– o que Aury Lopes Jr. e Cristina de Gesu chamam de procedimentos que visam a "redução de danos".[35]

Há uma proposta, por exemplo, de se utilizar a denominada "entrevista cognitiva", consistente num método padronizado para minimizar os erros e distorções da prova testemunhal, valendo-se de um processo que visa ativar as lembranças do passado, em especial do momento do crime, procurando fazer com que a testemunha se recorde de todos os aspectos do ambiente onde os fatos teriam ocorrido.[36]

Para o desenvolvimento da entrevista cognitiva, parte-se de uma "recriação de contexto", recomendando que o entrevistado seja incentivado a recriar mentalmente todo o contexto do fato criminoso, inclusive as sensações, odores, que puderam ter sido armazenados no momento. Dá-se total liberdade para que o entrevistado relate absolutamente tudo o que se recorda do evento.[37]

No processo penal, a memória é chamada para que seja resgatado "o que 'sobrou' do fato e tente reconstruir o fato delituoso, e quanto maior o número de

---

[35] LOPES Jr., Aury e GESU, Cristina Carla di, "Falsas memórias...", p. 62.

[36] Segundo este método, são feitas perguntas específicas antes de se iniciar o depoimento da testemunha, visando ativar a memória da testemunha. Nos dizeres de Maria Lucia Campani Nygaard, Leandro da Fonte Feix e Lilian Milnitsky Stein: "A entrevista cognitiva representa uma aliança entre dois campos de estudo: cognição e comunicação. (...) Uma das principais técnicas e, provavelmente, a mais efetiva ocorre quando o entrevistado é incentivado a recriar mentalmente o contexto do evento. Sabe-se, através dos estudos sobre o funcionamento da memória, que a recriação do contexto original aumenta a acessibilidade das informações armazenadas. Através da técnica de 'recriação do contexto', o entrevistador solicita ao entrevistado que volte mentalmente ao ambiente em que ocorreu o evento em questão, recuperando o maior número de detalhes possíveis. Estimula-se o entrevistado a recordar-se de algum som, cheiro, sentimento que tenha ocorrido no momento em que vivenciou o evento que está buscando recordar. Quando o entrevistado houver conseguido recolocar-se no contexto original, ele é estimulado a relatar tudo o que conseguir se lembrar. Recomenda-se ao entrevistado que relate livremente absolutamente toda lembrança que lhe ocorrer, sem fazer nenhum tipo de edição baseada em julgamento da relevância do material recordado. A partir da 'recriação do contexto', espera-se que o depoente tenha o maior número de pistas possíveis à sua disposição, maximizando a quantidade e a qualidade das informações desejadas. (...) Posteriormente ao relato livre, inicia-se a parte interrogativa da entrevista, onde são realizadas perguntas abertas." ("Contribuições da psicologia...", p. 154).
Aury Lopes Jr. e Cristina di Gesu ressaltam que, pelo método da entrevista cognitiva, evita-se "a restrição das perguntas ou sua formulação de maneira tendenciosa por parte do entrevistador, sugerindo o caminho mais adequado para a resposta." (LOPES Jr., Aury e GESU, Cristina Carla di, "Falsas memórias...", p. 67.).
Ensina Marcelo Marcante Flores que: "A entrevista cognitiva representa uma aliança entre dois campos de estudo: cognição e comunicação. (...) Trata-se de um processo de entrevista que faz uso de um conjunto de técnicas para maximizar a quantidade e a qualidade de informações obtidas de uma testemunha. Estrutura-se em sete etapas: (1) estabelecimento de rapport e personalização da entrevista; (2) explicação dos objetivos da entrevista; (3) relato livre; (4) questionamento; (5) recuperação variada e extensiva; (6) síntese; e (7) fechamento." ("Prova Testemunhal e Falsas Memórias: Entrevista Cognitiva como meio (eficaz) para redução de danos (?)" *in Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, Ano XI, n.º 61, abril/maio de 2010, p. 73).

[37] NYGAARD, Maria Lúcia, FEIX, Leandro da Fonte e STEIN, Lilian Milnitsky, "Contribuições da psicologia...", p. 154.

testemunhas, mais fidedigna restará a recomposição do fato (e mais tranqüilo ficará o julgador ao sentenciar).”[38]

5.2. Funcionamento e distúrbios da memória

A memória pode ser definida como a aquisição, formação, conservação e evocação de informações.[39]

Conforme Izquierdo,[40] a memória tem um significado extensivo, pois pode se referir a um computador ou a uma pessoa. Cada uma delas apresenta uma forma diferente de se adquirir, formar, conservar e evocar as informações. A memória humana, por exemplo, não se compara à de um computador, pois ela pode ser alterada por diversos aspectos.

Daniel Schater[41] indica as sete alterações que podem vir a distorcer a memória, por ele denominadas de “sete capitais”: transitoriedade, distração, bloqueio, atribuição errada, sugestionabilidade, distorção e persistência.

Segundo Nygaard e outros: “Depois de décadas investigando o poder da falsa informação, os pesquisadores da memória já conhecem muitas das condições que podem deixar as pessoas mais suscetíveis à sua influência. Por exemplo, os indivíduos são particularmente propensos a modificarem suas lembranças com a passagem do tempo; o estresse tem efeitos sobre a percepção e, adultos e crianças mudam suas memórias quando sugestionados por pessoas influentes.”[42]

Como mencionado, a memória humana difere-se da memória do computador, pois na humana as informações não são retidas permanentemente. Elas se perdem de forma mais ou menos intensa de acordo com alguns fatores que a influenciam.

A mente humana guarda as informações como uma cópia. Contudo, a mente substitui constantemente os dados armazenados.

---

[38] ACHUTTI, Daniel Silva e RODRIGUES, Roberto da Rocha, “Tempo, memória e direito no século XXI...”, p. 147.
[39] IZQUIERDO, Iván. *Memória*. Porto Alegre: Artmed, 2002, pp. 9/10.
[40] IZQUIERDO, Iván, *Memória*, pp. 9/12.
[41] *Os sete pecados da memória: como a mente esquece e lembra*, Rio de Janeiro: Rocco, 2003, pp. 15/16.
[42] NYGAARD, Maria Lúcia, FEIX, Leandro da Fonte e STEIN, Lilian Milnitsky, “Contribuições da psicologia...”, p. 151.

Um fator que influencia a retenção das informações na memória é o estado psicológico em que a pessoa se encontrava no momento da captura dos dados, o que afeta diretamente a quantidade e a qualidade da sua memorização.

Outro fator prejudicial ao armazenamento das informações no cérebro é o tempo. Quanto mais tempo se passar do momento da aquisição das informações, maior é o risco de se perderem na memória.

Aury Lopes Jr. e Cristina Gesu explicam que as imagens não são retidas na memória na forma de filmes ou fotografias: "O cérebro não arquiva fotografias Polaroid de pessoas, objetos, paisagens; não armazena fitas magnéticas com música e fala; não armazena filmes de cenas de nossa vida; nem retém cartões com 'deixas' ou mensagens de teleprompter do tipo daquelas que ajudam os políticos a ganhar a vida (...) Se o cérebro fosse uma biblioteca, esgotaríamos suas prateleiras."[43]

Em síntese, os aspectos que mais afetam a qualidade da memória são: 1. estado psicológico da pessoa no momento da observação; 2. tempo decorrido entre a data do fato e a exposição da informação.

5.3. Influência do estado psicológico na memória

Afirma Izquierdo[44] que a memória humana é armazenada de acordo com o desenvolvimento das células nervosas: quanto mais calma ou quanto melhor o ânimo da pessoa, maior capacidade de armazenamento sua memória terá. Ao contrário, quanto maior a alteração psicológica, menor a capacidade de retenção das informações.

Em outras palavras, um estímulo estressante contamina a memória, tornando-a confusa.[45] Assim, a ocorrência de um delito evidentemente altera o estado de ânimo daquele que o presencia. Isso porque a memória humana tende a guardar apenas a emoção

[43] LOPES Jr., Aury e GESU, Cristina Carla di. "Falsas memórias...", p. 59.
[44] IZQUIERDO, Iván, *Memória*, p. 12.
[45] COLOMA, Aurélia Maria Romero. "La psicologia judicial y la prueba de testigos en el ordenamiento procesal penal italino: los ultimos avances científicos" *in Revista Actualidad Penal*, n.º 2, semana 7, janeiro de 1991, p. 18.

do acontecimento, esquecendo-se dos detalhes, que é o que interessa para fins de processo.[46]

A alteração psicológica no momento dos fatos faz com que a pessoa não memorize minúcias importantes do acontecimento. Ensina Coloma que: "a gravidade do fato resulta ser inversamente proporcional à capacidade de subministrar descrições claras e completas. Seja qual for o tipo de sucesso delitivo, as testemunhas diretamente envolvidas recordam menos detalhes do que aquelas que são simples espectadores"[47]

Esta autora resume os aspectos que influenciam a fixação de informações na memória: "Os distúrbios da recordação e da reprodução do mesmo podem ser divididos em dois: 1. Variantes que atacam a testemunha: idade, sexo, raça, stress, transferência inconsciente da memória e distúrbios psicopatológicos; 2. Variantes que afetam a situação: tempo transcorrido, modo de solicitar a reprodução do fato, técnica do interrogatório e memória induzida"[48]

Por isso, é imprescindível observar o estado psicológico da pessoa no momento dos fatos.

Ainda, cumpre verificar o tempo de contato da pessoa com os fatos. Se o tempo foi muito curto, a quantidade de informações guardadas será obviamente menor se comparado a alguém que teve um período maior de contato com os fatos.

5.4. Influência do tempo na memória: surgimento de falsas memórias e esquecimento

No Direito Processual Penal, como salientado, busca-se encontrar a verdade mais próxima possível dos fatos. Muitos fatores podem distorcer a verdade. Ensinam Stein e Nygaard que: "As deformações trazidas são geralmente atribuídas à passagem do tempo, à imaginação fértil, ao ambiente estressante dos tribunais e delegacias de polícia."[49]

Ainda nas palavras de Stein e Nygaard: "Os avanços das pesquisas em Psicologia Experimental Cognitiva, na última década, possibilitaram a confirmação científica e, hoje em dia, inquestionável de que o transcurso do tempo pode transformar as

[46] LOPES JR, Aury; DI GESU, Cristina Carla, "Falsas memórias..." , p. 79.
[47] COLOMA, Aurélia Maria Romero, "La psicologia judicial…...", p. 18.
[48] COLOMA, Aurélia Maria Romero, "La psicologia judicial...", p. 18.
[49] STEIN, Lilian Milnitsky e NYGAARD, Maria Lúcia Campani, "A memória em julgamento...", p. 153.

lembranças. Essas recordações sobre eventos vividos podem ser distorcidas internamente ou por sugestões externas (intencionais ou acidentais).”[50]

Com o passar do tempo, nossa memória pode incorporar fatos irreais, dando causa às falsas memórias, ou descartar informações, dando causa ao esquecimento.[51]

Falsas memórias é a capacidade do ser humano de lembrar, de forma espontânea ou sugerida, de eventos que nunca aconteceram.[52]

O estudo das falsas memórias é muito antigo, iniciando-se com Hans Gross, no final do século XIX.[53] Já se estudava o tema em 1900, na França, com Binet, e em 1910, com Stern, na Alemanha.

Um interessante trabalho realizado nos anos 70, por Elizabeth Loftus,[54] mostrou que uma falsa memória pode advir da sugestionabilidade externa a uma falsa informação. É possível que uma pessoa acredite verdadeiro um acontecimento falso, dependendo de como a informação chegou ao seu conhecimento.

Loftus ensina que “falsas recordações são construídas combinando-se recordações verdadeiras com o conteúdo das sugestões recebidas de outros. Durante o processo, os indivíduos podem esquecer a fonte da informação. Este é um exemplo clássico de confusão sobre a origem da informação na qual o conteúdo e a proveniência da informação estão dissociados.”[55]

---

[50] STEIN, Lilian Milnitsky e NYGAARD, Maria Lúcia Campani, “A memória em julgamento...”, p. 153. Ensinam Daniel Silva Achutti e Roberto da Rocha Rodrigues que “não é novidade que, com o passar do tempo, a memória vai deixando para trás alguns detalhes do que fora anteriormente presenciado. De fato, ‘podemos inconscientemente, alocar uma série de informações sobre o outro que não se relacionam aos seus atos, mas sim a um olhar que acabamos consolidando sobre tudo aquilo que pressupomos que o outro seja’” (“Tempo, memória e direito no século XXI...”, p. 148).

[51] IZQUIERDO, Iván, *Memória*, p. 15.

[52] NEUFELD, Carmen Beatriz, BRUST, Priscila Goergen e STEIN, Lilian Milnitsky. “Compreendendo o fenômeno das falsas memórias” i*n Falsas Memórias – fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. MILNISTSKY, Lilian (org.). Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 37.

[53] COLOMA, Aurélia Maria Romero. “La valoración judicial de la prueba testifical y la psicología del testimonio” *in Revista Actualidad Penal*, n.º 38, outubro de 1998, p. 792. Segundo a autora, este tem sido um tema de debate em diversos Congressos, desde a década de 70.

[54] Elizabeth F. Loftus é professora de Psicologia e de Direito na Universidade de Washington. É Ph.D em psicologia pela Universidade de Stanford, recebendo o título em 1970. Sua pesquisa está concentrada na memória humana, depoimento de testemunha ocular e procedimentos de Tribunal. Ela publicou 18 livros e mais de 250 artigos científicos e serviu como especialista ou assessora em testemunhos em centenas de julgamentos. Seu livro *Eyewitness Testimony* ganhou o *National Media Award* da Fundação Psicológica Americana. Ela recebeu doutorados honorários da Universidade de Miami, Universidade de Leiden e da Faculdade John Jay de Justiça Criminal. Loftus foi eleita presidenta da Sociedade Psicológica Americana recentemente (http://ateus.net/artigos/miscelanea/criando-memorias-falsas).

[55] LOFTUS. Elizabeth. “Criando falsas memórias” *in* http://ateus.net/artigos/miscelanea/criando-memorias-falsas/, acessado em 31 de dezembro de 2010.

Esta pesquisadora realizou mais de 200 (duzentas) experiências com mais de 20.000 (vinte mil) pessoas e concluiu que: "a informação errônea pode se imiscuir em nossas lembranças quando falamos com outras pessoas, somos interrogados de maneira evocativa ou quando uma reportagem nos mostra um evento que nós próprios vivemos."[56]

A autora menciona, também, o chamado "efeito da informação incorreta", definido como um efeito gerado em pessoas que testemunham um evento e, posteriormente, são expostas a informações novas e enganosas sobre ele. Nesses casos, as recordações são frequentemente distorcidas, em razão da influência dos novos dados falsos.[57]

Carmen Beatriz Neufeld, Priscila Goergen Brust e Lilian Milnitsky Stein ressaltam o perigo das falsas memórias ao afirmarem que "as falsas memórias podem parecer muito brilhantes, contendo mais detalhes, ou até mesmo mais vividas do que as memórias verdadeiras."[58]

De outra parte, o tempo faz com que as informações desvaneçam na memória, provocando o esquecimento.

De acordo com Aurélia Maria Romero Coloma: "a capacidade de aprendizagem imediata de uma pessoa varia, obviamente, de maneira inversamente proporcional ao tempo de percepção e ao tempo que transcorre entre o momento no qual se verifica a impressão ótica ou auditiva e o momento no qual se pede para representar aquela impressão e que podemos chamar de tempo de reprodução."[59]

Segue a autora: "O tempo e a concentração empregados para pedir à mente o detalhe são suficientes para fazer desvanecer a impressão do conteúdo restante. A impressão na memória está exposta a decair e, inclusive, pode cessar. A informação somente se mantém na memória por efeito de sua contínua reciclagem."[60]

---

[56] LOFTUS, Elizabeth. "As falsas lembranças" *in Viver Mente e Cérebro*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, p. 90.
[57] LOFTUS. Elizabeth. "Criando falsas memórias"....
[58] "Compreendendo o fenômeno…", p. 22.
[59] "La psicologia judicial...", p. 17.
[60] COLOMA, Aurélia Maria Romero, "La psicologia judicial...", p. 17.

Diante disso, conclui-se que a perda das impressões contidas na memória se dá "em função direta do tempo transcorrido e inversamente à repetição da mesma impressão (...) a repetição mental impede que a impressão se perca da memória."[61]

5.5 A influência da memória na prova testemunhal e no reconhecimento. Diferenças

Os estudos a respeito da influência da memória referem-se, em geral, à prova testemunhal.

A testemunha é considerada a célula-mãe do reconhecimento. Segundo a doutrina de outrora, o reconhecimento não era um meio de prova isolado, mas forma particular e especial de testemunho, com a finalidade de identificação.

Esta discussão, como exposto anteriormente, durou por anos na Itália, até a inserção do reconhecimento no capítulo dedicado aos meios de prova, no Código de Processo Penal de 1988. Somente em 1988, o reconhecimento foi considerado como um meio de prova independente na Itália.[62]

Há diversos pontos de contato entre o meio de prova testemunhal e o meio de prova reconhecimento. Um e outro dependem de um transcurso de percepção do sujeito chamado a ser testemunha ou reconhecedor.

No entanto, os institutos são bem diferentes, pois contar um acontecimento relevante que tenha passado (testemunha) é algo bem diferente do que identificar pessoa ou objeto, colocado em sua frente na presença de outros com características semelhantes, exigindo da memória uma percepção visual (reconhecimento). Explica Triggiani que "contar um acontecimento relevante que pertence à própria experiência (testemunha) é, na verdade, coisa bem diferente do identificar uma pessoa ou um objeto, sobreposto às suas vistas – em conjunto com outras pessoas ou objetos similares – ao 'depositário' da memória de uma precedente percepção visual (reconhecimento)."[63] (tradução livre)

Do mesmo modo, confirma Bernasconi: "Enquanto a testemunha versa sobre um fato histórico – mais ou menos complexo – isto é, uma sequência, espaço e cronologia

[61] COLOMA, Aurélia Maria Romero, "La psicologia judicial...", p. 16.
[62] BERNASCONI, Alessandro, *La ricognizione di persone nel processo penale. Strutura e procedimento probatório*. Turim, G. Giappichelli Editore, 2003, p. 39.
[63] TRIGGIANI, Nicola, *Ricognizioni mezzo di prova...*, p. 20.

de eventos ou relação, o reconhecimento se concentra sobre um dado mais específico e limitado, qual seja, a percepção de um vulto ou imagem."[64]

A jurisprudência italiana afirma que o reconhecimento pessoal exprime sempre uma valoração do reconhecedor, que procura lembrar as impressões visíveis na sua memória para poder fazer o confronto entre as pessoas ou coisas a serem reconhecidas, bem como um juízo de correspondência.[65]

Em realidade, o reconhecimento exige um processo psicológico mais profundo do que a prova testemunhal. O ato de reconhecimento tem a finalidade de ativar imediatamente os complexos mecânicos da memória. É imediato, automático. Ao contrário, as declarações da testemunha são suscetíveis a um controle lógico intrínseco, na medida em que são feitas perguntas que podem ir, aos poucos, ativando a sua memória.

Outra diferença é que o testemunho sempre é prestado por terceiro desinteressado, ao passo que o reconhecimento pode envolver tanto um desinteressado como a própria vítima ou o corréu.

Além disso, existe a testemunha indireta, a testemunha por ouvir dizer. No reconhecimento, ao contrário, não há tal possibilidade. Conforme Triggiani: "O reconhecimento, evidentemente, não pode ser efetuado senão pelo sujeito que teve direta e pessoal percepção da pessoa, da coisa, da voz, do som ou do que é chamado a reconhecer" (tradução livre).[66]

O reconhecimento busca a identificação de pessoa ou coisa. Diferente é o caso da testemunha, que é chamada aos autos para trazer elementos a respeito da ocorrência dos fatos.

Na prova testemunhal, o Juiz faz perguntas à testemunha, estimulando a memória. Como assinala, Aurélia Maria Romeiro Coloma: "A testemunha, como narradora de um fato através da experiência do narrador, é a representação do tema ou fato probante. O Juiz tem que conduzir o interrogatório propondo à testemunha perguntas precisas e estruturadas sobre fatos determinados. A testemunha deve abster-se de expressar apreciações pessoais, de se referir 'às vozes da rua', ou de depor acerca da moralidade do imputado. É evidente que o fato de testemunhar não é, simplesmente, transferir qualquer

---

[64] BERNASCONI, Alessandro, *La ricognizione di persone ...,* p. 40.
[65] TRIGGIANI, Nicola, *Ricognizioni mezzo di prova...*, p. 20.
[66] TRIGGIANI, Nicola, *Ricognizioni mezzo di prova..* , p. 25.

coisa que está no interior. São muitos os parâmetros que, colateralmente, explicam sua influência sobre a credibilidade e exatidão da narrativa."[67]

A memória produz efeitos semelhantes na prova testemunhal e no reconhecimento. Ela se perde de forma muito parecida. Contudo, no caso da prova testemunhal, as informações podem ser recuperadas com as perguntas feitas pelo Juiz e pelas partes. Por isso, há diversos estudos no Direito Processual Penal sobre métodos avançados de questionamento de testemunhas, que objetivam resgatar as informações da forma mais rica possível.

Diverso é o caso do reconhecimento, pois a memória da pessoa é imediata, não há oportunidade de perguntas por parte das partes e do Juiz. Por esse motivo, é muito importante a primeira fase do reconhecimento, quando o Juiz pede ao reconhecedor que apresente as características da pessoa vista no dia dos fatos.

Esta fase tem grande importância para ativar a memória do reconhecedor, mas não se compara aos efeitos das perguntas à testemunha. No reconhecimento, a memória é exigida de forma imediata e se as informações não foram bem armazenadas, o reconhecimento poderá ser falho.

5.6. Diferença no armazenamento de informações pela memória visual e auditiva

Em regra, o reconhecimento envolve a memória visual. Excepcionalmente, é possível a realização de reconhecimento que dependa da memória de informações obtidas por outros sentidos, como audição ou olfato: "O reconhecimento e o conseqüente resultado se fundam essencialmente sobre a evocação da imagem visível, mas pode ter também importância a lembrança por outras percepções"[68]

A forma de a memória guardar as informações pode variar de acordo com o sentido que envolveu a memorização.

---

[67] "La psicologia judicial...", p. 17.
[68] ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia giudiziaria. Il processo psicologico e la verità giudiziale*. Turim: Editora Unione Tipografico Editrice Torinese, 1948, Tomo I p. 332., p. 346.

Com relação à voz, ensina Altavilla que "distinguir o timbre de uma voz é uma operação física complexa cuja percepção importa três elementos: altura, intensidade e timbre, a sua comparação com elementos idênticos já percebidos e a afirmação de tal identidade".[69] Ainda, "a esta dificuldade se acrescenta outras, quando se trata de palavras sussuradas ou de vozes alteradas".[70]

A voz pode apresentar particulares características, como o modo de falar, o sotaque. Também o aspecto emocional influencia na voz, uma vez que a pessoa alterada emocionalmente poderá ter sua voz modificada.

Nesse sentido, ensina Coloma: "Outros experimentos se encaminharam a valorar o fluxo das diferentes emoções sobre a voz, resultando, finalmente, que as emoções mais reconhecíveis através da mesma são a alegria, o desespero, o medo, a impaciência, o desprezo, a admiração, o desgosto e a satisfação são identificáveis com maior dificuldade, segundo os experimentos de Bertolino em 1974. Em particular, no que se refere ao medo, parece que vem melhor identificado, contrariamente ao que sucede com outras emoções, através da voz do que através da expressão do rosto (74% contra 58%)."[71]

A citada autora sintetiza os fatores que influenciam o reconhecimento de voz, a saber: "a) o número de elementos de transtorno, é dizer, as vozes similares àquela que tem que identificar; b) a duração do discurso ouvido; c) o intervalo de tempo transcorrido desde o momento da primeira audição até o momento da identificação; d) a distorção da voz durante a primeira audição; e) diferentes métodos para fixar na memória a voz que deverá ser identificada; f) a idade do testemunho ouvinte; g) o sexo do testemunho ouvinte."[72]

A memória guarda muito mais uma imagem do que uma voz. Ou seja, a memória visual é mais eficaz do que a memória auditiva. Assim, quando se trata de reconhecimento de voz, com maior razão devem ser tomados todos os cuidados na sua realização, visto que o tempo atua de forma direta e contrariamente à sua capacidade de memorização.

---

[69] ALTAVILLA, Enrico, *Psicologia giudiziaria...*, p. 346.
[70] ALTAVILLA, Enrico, *Psicologia giudiziaria...*, p. 346.
[71] COLOMA, Aurélia Maria Romero, "La psicologia judicial...", p. 20.
[72] COLOMA, Aurélia Maria Romero, "La psicologia judicial...", p. 20.

5.7. Efeitos no tempo na alteração das características físicas da pessoa a ser reconhecida

Em especial com relação ao reconhecimento, o tempo pode afetar o seu bom resultado, tendo em vista o risco de perda das informações na memória do reconhecedor.

Ocorre que outros problemas podem surgir envolvendo a pessoa a ser submetida a um reconhecimento. O tempo altera a fisionomia das pessoas. Daí que um reconhecimento realizado muito tempo depois da data dos fatos pode fazer com que a pessoa a ser reconhecida tenha perdido as características individuais que possam ter ficado na memória do reconhecedor.

Por exemplo, é possível que o reconhecedor tenha em mente ter visto na data do crime uma pessoa magra e de cabelos longos. Com o passar dos anos, esta pessoa pode se tornar mais gorda e usar cabelos curtos, o que dificulta a realização de um reconhecimento efetivo.

Assim, aspectos externos relacionados ao tempo pode afetar o resultado do reconhecimento, como a alteração física da pessoa a ser reconhecida, que pode tornar sem valor o resultado do meio de prova.

6. Fases do reconhecimento

O procedimento para a realização do reconhecimento como meio de prova passa por quatro fases: 1. indicação das características da pessoa ou da coisa pelo reconhecedor; 2. escolha e colocação das pessoas ou coisas de características semelhantes; 3. indicação da pessoa ou coisa por parte do reconhecedor; 4. elaboração do auto de reconhecimento.

6.1. 1ª Fase do reconhecimento presencial: indicação das características pelo reconhecedor

A primeira fase do reconhecimento presencial refere-se à indicação, por parte do reconhecedor, das características da pessoa ou coisa a ser reconhecida.

Esta fase é de extrema importância, principalmente porque ativa os reflexos da memória. Tem por finalidade verificar se o reconhecedor está atento ao ato e se ele se recorda de algum dado da pessoa ou da coisa que será colocada na sua frente para fins de reconhecimento. Em resumo, serve para verificar o grau de atenção do sujeito reconhecedor.

Permite-se, neste momento, testar a memória do reconhecedor com relação à determinada pessoa ou coisa. Ensina Altavilla que "uma das investigações mais complexas, que tem grande importância para o reconhecimento, é aquela que se refere à capacidade de descrever uma pessoa ou uma coisa já vista, fundando-se sobre traços da memória: o que significa a imagem que se conservou na memória" (tradução livre).[73]

Prossegue o autor: "Uma precisa descrição da pessoa ou da coisa que se é chamada a reconhecer é uma prova segura da exatidão do reconhecimento posterior, mas o erro da descrição ou também a incapacidade de descrever qualquer que seja não significa exatamente que não se possa reconhecer" (tradução livre).[74]

Ensina Anna Maria Capitta que o motivo do legislador prever regras específicas para a primeira fase do reconhecimento é observar o grau de atenção do e a capacidade de memorização do reconhecedor.[75]

Assim, antes de se prosseguir no reconhecimento, deve-se, nessa etapa, verificar (i) se o reconhecedor faz mesmo referência àquela pessoa ou coisa a ser reconhecida e (ii) a sua capacidade de memória. A capacidade de memória do reconhecedor e, por conseguinte, a efetividade do reconhecimento, é diretamente

---

[73] ALTAVILLA, Enrico, *Psicologia giudiziaria*..., p. 331.
[74] ALTAVILLA, Enrico, *Psicologia giudiziaria*..., p. 332.
[75] CAPITTA, Anna Maria, *Ricognizioni e individuazioni di persone nel diritto delle prove penali*, Università degli studi di Milano, Editora Giuffrè, 2001, pp. 117/119. Explica a autora que: "Al fine di saggiare la credibilità del soggetto chiamato ad effettuare la ricognizione personale, il giudice deve preliminarmente assumere dallo stesso ricognitores una seria di informazioni." (CAPITTA, Anna Maria, *Ricognizioni e individuazioni di persone* ..., p. 118).

proporcional ao seu tempo de contato com a pessoa a ser reconhecida. Quanto mais longo o contato, maior a probabilidade de o reconhecimento apresentar resultado confiável.

Após a descrição da pessoa ou da coisa, algumas perguntas devem ser feitas pelo Magistrado para se valorar um reconhecimento e concluir pelo seu êxito ou não.

Conforme Anna Maria Capitta, "uma vez descrita a pessoa a ser reconhecida, o sujeito ativo do reconhecimento deve responder a uma série de perguntas ao juiz."[76] (tradução livre)

Deve-se perguntar, por exemplo, se o reconhecedor já conhecia a pessoa a ser reconhecida, se teve contato com essa pessoa antes ou após os fatos, se o reconhecedor viu a pessoa nos jornais, foto ou algum outro ponto de identificação etc..

Isto porque o contato posterior do reconhecedor com o reconhecido, após os fatos, influi no ato do reconhecimento, na medida em que o sugestiona. Evidentemente, haverá maior facilidade para indicação das características do imputado, se o reconhecedor manteve algum contato após a data dos fatos com aquela pessoa. Por exemplo, se a pessoa a ser reconhecida foi vista em jornal ou na TV, haverá uma probabilidade maior de o resultado do reconhecimento ser positivo, não porque o reconhecedor lembra a sua fisionomia do dia dos fatos, mas porque viu a sua imagem na mídia.

Também para se avaliar o êxito de um reconhecimento e o grau de memorização, deve-se questionar ao reconhecedor qual era a vestimenta do suposto autor no dia do crime. Há dispositivo expresso da lei portuguesa nesse sentido, conforme se demonstrará no capítulo IV deste trabalho.

Outras questões a serem formuladas pelo Juiz na primeira fase do reconhecimento são: se havia boa luz no local dos fatos; se o contato foi próximo ou distante; qual era o seu estado de ânimo no momento dos fatos etc.

Observe-se que a maior parte dos erros do reconhecimento decorre das condições em que a primeira impressão é absorvida, como "a distância, rapidez, condições de luz, escassa atenção, turbamento emotivo etc." (tradução livre)[77]

---

[76] CAPITTA, Anna Maria, *Ricognizioni e individuazioni di persone* ..., p. 124.
[77] ALTAVILLA, Enrico, *Psicologia giudiziaria*..., p. 335.
Para Altavilla, os fatores da rapidez do contato, condições de luz no momento dos fatos, distância que teria visto a pessoa ou coisa, posição da pessoa e condições psíquicas, influenciam diretamente no reconhecimento. Sobre a rapidez, afirma o autor que o tempo de contato entre o reconhecedor e a pessoa a ser

Assim, como assevera Altavilla, "é absolutamente necessário, antes de proceder ao ato do reconhecimento, perguntar à testemunha: 'Em quais condições você o viu ou sentiu? Onde estava localizado? Estava claro? Você o observou atentamente?'" (tradução livre). [78]

É o que Anna Maria Capitta denomina de "descrição das situações ambientais"[79] existentes no momento do crime, envolvendo todas as condições do local, semelhante às da entrevista cognitiva – citada anteriormente[80] - , em que o juiz pede à testemunha que se sinta como se estivesse no local do crime e descreva tudo que se recorda, sem limitações. Neste caso, deve o reconhecedor descrever todo o local, as pessoas que ali estavam, se havia luz etc. Isto fará com que o reconhecedor vá evocando da memória todas as imagens guardadas.[81]

Não se olvide que o crime normalmente vem acompanhado de uma situação de stress, o que diminui a capacidade de percepção e de se guardar na memória as informações. Conforme Triggiani: "Os crimes geralmente são consumados 'em condições particulares de cada pessoa, carga de stress do observador, que diminui a sua possibilidade de perceber corretamente o que está acontecendo, também porque os movimentos se desenvolvem rapidamente e é possível perceber somente imagens poucos particulares" (tradução livre).[82]

Assim, a primeira fase do reconhecimento é de crucial importância e deve ser realizada com muita cautela para que se possa avaliar o seu resultado. Se as providências ultimadas nessa etapa indicarem que se trata de pessoa ou coisa completamente diferente daquela a ser submetida ao reconhecimento, não se deve prosseguir para as fases seguintes.

---

reconhecida influencia no resultado do reconhecimento. Sobre as condições de luz, ensina Altavilla que: diferente é a percepção de uma pessoa durante o dia e durante a noite, em uma zona de luz difusa ou investida por forte luz. A respeito da distância, quanto mais próximo mais evidências se notam sobre a pessoa, a distância atenua todas as notas de diferenciação. Quanto à posição da pessoa, uma testemunha que se encontra em posição horizontal (por ex., caso de agressão de uma pessoa) pode com facilidade se equivocar, porque os agressores são vistos de forma diferente, especialmente se as condições de luz não são perfeitas. Sobre as condições psicológicas, arremata o autor afirmando que a emoção influi enormemente no reconhecimento (ALTAVILLA, Enrico, *Psicologia giudiziaria...*, pp. 336/38).

[78] ALTAVILLA, Enrico, *Psicologia giudiziaria...*, p. 335.

[79] CAPITTA, Anna Maria, *Ricognizioni e individuazioni di persone ...*, p. 122.

[80] A respeito da entrevista cognitiva, remete-se ao item 5.1. deste capítulo, que explica o método e como é utilizado para reevocação da memória da testemunha, perfeitamente aplicável no caso da primeira fase do reconhecimento.

[81] CAPITTA, Anna Maria, *Ricognizioni e individuazioni di persone ...*, p. 122.

[82] TRIGGIANI, Nicola, *Ricognizioni como um mezzo di prova ...* , p. 71.

6.2. 2ª fase do reconhecimento presencial: colocação de pessoas semelhantes

Para começar a segunda fase do reconhecimento presencial, é imprescindível que as características indicadas previamente pelo reconhecedor sejam bastante semelhantes às da pessoa ou do objeto a ser reconhecido.

Conforme Anna Maria Capitta, havendo desconformidade entre a descrição das características apresentadas pelo reconhecedor com as da pessoa a ser reconhecida "se deve renunciar ao experimento". Ou seja, não se passa para a segunda fase se as características apresentadas na primeira fase forem completamente diferentes daquelas da pessoa que seria submetida ao ato, como sujeito passivo.[83] Seguindo o mesmo raciocínio, conclui a autora que: "uma vez que venha determinada uma correspondência entre o sujeito descrito e a pessoa a ser reconhecida, sem que haja dúvida acerca da identidade entre um e outro, o juiz poderá proceder à realização do ato recognitivo."[84] (tradução livre)

Para evitar qualquer constrangimento, se o Juiz perceber que as características são totalmente diversas, não deve iniciar a segunda fase do reconhecimento.

A segunda fase cuida do desenvolvimento da atividade recognitiva propriamente dita. O nosso Código dispõe genericamente sobre essa fase. No entanto, há diversos países que tratam mais especificamente deste momento (*v.g.*, artigo 214, 1 e 2, do Código de Processo Penal italiano).

Assim, deve o Juiz escolher, em primeiro lugar, pessoas semelhantes (Brasil e Itália falam em, no mínimo, duas pessoas de características semelhantes). Embora semelhança não signifique identidade das pessoas, deve-se procurar a mais semelhante possível.

Ensina G. Castelletti, citado por Triggiani, que a finalidade da escolha de pessoas semelhantes é evitar a inércia mental, ou seja, a indução do reconhecedor em identificar a primeira pessoa que lhe for apresentada.[85]

Importa saber como o Juiz deve procurar pessoas semelhantes. É evidente que não encontrará pessoas idênticas, o que se busca são características semelhantes para que

[83] CAPITTA, Anna Maria, *Ricognizioni e individuazioni di persone* ..., p. 122.
[84] CAPITTA, Anna Maria, *Ricognizioni e individuazioni di persone* ..., p. 122.
[85] TRIGGIANI, Nicola, *Ricognizioni como um mezzo di prova* ... , p. 71.

se tenha mais certeza quando o reconhecimento for positivo. Havendo colocação de pessoas com características diferentes da pessoa a ser reconhecida, poderá haver induzimento. Por exemplo, colocam-se dois negros e um oriental, sendo que o imputado é oriental. Nesta hipótese, é evidente que o reconhecedor será induzido a reconhecer o oriental ali colocado, ainda que não seja a pessoa acusada.

Vale esclarecer que pessoas de determinadas raças podem parecer iguais ao reconhecedor que seja de raça diferente. Assim, tratando-se de um reconhecedor com características ocidentais terá grande dificuldade em identificar um chinês ou paquistanês que seja colocado em comparação com outros chineses e paquistaneses, pois lhe parecerão a mesma pessoa e não se consegue diferenciá-los com muita segurança.

Deve o Juiz procurar pessoas com roupas, vestuários semelhantes. Também este cuidado é necessário para evitar o induzimento do reconhecedor a indicar a pessoa que estava vestida de forma mais semelhante à pessoa a ser reconhecida. O Juiz indicará a vestimenta das pessoas a serem reconhecidas de acordo com a descrição do reconhecedor.

Vale ressaltar que a pessoa semelhante a ser colocada ao lado do indiciado não pode ser alguém do conhecimento prévio do reconhecedor, para evitar o reconhecimento por exclusão.[86]

É praxe colocar policiais como sujeitos de comparação, o que é muito criticado porque a fisionomia do policial pode ter sido notada pelo reconhecedor.[87]

Deve o Juiz permitir que a pessoa a ser reconhecida escolha o lugar que vai ficar ao lado das outras semelhantes. Trata-se de exercício do direito de defesa. No direito inglês, o imputado tem o direito de escolher a posição que vai ser colocado no reconhecimento, inclusive escolher o número de identificação.[88]

Importante evitar que o reconhecedor encontre-se com o reconhecido antes do ato de reconhecimento, para que não ocorra intimidação, nem a indução ao reconhecimento positivo.

---

[86] Nicola Triggiani cita diversos autores que tratam da necessidade de evitar que pessoas conhecidas do reconhecedor sejam colocadas para comparação como semelhantes: *Ricognizzione como mezzo di prova...*, p. 83, nota de rodapé 61.
[87] TRIGGIANI, Nicola, *Ricognizzione como mezzo di prova...*, p. 83.
[88] CAPITTA, Anna Maria, *Ricognizioni e individuazioni di persone* ..., p. 133. A autora cita o parágrafo 11, Annex, Code D, do direito inglês.

6.3. 3ª fase do reconhecimento presencial: indicação da pessoa ou coisa pelo reconhecedor

Escolhidas as pessoas semelhantes, cabe ao Juiz passar para o próximo passo, convidando o reconhecedor a proceder ao reconhecimento. Colocado o reconhecedor na frente das pessoas semelhantes, deve o Juiz perguntar se ele reconhece algum dos presentes como sendo a pessoa envolvida no crime.

Esta fase é bastante perigosa, pois a testemunha tem receio de afirmar ao Juiz que não reconhece nenhuma daquelas pessoas e se sente na obrigação de dizer que uma delas teria sido o autor do crime. Como diz Anna Maria Capitta: "O êxito do ato recognitivo pode ser influenciado pela mesma modalidade complexa do procedimento: o reconhecedor está psicologicamente induzido a dizer que entre os sujeitos ali colocados se encontra necessariamente a pessoa a ser reconhecida."[89] Por medo, o reconhecedor verificará qual das três pessoas ali colocadas apresenta maior semelhança com a pessoa que teria sido vista no dia do crime.

Assim, deve o Juiz alertar a testemunha que ela somente deve afirmar que reconhece alguma daquelas pessoas, se houver certeza da sua parte, pois há possibilidade de que nenhuma delas seja aquela envolvida no fato criminoso. É dizer: deve o Juiz deixar claro que não há certeza de que uma daquelas pessoas seja a envolvida e que a testemunha deve afirmar se reconhece positivamente, somente se houver certeza.

Neste momento, é importante que as partes estejam presentes e verifiquem a regularidade do ato, isto é, se não há induzimento ao reconhecimento, se as pessoas colocadas em comparação são de características semelhantes etc..

6.4. 4ª fase do reconhecimento presencial: elaboração do auto

Cumpridas as fases anteriores, passa-se ao momento de documentação dos atos realizados. Todos os atos do reconhecimento devem ser transcritos e documentados. Para tanto, elabora-se detalhado auto descritivo.

---

[89] CAPITTA, Anna Maria, *Ricognizioni e individuazioni di persone* ..., p. 134.

É necessário indicar, dentre outros, se havia a presença de advogado, os dados de identificação apresentados pelo reconhecedor antes do reconhecimento (1ª fase), quantas pessoas ou coisas foram colocadas para comparação, indicação das suas semelhanças, a localização da pessoa ou coisa a ser reconhecida e a resposta do reconhecimento.

Em regra, estas atividades ocorrem verbalmente. Todavia, devem ser transcritas por qualquer meio, como, por exemplo, a estenotipia, para que possam ser documentadas.

Na Itália, há dispositivo expresso no artigo 214, comma 3, do Código de Processo Penal, no sentido de se admitir outras formas de documentação do reconhecimento, como fotografias, filmagens ou qualquer outro meio apto a atingir tal desiderato.

Comenta Triggiani que esta inovação trazida pelo Código de Processo Penal italiano permite que o reconhecimento seja bem documentado e, ainda que passe muito tempo, seja possível apreciar com bastante clareza se o procedimento foi respeitado e o grau de confiabilidade do resultado.[90] Para este jurista, o meio mais eficiente de documentação do reconhecimento é, sem dúvida, a reprodução audiovisual, pois oferece maior garantia de fidelidade e completude.[91]

Portanto, a quarta fase do reconhecimento é de extrema importância, por ser a responsável pela documentação do ato. Os elementos de prova constantes dessa documentação é que poderão ser considerados pelo Juiz na sentença, bem como objeto de discussão.

Ademais, o auto de reconhecimento permite observar as falhas existentes ou o respeito total ao rito procedimental. Por isso, sem a devida documentação, o reconhecimento não terá qualquer validade.

---

[90] TRIGGIANI, Nicola, *Ricognizzione como mezzo di prova...*, p. 131.
[91] TRIGGIANI, Nicola, *Ricognizzione como mezzo di prova...*, p. 133.

7. Resultados do reconhecimento

Há, apenas, dois resultados possíveis para o reconhecimento. São eles: 1. o positivo, quando o reconhecedor tem plena certeza tratar-se da pessoa investigada ou acusada; 2. o negativo – quando o reconhecedor diz que nenhuma daquelas pessoas correspondem àquela que teria visto no dia dos fatos ou se ele tiver alguma dúvida a respeito da pessoa.

Assim, ainda que se tenha uma dúvida mínima quanto a ser ou não a pessoa, o resultado é negativo e não pode ser considerado como elemento de prova contra o investigado.

No máximo, pode-se pensar na existência de indícios para atos cautelares no processo, como elemento para se iniciar uma investigação, decretar uma prisão preventiva, elemento para pronunciar o acusado. No entanto, se vier a servir de indício para alguns desses atos, somente terá algum valor se vier corroborado com outros meios de identificação, que tenham restado positivos, como, por exemplo, ter encontrado digitais da mesma pessoa na porta do local onde teria se dado os fatos, fios de cabelo da vítima no porta-malas do carro daquele "quase" identificado pessoalmente etc.

Não se admite a praxe que vem sendo utilizada em se inserir no auto do reconhecimento eventual "porcentagem" auferida pelo reconhecedor quando ao reconhecido.

Somente se pode considerar como positivo o reconhecimento feito com o máximo grau de certeza, ou seja, 100% de certeza. Qualquer dúvida demonstrada pela testemunha quanto à pessoa ali colocada, deve-se considerar como um reconhecimento negativo.

Para se ter a certeza e confiabilidade do reconhecimento, deve o Juiz, conforme ressaltado, na terceira fase do reconhecimento, perguntar se a testemunha reconhece "com certeza" uma daquelas pessoas que está ali exposta como sendo a autora do fato.

CAPÍTULO III – DAS QUESTÕES CONTROVERSAS ACERCA DO RECONHECIMENTO

1. O reconhecimento e o princípio do *nemo tenetur se detegere*

1.1. Conceito do nemo tenetur se detegere

O princípio do *nemo tenetur se detegere* tem grande importância no estudo do reconhecimento, tendo em vista a exposição de uma pessoa ou coisa perante outra, para que esta diga se tratar ou não da pessoa ou objeto relacionado aos fatos.

Segundo o princípio do *nemo tenetur se detegere*, ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, ou seja, é vedado obrigar uma pessoa a participar da produção de prova que possa reverter contra si própria.

O *nemo tenetur se detegere*, apesar de não previsto expressamente na nossa Constituição, é considerado um princípio. De acordo com Maria Elisabeth Queijo: "O *nemo tenetur se detegere* amolda-se à categoria dos princípios-garantia, que, segundo Canotilho, visam 'instituir directa e imediatamente uma garantia dos cidadãos. É-lhes atribuída uma densidade de autêntica norma jurídica e uma força determinante, positiva e negativa'."[1]

Referido princípio faz parte do nosso ordenamento jurídico, extraindo-o a partir de outros textos normativos, como Pactos e Convenções Internacionais, bem como de outros postulados já assegurados na Constituição da República.

[1] *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 68.

1.2. O nemo tenetur se detegere no ordenamento jurídico brasileiro

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, apesar de prever a presunção de inocência e a proibição da tortura, não mencionou expressamente o *nemo tenetur se detegere*.

Em 22 de novembro de 1969, a Convenção Americana de Direitos Humanos dispôs sobre o aludido princípio no artigo 8, parágrafo 2, "g", afirmando que ninguém é obrigado a depor contra si mesmo e nem a se declarar culpado.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1971, no artigo 14, n. 3, letra "g", também estabeleceu que todo aquele que for acusado da prática de um crime não é obrigado a depor contra si mesmo e nem a se confessar culpado.

Por estar previsto em Pactos e Convenções Internacionais incorporados ao Direito brasileiro, de acordo com o disposto no artigo 5º, §2º, da Constituição da República, o *nemo tenetur se detegere* possui categoria constitucional.

No Direito brasileiro, antes mesmo da incorporação dos tratados internacionais ao nosso sistema, era possível extrair o *nemo tenetur se detegere* dos princípios do devido processo legal, presunção de inocência, ampla defesa e do direito ao silêncio.

Dessarte, seja porque pode ser inferido de diversos postulados constitucionais, seja porque constou de pactos e convenções internacionais ratificados pelo Brasil, pode-se afirmar seguramente que o princípio do *nemo tenetur se detegere* está vigente no sistema jurídico brasileiro.

1.3. Relação do nemo tenetur se detegere com outros princípios

O *nemo tenetur se detegere* relaciona-se com o devido processo legal, sendo este mais amplo, abrangendo outros princípios como a presunção de inocência, o direito ao silêncio, o contraditório, a ampla defesa, inadmissibilidade de produção de prova por meios ilícitos etc..

Relação próxima existe entre o *nemo tenetur se detegere* e a presunção de inocência. Deve o investigado ser presumido inocente até o trânsito em julgado de uma

sentença condenatória e assim não se pode obrigá-lo a produzir atos que possam prejudicá-lo.

A possibilidade de o acusado recusar-se a produzir prova contra si está abrangida pelo direito à ampla defesa, visto que o acusado pode decidir não atuar em determinado momento do processo ou investigação, se entender que o ato pode prejudicar a sua defesa.

O investigado não é obrigado a ter comportamentos que podem contrariar a sua defesa no processo, podendo, se preferir, ficar inerte até o final dele. Por isso, não tem o dever de colaborar na produção de provas. Possui, isso sim, o direito de apresentar provas, se favorecer a sua defesa.

Conforme ensina Maria Elisabeth Queijo, o *nemo tenetur se detegere* vai além do mero direito ao silêncio. Abrange, também, o direito do acusado a não se autoincriminar, ou seja, não colaborar na produção de provas que possam importar aspectos negativos contra si: "Mas o *nemo tenetur se detegere* não se esgota no direito ao silêncio. Compreende direito mais amplo, que é o de não se autoincriminar. A autodefesa abrange, assim, o direito de recusa em colaborar na produção de provas que possam importar em autoincriminação."[2]

1.4. Nemo tenetur se detegere e as provas que dependem da cooperação do acusado

Existem duas espécies de meios de prova ou de investigação quanto à colaboração do acusado: 1. aqueles que independem da sua cooperação; 2. aqueles que dependem da sua colaboração.

Na primeira categoria, encontra-se o testemunho, o documento, a busca e apreensão e outros. Nestes casos, a produção da prova independe da colaboração do acusado e, portanto, não envolve eventual ofensa ao princípio do *nemo tenetur se detegere*.

A segunda categoria refere-se aos meios de prova que exigem a colaboração do acusado, sendo polêmica a questão da aplicação do *nemo tenetur se detegere*.

---

[2] *O direito de não produzir prova...*, p. 77.

Os meios de prova ou de investigação que dependem da colaboração do acusado subdividem-se em: 1. aqueles que implicam intervenção corporal no acusado e; 2. aqueles que independem de intervenção corporal no acusado.

As provas que implicam intervenção corporal podem ser invasivas e não invasivas. São exemplos de invasivas os exames de sangue em geral para a realização de teste de DNA, exame ginecológico, identificação dentária, endoscopia e exame do reto, frequentemente utilizados na busca pessoal.[3] São exemplos de não invasivas: exames de matérias fecais, exames de DNA realizados a partir de fios de cabelo e pêlos, a identificação datiloscópica, impressões do pé e radiografia.[4]

Com relação aos meios de prova que pressupõem invasão corporal, não há duvida de que deve prevalecer o interesse privado, não podendo o investigado ser obrigado a se submeter a eles.

Dentro da categoria de provas que não implicam intervenção corporal no acusado, há aquelas que exigem uma ação por parte do investigado, como é o caso da acareação, do exame grafotécnico e etílico, e outras que não exigem qualquer esforço por parte dele, bastando a sua presença física, sendo visto, neste último caso, como objeto de prova.[5]

Quanto aos meios de prova que dependem de atuação do investigado, ainda que sem intervenção corporal, também deve prevalecer o interesse privado no sentido de não compelir o investigado a participar da produção dessa prova, sob pena de ofender o princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Para Maria Elisabeth Queijo, a recusa do investigado em colaborar com a atividade probatória não configura crime de desobediência, *verbis*: "Diante da ausência de normas específicas sobre o dever de colaboração do acusado, que viessem a afastar a incidência do *nemo tenetur se detegere*, tem predominado o entendimento de que a sua recusa em submeter-se à prova não configura crime de desobediência nem pode ser interpretada a seu desfavor."[6]

---

[3] QUEIJO, Maria Elizabeth, *O direito de não produzir prova...*, p. 245.
[4] QUEIJO, Maria Elizabeth, *O direito de não produzir prova...*, p. 246.
[5] PIACENTINI, Claudio. "In tema di rifiuto dell'imputato a sottostare allá ricognizione personale. Tribunale de Torino. Uficio istruzione – 17 ottobre 1978" *in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, anno XXIII, Editora Milano, Giuffrè Editore, pp. 326/336.
[6] *O direito de não produzir prova...*, p. 264.

A maior polêmica existe quanto à aplicação do princípio do *nemo tenetur se detegere* na produção dos meios de prova que não implicam intervenção corporal e tampouco comportamento ativo por parte do investigado, como o reconhecimento. Nesta hipótese, o acusado é visto como mero objeto de prova.

Antes de se examinar a possibilidade de aplicação do *nemo tenetur se detegere* no reconhecimento, importa verificar se este princípio é absoluto ou se admite restrição.

1.5. Nemo tenetur se detegere e a possibilidade de sua restrição

O que se nota atualmente na produção dos meios de prova e de investigação é a prevalência do interesse público, buscando a eficiência na atividade probatória, ainda que por meio da restrição a direitos fundamentais do acusado.

Para se admitir tal restrição, deve-se procurar um equilíbrio entre o interesse público e o privado, que, a um só tempo, evite o engessamento da investigação sem lesar o direito de defesa do imputado. Em matéria de prova, tem sido grande a dificuldade de conciliar interesses contrastantes. "E, como ressalta Chiavario, a eficiência processual não pode prescindir dos direitos e garantias, mas deve incluí-los. "[7]

Nessa linha, admite-se restrição ao princípio do *nemo tenetur se detegere*, não sendo considerado direito absoluto do investigado.Como salientado por Maria Elisabeth Queijo, "não se pode conceber o referido princípio como direito absoluto do acusado, sob pena de impossibilitar, em alguns casos, a persecução penal, frustrando por completo o interesse público na apuração dos delitos e de quem são os seus autores. Há, portanto, necessidade de se buscar critérios para a solução do problema."[8]

Assim, deve-se procurar soluções para se admitir limitação ao princípio *nemo tenetur se detegere* em algumas situações, até para não se impedir a atividade de investigação

Todavia, tais restrições deverão estar expressamente previstas em lei, de acordo com o princípio da proporcionalidade: "Desse modo, evitam-se atuações arbitrárias por parte do Estado. As restrições ao *nemo tenetur se detegere*, que repercutem diretamente

---

[7] QUEIJO, Maria Elizabeth, *O direito de não produzir prova...*, p. 244.
[8] *O direito de não produzir prova...*, pp. 318/319.

sobre a liberdade de autodeterminação do acusado, não poderão ser determinadas casuisticamente pelo julgador."[9]

Conforme ensina Maurício Zanoide de Moraes, a restrição a direitos fundamentais somente se justifica se estiver prevista na Constituição e se a medida for proporcional, sob pena de se considerar violado o direito atingido: "Toda forma de intervenção estatal que possua justificação constitucional e proporcionalidade é modo legítimo de restrição do direito fundamental. Toda forma de redução do disposto na lei fundamental, mesmo que apresente em nível legislativo a correspondente justificação e sopesamento, será violação ou invasão indevida na esfera de direito constitucionalmente previsto se houver excesso em sua concretização."[10]

Para se avaliar a proporcionalidade da medida, deve o Juiz verificar três aspectos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação, segundo Mauricio Zanoide de Moraes, consiste em "um exame empírico realizado sobre a aptidão do meio contribuir para a consecução do fim almejado. É um exame empírico porque deve ter em consideração uma relação comprovada ou comprovável de aptidão (idoneidade), segundo experiências da vida, pesquisas científicas, exames de probabilidade, enfim, qualquer modo pelo qual se possa demonstrar que por aquele meio específico é possível 'fomentar' ou 'facilitar' a realização do propósito almejado".[11]

Em seguida, deve-se analisar a necessidade ou não de utilização da medida. Necessária será a medida quando o esclarecimento dos fatos for possível por métodos de investigação tradicionais. Isso equivale a dizer: se não houver outro instrumento menos lesivo para se alcançar a finalidade pretendida. O requisito da necessidade é também chamado de '"intervenção mínima', 'de alternativa menos gravosa', ou de 'subsidiariedade'".[12]

Após criterioso exame da adequação e necessidade da medida, verifica-se a proporcionalidade em sentido estrito, que aponta para a "imprescindibilidade de constatar,

---

[9] QUEIJO, Maria Elizabeth, *O direito de não produzir prova...*, p. 364.
[10] *Presunção de Inocência no processo penal brasileiro. Análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. São Paulo: Lumen Juris, 2010, p. 323.
[11] *Presunção de Inocência no processo penal brasileiro...,* pp. 323/324.
[12] FERNANDES, Antonio Scarance, *Processo penal constitucional...*, p. 54.

entre os valores em conflito – o que impele à medida restritiva e o que protege o direito individual a ser violado – qual deve prevalecer".[13]

Conclui-se, portanto, que há a possibilidade de restrição ao princípio do *nemo tenetur se detegere*, após analisados os critérios da proporcionalidade, nas hipóteses em que não se exige comportamento ativo por parte do imputado, ou seja, quando ele for considerado apenas objeto de prova.

Com relação ao reconhecimento, é possível a restrição ao aludido princípio, pois se encontra na categoria de meios de prova não-invasivos e independe de participação ativa do imputado.

1.6. Nemo tenetur se detegere e o reconhecimento

O reconhecimento inclui-se na categoria de provas que não implicam intervenção corporal no acusado e dentre aquelas que tampouco exigem colaboração ativa por parte dele. Depende tão-somente de colaboração passiva por parte da pessoa a ser submetida ao ato, sem intervenção corporal. O imputado transforma-se em objeto de prova no caso do reconhecimento.

O artigo 260, do Código de Processo Penal brasileiro, obriga o acusado a comparecer ao reconhecimento, sob pena de condução coercitiva. Segundo o referido dispositivo, se o acusado não comparecer ao interrogatório, ao reconhecimento ou a qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, poderá ser conduzido coercitivamente.

Este artigo tem sido alvo de severas críticas no tocante à condução coercitiva para o interrogatório, porque este ato é visto como meio de defesa do imputado e não meio de prova.

Com todo respeito a esse posicionamento, tendo em vista a necessidade de se encontrar o equilíbrio entre a eficiência (segurança da sociedade) e o garantismo (segurança do réu), é possível afirmar que a condução coercitiva para o reconhecimento é medida condizente com as regras do justo processo.

---

[13] FERNANDES, Antonio Scarance, *Processo penal constitucional...*, p. 55.

Isto porque, no caso do reconhecimento, o acusado é visto como objeto no processo, não se exigindo dele nenhum comportamento, bastando apenas a sua presença física. O acusado pode ser conduzido coercitivamente, visto que a natureza jurídica do ato é a de meio de prova e não meio de defesa.

No reconhecimento pessoal, assim como na busca e apreensão e inspeção pessoal, o imputado transforma-se em objeto de prova, não podendo, por isso, impedir a ocorrência do ato.[14]

Já se falava durante a vigência do Código Rocco italiano que o réu era obrigado a proceder ao reconhecimento, porque este ato não exige um comportamento ativo e, assim, não se aplicaria o princípio do *nemo tenetur se detegere*.[15]

Não obstante o acusado seja obrigado a participar do reconhecimento, podendo até mesmo ser conduzido coercitivamente, ele não pode ser compelido a praticar movimentos, ou seja, um *facere*, porque, aí sim, seria exigido um comportamento de sua parte. Por exemplo, não se pode obrigar o reconhecido a sorrir, levantar ou abaixar a cabeça, ficar de lado, fazer determinados gestos etc.

Deduz, assim, que obstar a condução coercitiva para que a pessoa seja submetida ao reconhecimento, como objeto de prova, significaria praticamente o engessamento das atividades investigatórias, pois este entendimento poderia se estender a outros atos de investigação, como tirar foto para o processo, realização de inspeção pessoal etc..

As discussões travadas nas Cortes italianas e que devem ser transportadas ao nosso Direito referem-se à possibilidade ou não de exigir um comportamento ativo do imputado no momento do reconhecimento. Não se questiona se ele é obrigado ou não a comparecer ao ato, pois é quase pacífico que existe tal dever, admitindo-se inclusive a condução coercitiva. O que se discute é se o sujeito ativo deve realizar comportamentos colaborativos, ou seja, mudar de posição, virar-se para o lado, abaixar-se, mexer as mãos etc.. Nesse ponto, é tranquilo o entendimento de que o sujeito não precisa se submeter a estes atos de colaboração.

Em apertada síntese, no caso do reconhecimento, o acusado torna-se objeto de prova. Assim, para não engessar as atividades investigatórias e, buscando o equilíbrio entre

[14] TRIGGIANI, Nicola, *Ricognizioni mezzo di prova...*, p. 115.
[15] TRIGGIANI, Nicola, *Ricognizioni mezzo di prova...,* p. 116.

a eficiência e o garantismo, deve-se permitir a condução coercitiva nos casos em que o acusado se nega a comparecer ao reconhecimento.

Todavia, não se pode exigir do acusado comportamentos ativos, isto é, que atue de determinada maneira no momento do reconhecimento. Nesta hipótese, haveria colaboração ativa por parte dele e, consequentemente, ofensa ao princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Importa salientar que a pessoa que vier a ser conduzida coercitivamente para a realização do reconhecimento, não está obrigada a efetuar qualquer outro ato. A possibilidade de condução coercitiva limita-se ao reconhecimento.[16]

1.7. Risco de utilização de outros meios de prova

Conceder ao acusado o direito de não participar do reconhecimento pode gerar consequências graves em um processo. O Estado, diante da impossibilidade de realizar o reconhecimento, estaria autorizado a buscar qualquer outra forma de identificação, muitas vezes mais ofensivas às liberdades individuais, com base no princípio da não taxatividade dos meios de prova.

Nos casos em que o acusado se nega a ser submetido ao reconhecimento ou, ainda, quando não for possível o reconhecimento pessoal, nada impede, pelo princípio da não taxatividade dos meios de prova, a utilização de outras formas de identificação pessoal (*v.g.* por meio de imagens, como fotografias ou vídeos).[17]

O que seria melhor para o acusado: submeter-se ao reconhecimento pessoal ou negar-se a isso e dar possibilidade ao Estado de buscar outros meios de identificação?

Esta questão foi muito discutida em artigo escrito pelo autor italiano Claudio Piacentini, que comentou um julgado da Corte italiana datado de 1978, quando ainda era grande a discussão sobre a possibilidade de o investigado ser conduzido coercitivamente ao reconhecimento.[18] O artigo conta um caso interessante envolvendo um ofício assinado pelo Juiz do Tribunal de Turim, que requereu a realização de um reconhecimento a um dos

---

[16] TRIGGIANI, Nicola, *Ricognizioni mezzo di prova...*, p. 113.
[17] PIACENTINI, Claudio, "In tema di rifiuto dell'imputato a sottostare...", pp. 326/336.
[18] PIACENTINI, Claudio, *"In tema di rifiuto dell'imputato...*", pp. 326/336.

Juízes de Roma. O Juiz deprecado intimou o imputado a comparecer ao Tribunal para ser submetido ao reconhecimento. O acusado recusou-se a participar do ato. O Juiz deprecado, entendendo que o acusado não tinha obrigação de comparecer, não determinou a sua condução coercitiva e solucionou o problema realizando o reconhecimento pessoal na forma fotográfica, em substituição ao presencial.

Sustentou o Juiz de Turim a nulidade do reconhecimento fotográfico, porque, no seu entender, o Juiz de Roma deveria ter conduzido o acusado coercitivamente. Afirmou o Juiz de Turim que o acusado não tem obrigação de colaborar com os órgãos investigadores, mas ele somente pode se negar quando for exigido um comportamento ativo por parte dele, um "facere", e não quando representar o sujeito passivo da realização do ato.

O argumento utilizado pelo Juiz de Turim para invalidar o reconhecimento fotográfico foi o de que o acusado, no caso do reconhecimento, é objeto de prova.[19]

Ademais, o reconhecimento pessoal fotográfico não substituiria de forma alguma o reconhecimento pessoal e, portanto, a solução encontrada pelo Juiz de Roma não teria o mesmo valor da prova que inicialmente deveria ter sido produzida. [20]

Por esses motivos, o Juiz de Turim requereu a anulação do reconhecimento fotográfico realizado pelo Juiz de Roma. No entanto, este caso acabou não sendo julgado, pois o Tribunal declarou-se incompetente.[21] Contudo, foi suficiente para se refletir sobre o tema.

Assim, permitir a ausência do acusado ao ato de reconhecimento significaria dar poderes ao Estado para buscar outras formas de identificação do imputado, muitas vezes mais perigosas e prejudiciais a este.

---

[19] PIACENTINI, Claudio, *In tema di rifiuto dell'imputato*..., pp. 326/336.

[20] PIACENTINI, Claudio, "In tema di rifiuto dell'imputato...", pp. 326/336. Refere-se ao reconhecimento fotográfico como um meio do meio de prova: "Che poi le ricognizione eseguite com formalità diverse da quelle rigorosamente stabilite dall'art. 360 non conducano a risultati probatori ugualmnete attendibili è discoros que non intacca la validitá del discorso fin qui condotto: sia perchè analogo rilievo potrebbe ripetersi anche per la ricognizione fotografica o per quella 'ad insaputta', sia perche sarà poi sempre compito del giudice valutare l'attendibilità o meno del risultato in concreto raggiunto. E proprio sotto questo angolo visuale è indubbio che la ricognizione de visu sia pure con modalità diverse da quelle dell'art. 360 c.p.p) si fa nettamente preferire alla 'ricognizione fotografica, essenco notorio come la fotografia non serva a riprodurre perfettamente la fisionomia e le fatezze di una persona anche – ma non soltanto – per le epoche diverse in cui possono essere state scattate rispetto a quelle in cui deve compierso l'atto di ricognizione ed in cui si è verificato il fatto a cui la ricognizione si riferisce." (PIACENTINI, Claudio, "In tema di rifiuto dell'imputato...", pp. 326/336)

[21] PIACENTINI, Claudio, "In tema di rifiuto dell'imputato...", pp. 326/336.

1.8. Nemo tenetur se detegere e a obrigação de o corréu servir como sujeito ativo do reconhecimento

Em se tratando de reconhecimento feito por corréu, prevalece o entendimento, tanto na doutrina como na jurisprudência italiana, de que este não é obrigado a fazer o reconhecimento do outro corréu, devendo incidir o direito ao silêncio: "Em se tratando de reconhecimento a ser efetuado por co-réu, há duas decisões, uma da Corte Constitucional e outra da Cassação, ambas de 1994, nas quais se entendeu que incide o direito ao silêncio não havendo obrigatoriedade do reconhecimento de um co-réu por outro."[22]

Isto porque, conforme julgado da Corte de Cassação italiana, por incidência do *nemo tenetur se detegere*, o corréu ou réu tem o direito a não efetuar o reconhecimento como sujeito ativo, pois não se pode impor ao corréu as obrigações da testemunha. Ressalta Maria Elisabeth Queijo, citando Gastaldo, que: "Para Gastaldo, na verdade, há incompatibilidade na exigência do reconhecimento de um corréu por outro e não propriamente faculdade de abstenção."[23]

Masimo Cereza Gastaldo, em artigo específico a respeito do reconhecimento, diferencia duas situações: o reconhecedor como testemunha e o reconhecedor como corréu.

O reconhecimento de pessoas e coisas constitui-se, em regra, numa forma especial de testemunho, sendo inegável que o reconhecedor somente descreve ao Juiz uma determinada realidade sobre os próprios sentidos e atinentes a fatos objeto da imputação, com especial relação à identidade de certa pessoa ou coisa.[24]

No entanto, é errôneo afirmar que o reconhecimento é um ato da prova testemunhal, pois o reconhecedor nem sempre figura como testemunha. É o caso da situação em que um co-imputado é chamado a realizar o reconhecimento de outro autor.

Se o reconhecedor for testemunha, terá o dever de dizer a verdade, sob pena de responder por falso testemunho.

---

[22] QUEIJO, Maria Elizabeth, *Direito de não produzir prova...*, pp. 278/279.
[23] QUEIJO, Maria Elizabeth, *Direito de não produzir prova...*, pp. 278/279.
[24] GASTALDO. Massimo Ceresa. "La ricognizione personale "ativa" all'esame della Corte costituzionale: facoltà di astensione o incompatibilità del coimputado?" *in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, anno XXXVIII, 1995, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, pp. 263/272.

Já se o reconhecedor for o próprio réu, não terá o dever de dizer a verdade, em vista do princípio do *nemo tenetur se detegere*, ou seja, não poderá ser obrigado a realizar um reconhecimento se for prejudicial à sua defesa.

Há diferença, portanto, entre a obrigação do reconhecedor-testemunha e a do reconhecedor-co-imputado. A testemunha, quando faz o reconhecimento, tem a obrigação com a verdade, devendo manifestar-se positivamente ou negativamente de acordo com a sua memória, não podendo abster-se ao ato. Diferente é a situação do co-imputado que vai realizar o reconhecimento do outro co-réu, pois tem direito ao silêncio, não podendo ser obrigado a realizar o ato.[25]

A Corte de Cassação italiana já decidiu que o reconhecedor-co-imputado tem o direito de não responder e de se opor a realizar o reconhecimento como sujeito ativo: "E portanto, assim como se extrai do princípio do *nemo tenetur se detegere* o direito do imputado de não se prestar, como sujeito passivo, ao reconhecimento, do mesmo modo (e com maior razão) não poderia não se reconhecer o correspondente direito do coimputado de não proceder ao reconhecimento"[26] (tradução livre).

Assim, a situação do imputado pode variar no ato do reconhecimento. Se for o sujeito passivo do reconhecimento, assume a qualidade de objeto de prova (como na perícia, perquisição ou inspeção pessoal); se assumir a feição de sujeito ativo do reconhecimento, será considerado órgão de prova.[27]

Quando um dos acusados é o sujeito ativo do reconhecimento, com base no princípio do *nemo tenetur se detegere*, não será obrigado a participar do ato, pois pode implicar consequências negativas à sua defesa e está amparado pelo direito ao silêncio.

---

[25] GASTALDO. Massimo Ceresa, "La ricognizione personale "ativa" all'esame della...", pp. 263/272. Ensina o autor: "dal principio Del Nemo tenetur se detegere – si conclude – deriva il diritto del coimputato o dell'imputato in um separato procedimento connesso de non prestarsi allá ricognizione attiva: cosicchè, 'sia l´imputato intraneus o extraneus rispetto al procedimento nell'ambito del quale é chiamato ad effetuare una ricognizione, l'esercizio del suo diritto al silenzio impedisce di fatto l'espletamento dell'atto" (GASTALDO. Massimo Ceresa, "La ricognizione personale "ativa" all'esame della...", pp. 263/272).

[26] GASTALDO. Massimo Ceresa, "La ricognizione personale "ativa" all'esame della...", pp. 263/272.

[27] GASTALDO. Massimo Ceresa, "La ricognizione personale "ativa" all'esame della...", pp. 263/272. Ressalta o autor que "como è stato puntualmente evidenziato in dottrina, Il diritto allá non collaborazione 'non riguarda atti quali ispezioni, o per l'appunto ricognizioni dove l'imputato non interviene come soggetto agente o parlante, ma come corpo, come oggetto di un accertamento disciplinato dalle norme processuali." (GASTALDO. Massimo Ceresa, "La ricognizione personale "ativa" all'esame della...", pp. 263/272).

1.9. Nemo tenetur se detegere e o reconhecimento no direito estrangeiro

Na Itália, a lei prevê a condução coercitiva do acusado que não comparece ao ato do reconhecimento. A jurisprudência tem se firmado no sentido de que o acusado deve participar do reconhecimento, embora não seja possível exigir que faça determinados movimentos, como rir, chorar, virar o rosto etc.: "Quanto ao reconhecimento, tem-se sustentado que o juiz pode, em decisão motivada, adotar as necessárias medidas, desde a condução coercitiva até a prisão preventiva, para evitar a fuga do acusado para subtrair-se à persecução penal. Contudo, firmou-se o entendimento de que não é possível exigir dele, no reconhecimento, que faça certos movimentos (ria, chore, faça caretas) ou tenha um comportamento ativo"[28].

Segundo a jurisprudência italiana, o acusado não está obrigado a se submeter à realização de meios de prova que exijam intervenção corporal ou um *facere*, o que não inclui o reconhecimento. O reconhecimento, na Itália, é comparado à inspeção corporal. Basta o acusado ficar estático. O que se proíbe é exigir do imputado um comportamento ativo.

Na Alemanha, há defensores no sentido de que o imputado não precisa participar do reconhecimento, porque isto contrariaria o *nemo tenetur se detegere*. Um dos argumentos utilizados é a falta de lei expressa, pois não existe, no Direito alemão, norma expressa a respeito da obrigatoriedade ou não do imputado de se submeter ao reconhecimento.

No entanto, a jurisprudência tem tratado o tema de forma rígida: o Tribunal Constitucional alemão considera que o imputado deve se submeter ao reconhecimento e, ademais, o Juiz pode alterar as características físicas da pessoa a ser reconhecida, para que ela se coloque da mesma forma que a pessoa vista no dia do crime. Assim, o Juiz pode exigir que o acusado corte o cabelo, tire ou coloque a barba, troque de vestimenta etc. Conforme Maria Elizabeth Queijo: "Tal orientação invoca, por vezes, por analogia com relação à submissão do acusado a exames, como o de sangue, e à identificação

[28] QUEIJO, Maria Elizabeth, *Direito de não produzir prova...*, pp. 278/279.

dactiloscópia. Outras vezes o fundamento é o de que tais medidas coercitivas exigem do acusado apenas uma colaboração passiva, ou seja, a tolerância."[29]

No Direito espanhol, do mesmo modo, não há norma expressa a respeito da obrigatoriedade de se submeter ao reconhecimento. Prevalece na doutrina o entendimento de que não se pode forçar um comportamento ativo no reconhecimento. Todavia, se a situação somente demandar uma tolerância passiva por parte do imputado, inexistiria qualquer ofensa ao *nemo tenetur se detegere*.

Não se pode, por outro lado, obrigar comportamentos ativos. O Tribunal Constitucional também afasta todas as provas que dependam da intervenção corporal do acusado.

1.10. Nemo tenetur se detegere e o reconhecimento pessoal auditivo por meio de voz

A discussão acerca da obrigatoriedade do imputado de se submeter ao reconhecimento difere-se quando este é pessoal e visual ou pessoal e auditivo, por meio de sua voz.

No reconhecimento pessoal visual exige-se apenas a presença física do acusado, não lhe sendo solicitado nenhum outro ato. Já no reconhecimento pessoal por voz, o acusado deve falar alguma palavra para que a sua voz seja objeto de reconhecimento.

Desse modo, no caso do reconhecimento por voz, é necessário um comportamento ativo do acusado (a ação de falar), razão pela qual não pode ser obrigado ao ato, sob pena de ofensa ao princípio do *nemo tenetur se detegere*. Compelir o acusado ao reconhecimento por voz vulneraria o direito a não se autoincriminar, pois, para a sua

[29] *Direito de não produzir prova...*, p. 284. Segundo ressaltou a autora: "A esse respeito, decidiu o Kammergericht: 'os acusados não foram obrigados a assumir uma dada expressão facial. Tiveram, pelo contrário, de ser coercivamente impedidos de – através de atitudes como: baixar ou abanar a cabeça, fechar os olhos, fazer caretas – grustras o fim do reconhecimento, impossibilitando as testemunhas de encarar a sua fisionomia em estado normal e sem perturbações. Eles não foram, assim, coagidos a uma actividade positiva e voluntária, mas apenas forçados a pôr termo à desobediência ilícita ao dever, que sobre eles impendia, de tolerância passiva'" (QUEIJO, Maria Elizabeth, *Direito de não produzir prova...*, pp. 278).

realização, pressupõe-se a vontade positiva daquele que será submetido ao meio de prova.[30]

Luiz Alfredo de Diego Díez assinala que o acusado não é obrigado a participar do reconhecimento por voz, não podendo ser conduzido coercitivamente a esse ato, porque requer uma colaboração voluntária e ativa por parte do imputado.[31]

---

[30] DIEZ, Luis Alfredo de Diego. "La voz como elemento identificador del delincuente" *in Revista del Poder Judicial*, n.º 69, Primer Trimestre 2003, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Espanha, p. 412. "No obstante al tratarse de uma aportación probatória de carácter personal que pudiera afectar al derecho a no declarar o a no confesarse culpable, cabe analizar su naturaleza para determinar si nos encontramos ante uma prueba de confesión o tiene uma naturaleza distinta. Al igual que sucede com las pruebas de alcoholemia consederamos que prestarse a facilitar la voz para que sea grabada y sometida a constraste, com otras que constan incorporadas a sistemas magnéticos para comprobar su autenticidad o identidad, no es igual que obligar al intersado a emitir uma declaración reconociendo su culpabilidad ya quem como dice el Tribunal Constitucional refiriéndose a la prueba de alcoholemia, se trata de prestar el consentimiento para que se haga a la persona objeto de 'uma especial modalidad de pericia' exigiéndole uma colaboración no equiparable a la declaración comprendida em el âmbito de los derechos proclamados em los artículos 17,3 y 24.2 de la Constituición. Uma prueba de estas características no vulnera la presunción de inocência y así lo há puesto de relieve, la Comisión Europea de Derechos Humanos en su Dictámen 8239/1979, de 4 de diciembre al declarar que la posibilidad ofrecida al inculpado de probar um elemento que lê disculpe no equivale a establecer uma presunción de inocência, puesto que, si puede parecer evidente que, siendo positivo el resultado de la prueba, puede derivarse uma sentencia condenatória, tampoco lo es menos que este mismo examen, si fuere negatibo, puede exculpar al imputado". (DIEZ, Luis Alfredo de Diego. "La voz como elemento identificador del delincuente" *in Revista del Poder Judicial*, n.º 69, Primer Trimestre 2003, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Espanha, p. 412).

[31] "La voz como elemento identificador…", p. 412. Assim afirma o autor: "a) No puede exigirse coactivamente. El logro de uma muestra de voz del imputado para que pueda procederse a su cotejo, dado que se requiere uma colaboraciõn voluntária de quél, no puede exigirse coactivamente. No porque se vulnere su derecho a la integridad física o a no autoincriminarse, sino sencillamente porque resultaria inútil al tratarse de uma actuación que requiere uma voluntad positiva del sujeto pasivo. Ello no empece para que, tal negativa, pueda llegar a valorarse em contra del acusado. La STS de 3 de noviembre de 1997 lo expresa así: ' Se trata de uma prueba que por sus características no supone uma intervención corporal propiamente dicha ya que para practicarla no es necesario realizar uma invasión de derechos propios de la persona como la intimidad personal o la integridad física. Desde el punto de vista de su agresividad corporal podemos decir que se trata de uma acción totalmente banal a la que el interessado puede prestarse sin que por ello se resientan sus derechos fundamentales.
No obstante al tratarse de uma aportación probatória de carácter personal que pudiera afectar al derecho a no declarar o a no confesarse culpable, cabe analizar su naturaleza para determinar si nos encontramos ante uma prueba de confesión o tiene uma naturaleza distinta. Al igual que sucede con las pruebas de alcoholemia consideramos que prestarse a falicitar la voz para que sea grabada y sometida a contraste, com otras que constan incorporadas a sistemas magnéticos para comprobar su autenticidad o identidad, no es igual que obligar al interessado a emitir una declaración reconociendo su culpabilidade ya que, como dice el Tribunal Constitucional refiriéndose a la prueba de alcoholemia, se trata de prestar el consentimiento para que se haga a la persona objeto de 'uma especial modalidad de pericia' exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el âmbito de los derechos proclamados en los artículos 17.3 y 24.2 de la Constitución. Una prueba de estas características no vulnera la presunción de inocência y aí lo há puesto de relieve, la Comisión Europea de Derechos Umanos em su Dictamen 8239/1979, de 4 diciembre al declarar que la posibilidad ofrecida al inculpado de probar um elemento que le disculpe no equivale a establecer uma presunción de culpabilidad contraria a la presunción de inocência, puesto que, si puede parecer evidente que, siendo positivo el resultado de la prueba, puede derivarse uma sentencia condenatória, tampoco lo es menos que este mismo examen, si fuere negativo, puede exculpar al imputado". ((DIEZ, Luis Alfredo de Diego. "La voz como elemento identificador…", p. 412.)

Logo, a negativa do acusado em expor a sua voz não implica presunção de culpa. O Juiz, diante da negativa, poderá se valer de outros meios probatórios capazes de levar à identificação da voz.[32]

Vale ressaltar que a obtenção de amostras de voz do acusado sem o seu consentimento tem sido admitida pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, *verbis*: "obter de forma encoberta amostras de voz dos suspeitos (sem conteúdo incriminatório) para cotejá-las com as duvidosas não infringe o direito daqueles de não se autoincriminar"[33] (tradução livre). Assim, é possível a colheita de amostras da voz do acusado, ainda que sem o seu consentimento, para que seja exposto ao reconhecimento.

Não pode o acusado ser obrigado a realizar o reconhecimento por voz, porque, neste caso, ele não constitui um objeto passivo; ao contrário, exige-se dele um comportamento, qual seja, o fornecimento de sua voz. Por isso, perfeitamente sustentável a aplicação do princípio do *nemo tenetur se detegere*.

2. Reconhecimento como meio de prova irrepetível e o procedimento a ser respeitado

Conforme desenvolvido no segundo capítulo deste trabalho, é o reconhecimento um meio de prova irrepetível. É ele "irreprodutível, pois não pode ser

[32] DIEZ, Luis Alfredo de Diego, "La voz como elemento identificador...", p. 413. Contrariando este entendimento, vale ressaltar que uma pequena parte dos julgados dos Tribunais espanhóis sustenta que a negativa do acusado em se submeter ao reconhecimento por voz constitui indício de culpa (DIEZ, Luis Alfredo de Diego, "La voz como elemento identificador...", pp. 412/413).

[33] DIEZ, Luis Alfredo de Diego, "La voz como elemento identificador...", p. 413. Este autor transcreveu resposta do Tribunal Europeu de Direitos Humanos em um caso em que policiais colocaram instrumentos de escuta em cela utilizada por acusado que se negou à colheita de sua voz. No caso concreto, o acusado havia se negado a oferecer sua voz para ser submetida à perícia. Assim, os policiais instalaram os equipamentos de gravação e enviaram as amostras de voz à perícia, que concluiu ser provável tratar-se da voz do acusado. Diante disto, decidiu o Tribunal Europeu: "80. En cuanto a que los demandantes se quejaron de la forma encubierta em que se obtuvieron las muestras de voz para comparar y que esto infringe su priviletio de no incriminarse a sí mismos, el Tribunal considera que las muestras de voz, que no incluían ninguna declaración incriminatoria, se pueden considerar afines a las muestras físicas como de sangre, pelo u outro cobjetivo usados em análisis forenses y as las que el privilegio de no incriminarse no se aplica (véase sentencia Saunder contra el Reino Unido de 17 diciembre 1996, Repertorio 1996-VI, pgs. 2064-65, ap. 69)" DIEZ, Luis Alfredo de Diego, "La voz como elemento identificador...", p. 414.

renovado nas mesmas condições."[34] Qualquer novo reconhecimento estará viciado, pois influenciado pelo primeiro.[35]

A realização de um reconhecimento vicia todos os outros posteriores, na medida em que necessariamente os influencia. No momento em que se vê pessoa ou coisa, uma imagem é inserida na memória do reconhecedor que o fará reconhecer aquela mesma imagem todas as vezes que for colocada na sua frente.

Sendo o reconhecimento irrepetível, a sua realização deve ser perfeita, pois não haverá lugar para nova diligência. Assim, não pode ser feito de forma açodada, exigindo bastante cautela na sua produção.

Por ser o reconhecimento um ato irreprodutível e definitivo, importa, na sua produção, atentar-se ao procedimento de realização dos meios de prova irrepetíveis.[36] Por conta disso, deve ser feito de forma a produzir elementos de prova, ou seja, sempre na presença do Juiz e das partes, respeitando o contraditório.

Caferrata Nores, ao comentar o artigo do reconhecimento de pessoas do Código de Processo Penal de Córdoba (artigo 308), afirma que devem ser aplicadas ao reconhecimento todas as formalidades próprias dos atos definitivos e irreprodutíveis.[37]

Realmente. Outra conclusão não pode existir. O reconhecimento por se tratar, na realidade, de um meio de prova irrepetível somente pode ser realizado uma vez. Por este motivo, na realização do reconhecimento, deve ser respeitado o procedimento para produção de provas irrepetíveis.

Isto significa que a sua produção deve ser realizada de acordo com o procedimento existente para a formação do meio de prova. Assim, quando se realizar um reconhecimento, deve-se realizar na presença do juiz e das partes, em respeito ao contraditório, respeitando-se o rito existente para sua realização. O ideal é que sejam

---

[34] JAUCHEN, Eduardo M. *Tratado de la prueba en matéria penal*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores, , 2009, p. 463.

[35] Nesse sentido: NÚÑEZ, Ricardo C.. *Código Procesal Penal Anotado*. Córdoba: Marcos Lerner Editora, 1986, p. 187, nota 6 al art. 208; CAFERRATA NORES, José I.. *Reconocimiento de personas (rueda de presos)*. Córdoba: Marcos Lerner Editora, 1980, p. 66; TSJ Cba, Sala Penal, "Ocampo", 19/3/71, Sent. n.º 254; Camara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correcional, Sala VI, 6/3/93; Tribunal Oral en lo Criminal 1, 30/12/92, "P.G.E." (citado por AMADEO, Sergio L. e PALAZZI, Pablo Andrés. *Código Procesal Penal de la Nación. Anotado com jurisprudencia*. Buenos Aires: Depalma, 1999, p. 344).

[36] CAFERRATA NORES, José I. *La prueba en el proceso penal. Principios generales*. Córdoba: Marcos Lerner Editora, 1996, pp. 127/128.

[37] CAFERRATA NORES, José I. *Reconocimiento de personas (rueda de presos)*. Córdoba: Marcos Lerner Editora, 1980, p. 66.

cumpridas as exigências do contraditório no momento da produção do meio de prova. Excepcionalmente, pode-se admitir o contraditório diferido em caso de urgência, quando realmente for impossível respeitar o procedimento legal no momento da produção do meio de prova, por exemplo, quando a testemunha está no leito de morte e não há tempo hábil para intimar as partes. Como explica Helena Regina Lobo da Costa, as provas irrepetíveis podem ser objeto do contraditório diferido, quando não for possível o chamamento das partes.[38]

O que é inadmissível é a realização de um reconhecimento sem o contraditório, porque não resultaria em elementos de prova.[39]

Note-se que, na Argentina, este assunto foi bastante estudado. Em 1980, José Caferata Nores sustentou, em tese de doutorado, que o reconhecimento era meio de prova irreprodutível. A partir daí, diversos doutrinadores passaram a sustentar a necessidade de se observar as regras de provas irreprodutíveis na realização do reconhecimento.

Conforme Eduardo Jauchen, para a realização do reconhecimento, deve haver a notificação das partes para que acompanhem o ato. Assim, "proíbe-se que o mesmo se pratique em segredo, possibilitando desta maneira o pleno controle das partes, dado que o mesmo é definitivo"[40] (tradução livre).

Durante o desenrolar do reconhecimento, deve-se possibilitar às partes que façam observações, indicações, perguntas e tudo o que for necessário para resguardar seus direitos. Por isso, a participação das partes é essencial.

---

[38] "Projeto de Lei 4215/2001. Provas" *in Código de Processo Penal, Comentários aos projetos de reforma legislativa*. REALE FERRARI, Eduardo (org.). São Paulo: Millenium Editora, 2003, p. 108.

[39] FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 132. No Brasil, Antonio Scarance Fernandes, a respeito das provas antecipadas, concluiu que deve haver a participação da defesa quando da sua produção, exceto em casos urgentes, em que o contraditório deve ser diferido: "No ato próprio de investigação não há razão para se exigir acompanhamento da defesa à diligência realizada pela autoridade policial, sendo suficiente o conhecimento de seu resultado registrado em auto ou termo, ou seja, não há necessidade de participação no ato, mas de conhecimento posterior do ato. Mas não se pode excluir a intervenção da defesa em atos que representem prova antecipada, exceto quando, pela urgência, não for possível a participação. Quanto aos atos de inquirição de testemunhas, se permanecerem nos autos do processo e por isso chegarem ao conhecimento do juiz, deve-se facultar a participação do indiciado. O melhor é que, com exceção dos atos irrepetíveis ou que representem prova antecipada, todos os demais sirvam apenas à acusação e ao exame judicial da justa causa da ação penal, não indo para os autos do processo." (FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 132).

[40] JAUCHEN, Eduardo M, *Tratado de la prueba...*, p. 465.

Prevê o artigo 200, do Código de Processo Penal Nacional da Argentina,[41] que os defensores das partes têm o direito de assistir o ato do reconhecimento. Idêntica regra está prevista no artigo 308 do Código de Processo Penal da Província de Córdoba.[42] O Código de Processo Penal da Província de Santa Fé também prevê um procedimento para a realização de atos irreprodutíveis, salientando a necessidade da participação da defesa.[43]

Ressalta-se, na Argentina, que o reconhecimento pode se dar antes do momento apropriado e sem a participação das partes somente em casos de extrema urgência, devendo-se respeitar as regras específicas deste tipo de prova.

Na Itália, existe incidente probatório para a produção das provas em momento anterior à fase de debates, própria para a produção probatória, sendo indispensável a presença do Juiz e o efetivo contraditório. Em Portugal, há o chamado incidente para "Declarações para memória fraca", com previsão nos artigos 194 e 271 do Código de Processo Penal.

No Brasil, há previsão para a realização do reconhecimento na fase policial e também na audiência de instrução. Isto porque, segundo o sistema brasileiro, o reconhecimento na polícia, como todos os meios de investigação, serve para formar indícios e precisa ser reproduzido em juízo para formar elementos de prova.

---

[41] Veja-se o texto legal, *verbis*: "Los defensores de las partes tendrán derecho a asistir a los registros domiciliarios, reconocimientos, reconstrucciones, pericias e inspecciones, salvo lo dispuesto en el artículo 218, siempre que por su naturaleza y características se deban considerar definitivos e irreproducibles, lo mismo que a las declaraciones de los testigos que por su enfermedad u otro impedimento sea presumible que no podrán concurrir al debate. "

[42] "Artículo 308. Derecho de Asistencia y Facultad Judicial. Los defensores de las partes tendrán derecho de asistir a los registros, reconocimientos, reconstrucciones, pericias e inspecciones, salvo lo dispuesto por el artículo 198, siempre que por su naturaleza y características se deban considerar definitivos e irreproductibles. Asimismo, podrán asistir a la declaración de los testigos que por enfermedad u otro impedimento no podrán presumiblemente deponer durante el juicio, o exista el peligro de que puedan luego ser inducidos a falsear su declaración. Se podrá permitir la asistencia del imputado o del ofendido, cuando sea útil para esclarecer los hechos o necesaria por la naturaleza del acto. Las partes podrán asistir a los registros domiciliarios."

[43] Prevê o artigo 260, do Código de Processo Penal da Província de Santa Fé, as formalidades para realização dos atos irreprodutíveis, dentre eles o reconhecimento: "Formalidades para actos irreproducibles o definitivos. Deberán constar en actas debidamente formalizadas, con expresa mención de la fecha, hora, intervinientes, firmas de los funcionarios actuantes y mención de cualquier otro dato útil a la eficiencia y acreditación de la autenticidad del documento, los operativos dirigidos a la búsqueda e incorporación de pruebas, inspecciones, constataciones, registros, requisas, secuestros, aprehensiones, detenciones, reconocimientos y toda otra diligencia que se considerara irreproducible o definitiva.
Las restantes diligencias de la investigación no guardarán otras formalidades que las exigidas por la reglamentación y por las instrucciones generales y especiales expedidas por el Ministerio Público Fiscal, salvo las que tuvieran una formalidad expresamente prevista en este Código".

Neste aspecto, há necessidade de reformulação da lei brasileira, pois o reconhecimento, enquanto ato irrepetível, deve ser realizado uma única vez, sendo respeitadas todas as exigências procedimentais, com a participação judicial e garantindo-se o contraditório. Esta proposta será melhor desenvolvida no último capítulo deste trabalho.

Cumpre observar que existem algumas exceções quanto à impossibilidade de se efetuar novo reconhecimento. Em prol da ampla defesa, admite-se a confirmação de um reconhecimento, quando há um reconhecimento positivo e, posteriormente, o reconhecedor afirma ter se confundido sobre a identidade da pessoa ou coisa reconhecida Neste caso, levando em conta o risco de ter havido um reconhecimento positivo falso, permite-se novo reconhecimento, mas como uma mera confirmação. A pessoa ou coisa é colocada na frente do reconhecedor somente para verificar se realmente houve confusão da sua parte, o que, se for confirmado, leva à alteração da conclusão do reconhecimento em favor da ampla defesa.

3. Meio de prova urgente. Incidente Probatório. Produção antecipada de prova

Levando em conta a influência que a memória pode gerar no resultado efetivo de um reconhecimento, é preciso refletir a respeito do caráter de urgência na sua produção, constituindo-se em verdadeira prova que deve ser realizada antecipadamente ou, segundo os italianos, em meio de prova urgente.

Constatando-se urgência na produção do meio de prova devido ao risco de perda dos seus elementos, deve ser produzido de forma antecipada em um processo, ou seja, em momento anterior ao previsto.

Na Itália, o artigo 392, comma 1, letra g, do Código de Processo Penal, prevê incidente probatório especificamente para o reconhecimento, nos casos em que a urgência justifica a necessidade. Este incidente processual tem a finalidade de produzir provas antecipadamente, ainda na fase de investigação preliminar.[44]

[44] Confira-se o teor do referido dispositivo legal: "1. Nel corso delle indagini preliminari il pubblico ministero e la persona sottoposta alle indagini possono chiedere al giudice che si proceda con incidente probatorio:
a) all'assunzione della testimonianza di una persona, quando vi è fondato motivo di ritenere che la stessa non potrà essere esaminata nel dibattimento per infermità o altro grave impedimento;

Ensina Capitta que a razão de urgência, tendo em vista a influência negativa que o decorrer do tempo gera no resultado do reconhecimento, deve ele ser realizado antecipadamente ao momento dos debates.[45]

Em Portugal, há dispositivo semelhante a ser utilizado em caso de prova antecipada, em especial prova testemunhal. Denomina-se "Declarações para memória fraca", previsto nos artigos 192 e 271 do Código de Processo Penal. Rezam estes artigos que, havendo risco de a testemunha falecer antes do dia da sua oitiva, deve-se realizar antecipadamente esse meio de prova, com a participação das partes e do Juiz.

O reconhecimento é uma modalidade especial de prova, sujeita a numerosos fatores de distorção. Por isso, deve ser realizado o mais rápido possível, para assegurar a sua maior confiabilidade.

A realização de um reconhecimento muito tempo após os fatos tem escassa valia probatória. Por tal motivo, o reconhecimento ultimado na fase investigatória tem maior credibilidade. No entanto, para ser válido, deve contar com a participação das partes e do Juiz.

Tendo em vista a urgência, o reconhecimento deve ser um dos primeiros atos da persecução penal. Conforme alertado por Seiça: "o contexto normal do reconhecimento verifica-se durante a investigação (inquérito e instrução) e, de facto, na maioria das

---

b) all'assunzione di una testimonianza quando, per elementi concreti e specifici, vi è fondato motivo di ritenere che la persona sia esposta a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità affinché non deponga o deponga il falso;
c) all'esame della persona sottoposta alle indagini su fatti concernenti la responsabilità di altri;
d) all'esame delle persone indicate nell'articolo 210;
e) al confronto tra persone che in altro incidente probatorio o al pubblico ministero hanno reso dichiarazioni discordanti, quando ricorre una delle circostanze previste dalle lettere a) e b);
f) a una perizia o a un esperimento giudiziale, se la prova riguarda una persona, una cosa o un luogo il cui stato è soggetto a modificazione non evitabile;
g) a una ricognizione, quando particolari ragioni di urgenza non consentono di rinviare l'atto al dibattimento.
1-bis. Nei procedimenti per i delitti di cui agli articoli 572, 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-quinquies, 609-octies, 612-bis, 600, 600-bis, 600-ter, anche se relativo al materiale pornografico di cui all'articolo 600-quater.1, 600-quinquies, 601 e 602 del codice penale il pubblico ministero, anche su richiesta della persona offesa, o la persona sottoposta alle indagini possono chiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della testimonianza di persona minorenne ovvero della persona offesa maggiorenne, anche al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1.
2. Il pubblico ministero e la persona sottoposta alle indagini possono altresì chiedere una perizia che, se fosse disposta nel dibattimento, ne potrebbe determinare una sospensione superiore a sessanta giorni.

[45] CAPITTA, Anna Maria, *Ricognizione e individuazioni* ,,, , pp. 146.

situações é durante essa fase que as diligências de identificação, em ordem a concretizar a suspeita, mais sentido fazem".[46]

Assim, sugere o autor a produção antecipada de provas, em caso de urgência, por meio do incidente de "Declarações para memória fraca".

Ressalta Seiça que a produção do reconhecimento como prova urgente é imprescindível por dois motivos: 1. porque o reconhecimento, para ser eficiente, deve ser realizado o mais rápido possível, tendo em vista a influência do tempo sobre a memória do reconhecedor; 2. porque o reconhecimento é um meio de prova irrepetível e, quando realizado na polícia, deve ter a participação das partes.

Esta sugestão de Seiça é importante e faz refletir a respeito da efetividade do reconhecimento. Para que o reconhecimento pessoal seja eficiente, é preciso que seja realizado o mais rápido possível, em razão do risco da perda de memória. Quanto mais tempo demorar para a sua realização, mais difícil será atingir a finalidade principal da prova: um reconhecimento seguro, seja ele positivo ou negativo.

---

[46] SEIÇA, Alberto Medina de. "Legalidade da prova e reconhecimentos 'atípicos' em processo penal" *in Líber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias.* ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda e ANTUNES, Maria João. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1398.
Ensina Seiça: "Por conseguinte, julgamos que, além do procedimento prescrito no artigo 147º, aos reconhecimentos efectuados antes da audiência deverá aplicar-se, com as adaptações convenientes, o regime que disciplina as *declarações para memória fraca* (cf. artigos 271º e 194º) de molde a que a informação assim obtida 'possa', se necessário, ser tomada em conta no julgamento (artigo 271º, nº 1, in fine), através da leitura de auto (ex vi artigo 356º, nº 2, alínea a) ou de outro suporte documental (gravação videográfica, p. ex.). E, em nosso entender, essa aplicação não deve cingir-se somente à situações em que o sujeito activo do reconhecimento se encontre numa das situações previstas no artigo 271º, nº 1: a doença grave ou a deslocação para o estrangeiro que previsivelmente a impeça de ser ouvida em julgamento. Para além destes casos de provável impossibilidade de obter a informação probatória, há a considerar, ainda, a já assinalada circunstância de a fiabilidade do reconhecimento pressupor, por um lado, que ela tenha lugar no mais curto prazo e, por outro, que não seja repetida. Razões que, em nosso entender, justificam o recurso ao mecanismo da 'produção antecipada da prova', permitido a título excepcional quando haja o perigo sério de perda de material probatório relevante.
Sem dúvida, esta produção antecipada não apresenta a mesma densidade em termos de imediação quando comparada com a produção de prova efectuada em julgamento: a leitura de autos nunca reproduz a experiência directa do juiz. Em nosso entender, porém, esta via permite que os reconhecimentos considerados necessários sejam, por um lado, realizados o mais cedo possível e de acordo com as regras procedimentais que comandam essa prova, aumentando a fiabilidade do acto, sem perderem, por outro, a sua capacidade probatória em sede de audiência.
Uma outra possibilidade, ainda, é a decorrente do artigo 320º, nº 1: durante os actos preliminares da fase de julgamento, ou seja, antes da audiência ter início, o 'presidente, oficiosamente ou a requerimento, procede à realização de actos urgentes ou cuja demora possa acarretar perigo para a aquisição ou a conservação da prova, ou para a descoberta da verdade', actos esses de directa valência probatória, por força do artigo 356º, nº 1, alínea a)". (SEIÇA, Alberto Medina de. "Legalidade da prova e reconhecimentos 'atípicos' em processo penal" *in Líber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias.* ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda e ANTUNES, Maria João. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1398).

Como o tempo influencia a eficácia do reconhecimento, o ideal é que ele seja realizado de pronto, em fase policial. Todavia, para que tenha validade de meio de prova, deve-se observar o rito procedimental da prova antecipada ou urgente, isto é, deve ser produzido com a participação judicial e das partes, sendo assegurado o contraditório.

Na Itália, tal questão foi objeto de debate jurisprudencial, sustentando-se a tese de que o reconhecimento não poderia ser realizado durante a instrução de debates, porque perderia o valor como elemento de prova. Assim, deveria ser realizado como medida urgente, por meio de incidente probatório, no momento mais próximo possível do fato criminoso. Explica Anna Maria Capitta: "Em linhas gerais, a aceitação de específicos atos em sede de incidente probatório, que se caracteriza como excepcional antecipação da instrução de debates, garante a plena realização do contraditório."[47] (tradução livre)

No Brasil, conforme será sugerido ao final deste trabalho, também existem dispositivos que podem ser utilizados para a realização do reconhecimento na fase de investigação. Pode-se aplicar uma das duas normas: 1. o artigo 255, do Código de Processo Penal, que trata da oitiva das testemunhas enfermas ou no leito de morte; 2. o artigo 846, do Código de Processo Civil, que trata da produção antecipada de prova.

Não se olvide que, para formar elementos de prova, há necessidade de que o meio de prova seja produzido em contraditório e com a participação do Juiz. Desse modo, independentemente do instituto a ser utilizado para realização do reconhecimento em fase anterior à judicial, o procedimento deverá sempre ser feito com a participação das partes e do Juiz.

4. Do reconhecimento em audiência. Prova testemunhal, atípica ou irritual?

É praxe no sistema judiciário o Juiz perguntar à testemunha, em audiência, se ela "reconhece" a pessoa que está ali sentada na cadeira do réu como sendo aquela vista no dia dos fatos ou, ainda, se a pessoa por ela vista encontra-se na sala de audiência.

Há dúvida quanto à natureza jurídica deste ato vulgarmente denominado de "reconhecimento por indicação".

[47] CAPITTA, Anna Maria, *Ricognizione e individuazioni* ,,, , p. 145.

Neste ato, não é observado o rito para o reconhecimento, já que a testemunha não é indagada sobre as características da pessoa e tampouco são colocadas pessoas semelhantes ao acusado como elemento de comparação. Não se pode dizer que este ato tenha natureza jurídica de reconhecimento, pois este tem um procedimento formal para sua realização, que deve ser respeitado.

Discute-se se este ato pode ser admitido no processo. Há três entendimentos a respeito: 1. não seria reconhecimento, mas apenas um ato integrante da prova testemunhal e, assim, poderia ser admitido; 2. constituiria prova atípica e, por isso, poderia ser admitida, tendo em vista o princípio da liberdade probatória; 3. tratar-se-ia de meio de prova irritual e, portanto, seria inadmissível, por desrespeito ao rito expressamente previsto para sua realização.

Quanto ao primeiro entendimento, há quem sustente que o reconhecimento por indicação realizado em audiência é meio de prova que encontra seu paradigma na prova testemunhal. No momento da arguição da testemunha, é possível indagá-la se a pessoa presente na audiência é aquela que teria sido vista no dia dos fatos. É o que afirma o autor italiano Ercole Aprile.[48]

Aprile defende esta tese partindo da diferenciação entre os atos de identificação em geral e o ato do reconhecimento previsto no Código de Processo Penal. Observa o autor que "a individuação do autor do crime é instituto diverso e autônomo em comparação com o reconhecimento formal, previsto nos artigos 213 e seguintes"[49] (tradução livre). Ressalta, ainda, que a identificação do acusado pode ser feita de várias formas, sendo o reconhecimento uma de suas modalidades. É possível realizar a identificação por meios diversos do reconhecimento, como, por exemplo, perguntar à testemunha se a pessoa sentada na sala de audiência é aquela que teria praticado a ação ilícita.

Outros autores italianos sustentam tratar-se de prova atípica.[50] Pelo princípio da liberdade probatória, estaria o Juiz autorizado a se valer de outros meios de prova que não aqueles expressamente previstos em lei. Assim, o Estado poderia buscar a identificação por qualquer meio de prova, desde que de origem lícita.

---

[48] *La prova penale*. Milão: Giuffrè, 2002, p. 63.
[49] APRILE, Ercole, *La prova penale...*, p. 63.
[50] Rivello *in* "Anche il riconoscimento informale tra le prove atipiche ammesse dal legislatore"; Rafaraci *in* "Ricognizione informale dell'imputato e (pretesa) fungibilità delle forme probatorie"; Galbusera *in* "Note sul riconoscimento informale all'udienza dibattimentale."

Nicola Trigianni, apesar de se manifestar contrariamente, afirma que a jurisprudência italiana tem se orientado no sentido de considerar válido o "reconhecimento por indicação", sob o argumento de ser prova atípica, podendo ser levado em conta para formar o convencimento judicial: "A jurisprudência de legitimidade, como durante a vigência do Código Rocco, orientou-se no sentido de considerar que o reconhecimento 'efetuado sem o respeito à formalidade prevista em lei' pode 'ser utilizada para a formação do convencimento do juiz".[51] (tradução livre).

Grande parte da jurisprudência italiana afirma tratar-se de mero ato de identificação direta, que não se confunde com o reconhecimento propriamente dito e regulado na lei, sendo perfeitamente admissível como meio de prova: "Portanto, é considerado válido e processualmente utilizável o reconhecimento operado em audiência pela pessoa ofendida, no curso do exame testemunhal, nos confrontos do imputado presente, exibido sozinho, sem a presença de outras pessoas semelhantes: também na vigência do novo código, teria validade o princípio segundo o qual 'esse reconhecimento é distinto daquele reconhecimento verdadeiro e próprio, constituindo aquele um ato de identificação direta efetuada mediante declarações orais sem a observância da formalidade prescrita pelo dito reconhecimento"[52] (tradução livre).

Assim, aqueles que admitem o "reconhecimento por indicação", entendem que o Estado pode buscar diferentes formas de identificação, como a prova testemunhal ou qualquer outro meio de prova, desde que não ilícito.

O primeiro posicionamento insere esta prática como um momento da prova testemunhal, já que o testemunho é examinado sobre fatos que constituem objeto de prova. O segundo afirma tratar-se de meio de prova atípico, perfeitamente admissível pelo princípio da não taxatividade dos meios de prova ou da liberdade probatória. [53]

No entanto, apesar deste posicionamento ter vicejado nas Cortes italianas, o próprio doutrinador Nicola Trigianni posiciona-se contrariamente ao reconhecimento por indicação como meio de prova válido, que poderia embasar o convencimento judicial.

Para o autor, ainda que o Código tenha prescrito a liberdade probatória, isto não significa que o Juiz está livre para qualificar como atípico o meio de prova realizado

---

[51] TRIGIANNI, Nicola. *Ricognizzione* ... , p. 175.
[52] TRIGIANNI, Nicola, *Ricognizzione...*, pp. 175/176.
[53] TRIGIANNI, Nicola, *Ricognizzione...*, p. 177.

sem respeito ao procedimento legal. Conclui, dessarte, que o "ato de identificação direta realizado em audiência" é prova irritual[54].

Diz o autor "em outras palavras, o juiz não pode modificar o modelo predisposto pelo legislador para aceitar determinada prova e, por conseqüência, qualificar o ato como atípico. (...) para admitir uma prova atípica observa-se, de fato, que falta um meio probatório típico idôneo a conseguir o mesmo resultado. Nesta espécie, qualificar ato de identificação direta um ato recognitivo efetuado em debates, sem respeitar a formalidade prevista nos artigo, 213 e seguintes, é o mesmo que um escamotage terminológico, um mero expediente lexical para acrescentar à disciplina prevista pelo legislador e para justificar, portanto, a prova irritualmente adquirida" [55] (tradução livre).

Razão assiste à doutrina italiana. O "reconhecimento por indicação" não pode ser visto como prova testemunhal. Apesar de grandes pontos de contato entre o reconhecimento e a prova testemunhal, uma vez que ambos dependem da memória, não são meios de prova idênticos Assim, o "reconhecimento por indicação" deve ser visto como meio de prova irritual, anômalo.[56]

O reconhecimento, na sua história, já compôs a prova testemunhal. No entanto, com o desenvolvimento dos estudos, ele foi inserido como um meio de prova independente, com um procedimento próprio para sua realização. Após muitos estudos e discussões, criou-se um procedimento com 4 fases para sua produção, sendo que cada uma tem uma explicação para existir. Considerar o "reconhecimento por indicaçao" como integrante da prova testemunhal e voltar atrás nos tempos de discussão.

Assim, o "reconhecimento por indicação" deve ser visto como um meio de prova irritual, anômalo.[57]

---

[54] TRIGIANNI, Nicola, *Ricognizzione...*, p. 177.

[55] TRIGIANNI, Nicola, *Ricognizzione...*, p. 181. O autor cita diversos outros doutrinadores que se manifestaram no mesmo sentido, como V. Galbusera, P. Cirvi, M. Nobili e C. Pansini. F. Carneluti já manifestava o mesmo entendimento: "não se pode tornar inominada a prova nominada somente porque não apresenta os requisitos previstos pela lei. Se determinadas provas são nominadas, deve o juiz respeitar o rito previsto." ("A proposito di ricerca della verità" *in Riv. Dir. proc.*, 1960, p. 675.)

[56] TRIGIANNI, Nicola, *Ricognizzione...*, p. 186.

[57] TRIGIANNI, Nicola. *Ricognizzione* ... , p. 186. Para Trigiani, a "'prova' adquirida pela identificação informal do imputado efetuada durante a oitiva da testemunha deve ser considerada 'anômala', realizando – como foi eficazmente observado – 'alguma coisa similar e uma trufa de etiqueta', enquanto comporta a utilização de um meio de prova típico (a testemunha), que atinge um determinado resultado, para obter ao contrário o resultado de um diferente meio de prova, este típico (o reconhecimento)."

Há, ainda, um vício no "reconhecimento por indicação", decorrente do sugestionamento da testemunha que vê o réu na audiência, o que a induz a efetuar um reconhecimento positivo.

No Brasil, a doutrina tem defendido a tese de que se trata de meio de prova irritual. Nesse sentido, Antonio Magalhães Gomes Filho e Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró ressaltaram que este "apontamento do acusado em audiência" deve ser considerado prova irritual, pois se procura fazer um reconhecimento, sem observar o rito existente para sua realização[58].

Segundo os autores, esta praxe induz ao reconhecimento positivo do réu e não envolve o mesmo procedimento de memória existente no reconhecimento disciplinado no Código de Processo Penal: "O reconhecimento pessoal, tal qual disciplinado no CPP, envolve uma percepção presente e uma pretérita. Há, também, um ato de memória, invocando percepções guardadas na memória, para compará-las como percepções atuais. A única forma de se conferir a percepção pretérita bem como a correspondência entre o confronto das percepções é com a descrição da percepção pretérita, o que não ocorre na simples indicação ou apontamento do acusado. Ao mais, mormente no caso em que o acusado está algemado na sala de audiência, há um forte componente da sugestionabilidade no apontamento, retirando-lhe qualquer valor probatório."[59]

No mesmo sentido, ensina o autor português Alberto Medina de Seiça. Aduz este jurista que o reconhecimento por indicação feito em audiência não é prova atípica, porque existe procedimento específico para a realização do reconhecimento, o qual deve ser respeitado, sob pena de nulidade.[60]

O autor estuda detalhadamente o problema dos reconhecimentos realizados em audiência, sem a obediência ao rito legal, quando somente se pergunta ao arguido se conhece ou não a pessoa ali presente na audiência. Para Seiça, não se trata de meio de prova atípico em nenhuma de suas vertentes: liberdade probatória e fungibilidade das formas probatórias.

---

[58] GOMES FILHO, Antonio Magalhães e BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. "Prova e sucedâneos de prova...", p. 192.
[59] GOMES FILHO, Antonio Magalhães e BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. "Prova e sucedâneos de prova...", p. 192.
[60] SEIÇA, Alberto Medina de, "Legalidade da prova e reconhecimentos 'atípicos'"..., pp. 1412/1413.

Sob o ponto de vista da legalidade da prova, não se pode "admitir como válidos reconhecimentos feitos em audiência sem o respeito das regras procedimentais prescritas sob o pretexto de essa prova não ser proibida, ou que no sistema o catálogo das provas não é taxativo". Isto porque os reconhecimentos informais não podem ser entendidos como provas atípicas, pois "representam um desvio não permitido do figurino probatório previsto pelo legislador *expressis verbis*. Aceitar o contrário, seria, como já foi dito a propósito de contextos normativos e realidades aplicativas muito similares, 'uma *escamotage* terminológica, um mero expediente lexical para contornar a disciplina prevista pelo legislador e para justificar, assim, a prova irritualmente adquirida'."[61]

Quanto à segunda vertente, da fungibilidade das formas probatórias, tampouco se admite essa praxe porque não se pode legitimar um reconhecimento que não respeita o rito legal: "não é legítimo considerar como testemunho um reconhecimento que não cumpre os cânones previstos no artigo 147º. Isto pressuposta a necessidade efectiva da identificação a que o mesmo artigo faz expressa referência: 'quando houver necessidade de proceder ao reconhecimento de qualquer pessoa', circunstância esta que, como a jurisprudência tem sublinhado com razão, não pode existir. Verificada, porém, essa necessidade, surge o dever de produzir a prova prescrita pelo legislador como a mais idônea para o esclarecimento desse concreto tipo de enunciado, na medida em que nela se condensa um conjunto de regras que a lei, fundada na experiência histórica e nos contributos das ciências empríricas, considera como *standards* mínimos da fiabilidade dessa mesma prova".[62]

Portanto, o reconhecimento realizado em audiência deve seguir o rito previsto na lei para o reconhecimento pessoal, com algumas ressalvas: "De facto, nos termos do n.º 4 desse preceito, 'se houver razão para crer que a pessoa chamada a fazer a identificação pode ser intimidada ou perturbada pela efectivação do reconhecimento e este *não tiver lugar em audiência*, deve o mesmo efectuar-se, se possível, sem que aquela pessoa seja vista pelo identificando'. Como resulta claro do teor normativo, só a possibilidade de reconhecimento oculto se encontra afastada da audiência. Todas as restantes regras, muito mais decisivas, aliás, para a validade epistemológica da identificação, aplicam-se aos reconhecimentos efectuados em audiência."[63]

---

[61] SEIÇA, Alberto Medina de, "Legalidade da prova e reconhecimentos 'atípicos'"..., pp. 1412/1413.
[62] SEIÇA, Alberto Medina de. *"Legalidade da prova e reconhecimentos 'atípicos'"*..., pp. 1412/1413.
[63] SEIÇA, Alberto Medina de. *Legalidade da prova e reconhecimentos "atípicos"* ... , p. 1396/1397.

Realmente, a prova que contraria a lei não pode se tornar atípica pela simples admissão do princípio da não taxatividade dos meios de prova e do livre convencimento judicial. Caso haja procedimento expresso em lei para a realização do meio de prova, este deve ser respeitado.

No caso do reconhecimento de pessoas, trata-se de meio de prova típico, que apresenta diversas formalidades e cautelas que devem ser observadas. Assim, o reconhecimento informal realizado em audiência pode prejudicar de forma irreversível o imputado. É claro que há sugestionamento no reconhecimento por indicação. Dificilmente uma testemunha irá formular reconhecimento negativo de alguém que se encontra sentada no banco dos réus.

As quatro fases existentes para a realização do reconhecimento têm uma explicação para sua existência. Há razões da Psicologia que explicam a necessidade dessas fases, em virtude da natureza psicológica do reconhecimento.

A primeira fase resulta da necessidade de se ativar a memória do reconhecedor e, por meio dela, constata-se o grau de atenção do sujeito ativo. A segunda fase evita sugestionamentos no ato, pois a colocação de outras pessoas de características semelhantes serve para produzir outros elementos de comparação e constatar o grau de certeza do reconhecedor. A terceira fase é justamente o momento em que o reconhecedor vai indicar, entre as pessoas ali expostas, qual seria a envolvida. A quarta fase documenta todas as anteriores.

A respeito de um reconhecimento sem a primeira fase, alerta Nores que "a falta de descrição prévia serve para um controle da autenticidade da imagem mental originariamente percebida pelo reconhecedor, o que tornará impossível verificar se é autêntica, (ou seja, objetivamente correspondente) à concordância entre a imagem da pessoa identificada e a que o reconhecedor obteve durante o fato delitivo."[64]

Resume Cafferata Nores o risco do "reconhecimento por indicação", visto que os reconhecedores "não tiveram a possibilidade de confrontar suas lembranças com outras imagens 'semelhantes', para diferenciá-los delas e depois selecionar uma coincidente com

[64] NORES, José I. Cafferata, op. cit., p. 100.

essa lembrança, e desse modo poder realizar, em maior ou menor medida, o juízo comparativo que poderia ser positivo ou não."[65]

Nenhuma das fases pode deixar de ser realizada devido à importância de cada uma. Assim, um ato de identificação realizado sem qualquer uma das quatro fases implicaria alto grau de sugestionamento, sendo alta a probabilidade de erro ou falsidade no reconhecimento. Ercole Aprile assim explica: "Trata-se, portanto, de uma prova cujo resultado pode ser determinante para a decisão: É por tal razão que o legislador, com o fim de evitar possíveis erros ou formas sugestivas, e de salvaguardar assim a genuidade dos seus efeitos, estabelece uma modalidade de execução muito detalhada, cujo respeito está prescrito sob pena de nulidade"[66] (tradução livre).

Por outro lado, dizer que o réu pode se abster deste risco, deixando de comparecer à audiência, significaria tolher diretamente o seu direito de defesa, que abrange o direito de estar presente nas audiências, inclusive auxiliando o seu defensor nas perguntas ou reperguntas às testemunhas.

5. A prática policial do álbum de fotografias

É fato corriqueiro nos Distritos Policiais o recebimento de notícia de crime sem o mínimo de elementos acerca da autoria. Esta falta de dados dificulta, senão impede, o início das investigações, pois há que se ter elementos de identificação de algum suspeito, para se direcionar a investigação contra alguém.

Nos casos em que a Polícia não tem informações sobre a autoria, ela costuma se valer de meios variados de busca de elementos de identificação, como, por exemplo, o álbum de fotografias, gravações em vídeo, análise de DNA etc. Servem estes meios para dar impulso à investigação.

Com relação ao álbum de fotografias, trata-se de prática bastante comum que consiste em mostrar álbum de fotos para a vítima, a fim de que verifique se a foto do autor do crime ali se encontra.

---

[65] NORES, José I. Cafferata, op. cit., p. 100.
[66] "La prova penale" *in Pratica Giuridica, Dottrina e giurisprudenza nella casuistica*. Seconda serie diretta da O. Fanelli, 2ª edição, Giuffrè editore, Milão, 2002, p. 219.

O Tribunal espanhol, por vezes, tachou essa forma de reconhecimento como sendo prática irregular (STS de 17 de setembro de 1988)".[67] No entanto, o Alto Tribunal espanhol reconheceu a possibilidade do reconhecimento fotográfico em duas situações: (I) quando se desconhece a identidade do autor do fato punível e (II) quando for a única forma de as testemunhas presenciais contribuírem para a identificação da autoria delitiva.[68]

Segundo Luis Alfredo de Diego Díez, o STS, de 1º de outubro de 1996, fez constar no texto do julgado: "As atuações encaminhadas à identificação do possível autor de um fato punível iniciam-se normalmente pela Polícia Judiciária, que parte das fichas policiais fotográficas dos suspeitos envolvidos, mostradas às vítimas ou testemunhas presenciais para sua possível identificação"[69] (tradução livre).

Jacobo López Barja de Quiroga assinala que a fotografia pode ser um método para dar início a uma investigação.[70] José Caferata Nores, a seu turno, afirma que, especialmente na luta contra a delinquência profissional, este procedimento é o principal meio para se conseguir individualizar os autores e partícipes da conduta criminosa.[71]

Para Nicolás Schiavo, o álbum de fotografias é um "procedimento por meio do qual se convida o denunciante (testemunha) a observar um livro onde se encontram fotografias de certo número de 'suspeitos de determinada zona', com a finalidade de manifestar se reconhece algum daqueles"[72] (tradução livre).

Luis Alfredo de Diego Diez também ressalta ser "relativamente freqüente que a primeira identificação do presumido autor do fato delitivo se realize nas dependências policiais a partir da exibição às testemunhas de álbuns fotográficos de delinqüentes"[73] (tradução livre).

---

[67] DIEZ, Luis Alfredo de Diego. *Identificación fotográfica y reconocimiento en rueda del inculpado*. Barcelona: Editora Bosh, 2003, p. 29.
[68] DIEZ, Luis Alfredo de Diego, *Identificación fotográfica y reconocimiento…*, p. 29.
[69] *Identificación fotográfica y reconocimiento…,* p. 29.
No mesmo sentido: "...a Polícia Judicial se vê facultada a praticar reconhecimentos fotográficos (...,) como atividade própria da polícia científica e medida inicial de investigação, exigindo às vítimas ou testemunhas dos fatos fotografias de seus arquivos, com o propósito de individualizar os possíveis culpados, que não estejam e nem podem estar presentes" (tradução livre) (AROCENA, Gustavo A. "El reconocimiento por fotografia, las atribuciones de la Policía Judicial y los actos definitivos e irreproductibles" *in Temas de derecho procesal penal (contemporâneos)*, editorial Mediterránea, Córdoba, 2004, p. 89).
[70] *Instituciones de derecho procesal penal*. Madri: Akal/Iure, 1999, p. 308.
[71] *La prueba en proceso penal…*, pp. 124/125.
[72] "El álbum de sospechosos. Del reconocimiento impropio a los impropios reconocimientos" *in Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, fascículo 2, Editora Lexis/Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 230.
[73] *Identificación fotográfica y reconocimiento...,* p. 27. A utilização freqüente dos álbuns de fotografias foi também observada pelos Tribunais espanhóis, em especial pela STS, de 1 de outubro de 1996 (FJ 3.2), que

Esta prática policial tem sido admitida somente nas hipóteses em que não se tem nenhum dado do autor do delito. O Alto Tribunal espanhol, após duras críticas, acabou por reconhecer a regularidade desta medida, quando não houver outro meio de identificação.

Saliente-se que o álbum de fotografias deve ser utilizado subsidiariamente em relação aos outros meios de identificação, ou seja, não havendo nenhum outro meio apto a identificar o suspeito, permite-se o uso do álbum de fotografias.

O autor portorriquenho Ernesto Chiesa Alponte, em estudo específico sobre o tema, aponta as hipóteses de utilização do álbum de fotografias. A uma, quando, por razões alheias ao controle dos agentes públicos, não foi possível realizar reconhecimento pessoal. A duas, quando não houver suspeito do ato delitivo. A três, quando, existindo suspeito, este se negar a participar do reconhecimento pessoal ou a sua atuação impedir que o reconhecimento pessoal seja feito adequadamente.[74]

A identificação fotográfica tem caráter subsidiário, sendo admitida quando não se puder realizar o reconhecimento pessoal, ou porque ainda não existe nenhum suspeito ou porque, ainda que exista suspeito, este não está disponível para participar de um reconhecimento de identificação ou, por fim, por alguma outra circunstância justificada.[75]

Há quem conteste veementemente a identificação por meio de álbum de fotos, pois seria vedada constitucionalmente, uma vez que implicaria atuação ilícita do Estado.[76]

Nicolás Schiavo, ao se referir à identificação por álbum de fotos, considera ser método impróprio dentro de um Estado de Direito. O autor chega a esta conclusão com base em dois elementos: 1. há diferença entre elemento de investigação e elemento de prova, sendo que somente estes últimos podem ser considerados pelo Juiz ao proferir um julgamento; 2. legalidade de determinados meios de investigação (reconhecimentos próprios e impróprios *versus* impróprios reconhecimentos).[77]

O álbum de fotos tem, portanto, a estrita finalidade de buscar elementos de identificação, para se dar início à investigação. Vale observar que os elementos fornecidos

---

assim fez constar: "As atuações encaminhadas à identificação do possível autor de um ato punível iniciam-se normalmente pela Polícia Judicial que parte de fichas policiais fotografias dos suspeitos que são mostradas às vítimas ou testemunhas presenciais para sua possível identificação."

[74] Citado por DÍEZ, Luis Alfredo de Diego, *Identificación fotográfica y reconocimiento...,* p. 31.

[75] DÍEZ, Luis Alfredo de Diego. *Identificación fotográfica y reconocimiento... ,* p. 32.

[76] SCHIAVO, Nicolás, "El álbum de sospechosos. Del reconocimiento impropio...", p. 231.

[77] SCHIAVO, Nicolás, "El álbum de sospechosos. Del reconocimiento impropio...", p. 230.

pela utilização do álbum não podem ser utilizados em Juízo, visto que não foram produzidos com a participação do Juiz e não se assegurou o contraditório às partes. Para Alfredo de Diego "trata-se de um meio legítimo de investigação policial, que carece de valor probatório"[78], salvo se for confirmado por meios legítimos de prova. Nicolás Schiavo diferencia os reconhecimentos próprios dos impróprios. Os primeiros são aqueles realizados conforme a lei, com contraditório e respeito ao rito pré-estabelecido. Os reconhecimentos impróprios são realizados na fase de investigação, sem a presença das partes. Conclui o autor que somente formam elementos de prova os reconhecimentos próprios, que podem ser levados em conta pelo Juiz ao proferir sentença.[79]

O álbum de fotos tem, portanto, a estrita finalidade de buscar elementos de identificação para se iniciar uma investigação. Vale repisar que os dados obtidos a partir do álbum não podem ser utilizados em Juízo, pois não foram produzidos com a participação do Juiz e não se assegurou o contraditório às partes. Trata-se de meio legítimo de investigação policial, que carece de valor probatório, salvo se for confirmado por meios legítimos de prova. [80]

O Supremo Tribunal espanhol (STS) decidiu, em 14 de fevereiro de 2001 (RJ 2001/1259), que a identificação fotográfica é um mero ponto de arranque para uma investigação policial. Em 1º de março de 2002 (RJ 2002/4331), a STS afirmou que se trata de mera atividade de orientação da investigação efetuada pelas forças policiais.

A Corte Constitucional da Espanha decidiu, na STC 40/1997 (FJ 3), que a identificação fotográfica pode ser admitida na Polícia, apenas para fins de identificação, não servindo de meio de prova, porque não é realizada conforme as garantias da imediação e contraditório.[81]

Para Luis Alfredo de Diego Díez, a ausência de valor probatório da identificação fotográfica resulta de várias circunstâncias, quais sejam: 1. provisoriedade e acessoriedade; 2. falta de contraditório; 3. valoração da identificação fotográfica por outros meios de prova.[82]

---

[78] DÍEZ, Luis Alfredo de Diego. *Identificación fotográfica y reconocimiento... ,* p. 27.
[79] SCHIAVO, Nicolás, "El álbum de sospechosos. Del reconocimiento impropio...", p. 231.
[80] DÍEZ, Luis Alfredo de Diego, *Identificación fotográfica y reconocimiento...,* p. 27.
[81] DÍEZ, Luis Alfredo de Diego, *Identificación fotográfica y reconocimiento...,* p. 35.
[82] *Identificación fotográfica y reconocimiento...,* pp. 36/37.

Trata-se de meio provisório e acessório que somente tem a finalidade de iniciar a investigação e auxiliar na busca de outros meios de identificação, como o reconhecimento, em respeito ao procedimento legal.

Conforme decidiu a STS, em 1 de outubro de 1994 (FJ 3.2), a identificação fotográfica é provisória porque "este procedimento não tem mais valor do que o de abrir uma linha de investigação que pode culminar ou não com a detenção da pessoa suspeita. Uma vez que se realize a sua detenção, a única prova de identificação válida é a que se realiza ante o Juiz e com observância das garantias estabelecidas na lei processual" (tradução livre).

É também acessória porque, segundo o mesmo julgado, "...uma primeira identificação por fotografia ou por visualização direta do suspeito pode resultar pouco consistente na hora de esgrimi-la como instrumento probatório de peso, pelo que resulta prudente que esta primeira impressão se reforce ou desvaneça em condições mais seguras, como as que se derivam de situar a pessoa reconhecida em roda ou grupo de pessoas de circunstâncias exteriores semelhantes" (tradução livre).

Assim, é unânime na Espanha o entendimento de que a identificação fotográfica não tem valor de prova, servindo apenas para amparar uma investigação. Para que tenha valor probatório, deve, em fase judicial, ser realizado o reconhecimento pessoal. A STS, em 17 e 28 de dezembro, decidiu que, por regra, um reconhecimento meramente fotográfico não será suficiente se não for seguido do reconhecimento pessoal realizado em juízo.

A ausência de valor probatório da identificação fotográfica também se dá pela falta de contraditório na sua realização.

5.1. Diferenças entre a identificação por álbum de fotos e o reconhecimento pessoal e visual por meio de fotografia

Há que se diferenciar a identificação fotográfica do chamado reconhecimento fotográfico, que será mais adiante desenvolvido.

A identificação fotográfica, antes examinada, é a prática policial de colocar álbum de fotos diante da vítima ou testemunha, para que informe se alguma daquelas fotos corresponderia à pessoa vista no dia dos fatos. Diferentemente, o reconhecimento fotográfico é aquele realizado por um método de comparação de fotos de pessoas semelhantes, isto é, com as mesmas características.

Na identificação fotográfica, não existe suspeito do crime. Já no reconhecimento fotográfico há um suspeito e são utilizadas fotos de pessoas com características semelhantes a ele. No caso da identificação fotográfica, não há qualquer elemento de autoria. No reconhecimento fotográfico, ao contrário, já existe algum indício de autoria.

Ademais, enquanto o reconhecimento fotográfico tem a natureza jurídica de meio de prova; a identificação fotográfica representa meio de investigação.

Assevere-se que a identificação fotográfica não é reconhecimento em sentido estrito. Ela tem a única finalidade de dar impulso à investigação, quando não se tem nenhum elemento de autoria. É somente uma das formas de identificação, diversas do reconhecimento.

Jose I. Cafferata Nores diferencia os dois institutos, denominando identificação fotográfica como "recorrido fotografico", referindo-se à exibição de álbuns fotográficos que a polícia realiza.[83]

O referido autor ressalta que o "recorrido fotografico" não é reconhecimento fotográfico, porque este pressupõe a existência de um suspeito, que se submete ao reconhecimento nas excepcionais circunstâncias permitidas.[84] Diferente é o álbum de fotografias, pois visa encontrar algum suspeito, sendo utilizado quando se desconhece absolutamente ou se têm dados insuficientes do mesmo para supor de quem se trata.[85]

Para Nicolás Schiavo, a identificação fotográfica não pode ser considerada reconhecimento, seja próprio ou impróprio. Isto porque há uma diferença muito grande entre esses tipos de reconhecimento e a identificação por álbum de fotos. No

---

[83] *Reconocimiento de personas...*, p. 82.
[84] NORES, José I. Cafferata, *Reconocimiento de personas...*, p. 82.
[85] NORES, José I. Cafferata, *Reconocimiento de personas...*, 82.
Conclui o autor, em apertada síntese, que a diferença entre os dois institutos reside, basicamente, no fato de que "o reconhecimento judicial pressupõe seu sujeito individualizado e a identificação, ao contrário, falta a individualização" (tradução livre) (NORES, José I. Cafferata, *Reconocimiento de personas...*, p. 84).

reconhecimento, o Estado já tem um suspeito, o que falta na identificação por álbum de fotos. [86] Isto porque "a diferença estabelecida no ponto anterior entre reconhecimentos próprios e impróprios, sustentando a validade de ambos, com as limitações das conseqüências jurídicas que podem emergir de cada caso, não importa de forma alguma validar os chamados 'reconhecimentos em roda por álbum de fotos'."[87]

5.2. Críticas à utilização do álbum de fotografias

O álbum de fotografias é muito criticado, porque o Estado preleciona um grupo de pessoas como sendo "suspeitas" de qualquer crime que eventualmente venha a ocorrer.

O álbum de fotografias é uma prática que não se assemelha ao reconhecimento, seja este próprio ou impróprio. Isto porque no álbum de fotografias há um número muito grande e uma diversidade enorme de pessoas, que sofrem o risco de serem reconhecidas simplesmente por estarem presentes no álbum.[88]

Na Argentina, a Associação Civil Miguel Bru, representada por Rosa Schoenfeld de Bru, apresentou ação contra o Ministério de Segurança da Província de Buenos Aires, para o fim de se reconhecer a inconstitucionalidade do Decreto n.º 2019/1967 (AIJA1967-A-758) e da ordem do dia n.º 19774, que autorizava a confecção de álbum de fotografias, requerendo que as Delegacias destruíssem os álbuns existentes e não confeccionassem outros. Sustentou-se que referidos álbuns ofendiam o texto constitucional, pelo fato de haver uma presseleção de pessoas suspeitas.

Demonstrou-se, ainda, que esses álbuns, apesar de utilizados sob o argumento de combate ao delito, dentro do contexto da segurança cidadã, não levam a resultados eficazes nessa luta. Também muito se criticou o fato de não haver controle judicial desses álbuns de fotos, o que permite uma utilização livre e arbitrária por parte da Polícia.

---

[86] SCHIAVO, Nicolás, "El álbum de sospechosos. Del reconocimiento impropio...", p. 232.

[88] SCHIAVO, Nicolás, "El álbum de sospechosos. Del reconocimiento impropio...", p. 233.
Para Nicolás Schiavo, o "Estado se encontra vedado de presselecionar um grupo de cidadãos para dirigir a persecução penal de determinados fatos sobre ele por meio do sistema de reconhecimento por álbum fotográfico" (tradução livre) (SCHIAVO, Nicolás, "El álbum de sospechosos. Del reconocimiento impropio...", p. 233).

Deixou estabelecido com clareza o Defensor Geral da Cassação Penal da Província de Buenos Aires que "a única forma de utilizar fotografias de pessoas dentro de um processo penal, como meio de prova, é aquela do reconhecimento por meio de roda de pessoas, que será realizado a pedido de autoridade judicial competente e em respeito às garantias do devido processo e da ampla defesa, reconhecidas arts. 1, 18, 33 e 75 inc. 22 CN. (LA 1995-A-26), em relação aos artigos XXVI DADDH (LA 1994-B-1607), 10 DUDH (LA 1994-B-1611), 8.1. CADH (LA 1994-B-1615), 14 PIDCYP (LA 1994-B-1639) y 11 y 25 Const. Prov. Buenos Aires (LA 1994-C-3809)"[89] (tradução livre).

Esta causa foi suspensa em 7 de junho de 2005, porque as partes entraram em acordo nos seguintes termos:

a) Que fosse determinada a todas as dependências de polícia de Buenos Aires a remessa dos álbuns ou registros fotográficos ali existentes para a Fiscalía de Câmara de cada Departamento Judicial, dentro do prazo de 24 horas, a contar da data que recebessem a determinação;

b) Que se proibisse expressamente a utilização de fotografias ou a extração de cópias para uso nas dependências policiais, considerando-se este fato uma falta grave;

c) As autoridades policiais poderão tirar fotos de pessoas presas somente para fins de identificação, devendo consignar o motivo da detenção e enviar a ficha e a fotografia da pessoa, com seus negativos, à Direção de Antecedentes do Ministério da Segurança;

d) Dar-se-á conhecimento à Procuradora da Suprema Corte da Província de Buenos Aires sobre a remessa dos álbuns de fotos às Fiscalias da Câmara;

e) Suspender os prazos processuais por 30 dias.[90]

[89] SCHIAVO, Nicolás, "El álbum de sospechosos. Del reconocimiento impropio...", p. 235.
[90] SCHIAVO, Nicolás, "El álbum de sospechosos. Del reconocimiento impropio...", p. 235.

6. Do reconhecimento por videoconferência

O reconhecimento de pessoas pode ser feito visualmente de forma presencial, visualmente de forma não presencial ou por meio de outros sentidos, como a audição.

Tendo em vista o risco de distorção existente nas imagens, deve-se sempre preferir o reconhecimento pessoal visual de forma presencial. Assim, somente subsidiariamente deve-se recorrer ao reconhecimento por imagem, quando não for possível realizá-lo de forma presencial.

6.1. Conceito de videoconferência

A videoconferência é um sistema de comunicação interativo que transmite simultaneamente a imagem, o som e os dados, permitindo uma comunicação bidirecional plena, em tempo real.[91] A videoconferência permite a realização de atos processuais, sem a necessidade de os intervenientes estarem fisicamente presentes no mesmo lugar.[92]

Juan Carlos Ortiz Pradillo define videoconferência como sendo "um sistema de comunicação à distância, capaz de transmitir, em tempo real, a imagem, o som e os dados, entre pessoas situadas em dois ou mais lugares distintos, através da linha telefônica, fibra ótica ou via satélite."[93] (tradução livre).

Tal sistema é utilizado somente como método alternativo de comunicação, nas hipóteses em que o método comum, que exige a presença física das partes, não pode ser realizado.

A videoconferência constitui um método bastante eficaz de realização de atos processuais, quando a presença física das partes não for essencial e não intervir no resultado do ato. No entanto, algumas observações devem ser feitas quanto à utilização

---

[91] AMAYA, José de la Mata. "La utilización de la videoconferencia en las actuaciones judiciales" *in Revista Actualidad Penal*, n.º 47/48, dezembro de 2002, p. 1268.
[92] AMAYA, José de la Mata, "La utilización de la videoconferencia...", p. 1268.
[93] "El uso de la videoconferência em el proceso penal español" *in Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 67, 2007, pp. 175/176.
No mesmo sentido, HABER, Carolina Dzimidas. "A produção da prova por videconferência" *in Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 82, janeiro/fevereiro 2010, p. 189.

deste método em atos processuais, cuja presença física de uma das partes mostra-se essencial. É o caso do reconhecimento.

6.2. Dos benefícios da videoconferência

A videoconferência tem sido bastante utilizada para determinados atos processuais, como o interrogatório e a oitiva de testemunhas. Apesar de restringir direitos fundamentais, são vários os motivos que levam ao emprego deste método, sendo os principais a celeridade e o melhor acesso à Justiça, diminuição de riscos de fuga e dos custos de transporte de presos e a segurança da sociedade e dos presos. Também se utiliza esta medida nas hipóteses de réus ou testemunhas distantes ou doentes, impossibilitadas de comparecer à audiência.

Para a utilização da videoconferência, exige-se, além da observância da subsidiariedade, uma lei que regulamente o seu procedimento. No Brasil, o tema foi objeto da Lei n.º 11.900/09, que alterou algumas regras do Código de Processo Penal, admitindo a possibilidade de interrogatório por videoconferência (artigos 185, §2º, incisos I ao IV).[94] A nossa lei não trata especificamente do reconhecimento por videoconferência.

6.3. Questões relacionadas à videoconferência: perda de contato pessoal e problemas técnicos

A videoconferência nunca será capaz de substituir o contato pessoal na sala de audiências. A percepção que a presença física proporciona não é igual e nem comparável à virtual. É o que os americanos denominam de "*smell to fear*".[95]

---

[94] Segundo consta do artigo 185, §2º, é possível o interrogatório por videoconferência para: "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; 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; III – impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimentos destas por videoconferência, nos termos do art. 217; IV – responder à gravíssima questão de ordem pública."

[95] AMAYA, José de la Mata, "La utilización de la videoconferencia...", p. 1277.

Além disso, por ser um meio tecnológico, o sistema de videoconferência pode apresentar problemas no seu funcionamento, o que tornaria imprestáveis atos que dependessem de uma boa qualidade na imagem, no som ou na transmissão de um modo geral.

6.4. Pressupostos da videoconferência

A videoconferência é um método alternativo para a realização de atos processuais que, por algum motivo, não podem se dar com a presença das partes.

Deve-se sempre preferir a realização dos atos processuais na presença das partes. Todavia, excepcionalmente, pode-se admitir a sua produção por meio de transmissão de imagens.

São pressupostos para a utilização da videoconferência: a legalidade, a excepcionalidade, a proporcionalidade e a autorização judicial motivada.

A legalidade consiste na necessária previsão legal desse meio alternativo. A excepcionalidade significa a existência de uma situação particular que justifique o uso do meio extraordinário. A proporcionalidade significa idoneidade, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito para a realização do ato. A motivação deve constar da decisão judicial que autorize o ato.[96]

6.5. Da realização do reconhecimento por videoconferência

Conforme exposto neste trabalho, o reconhecimento pessoal, em regra, é realizado de forma visual e presencial. A presença física da pessoa a ser reconhecida é imprescindível para o resultado de um reconhecimento, pois é um ato cujo contato visual é essencial para o seu bom resultado. O reconhecimento de pessoas depende da colocação da pessoa investigada e mais outras duas na frente do reconhecedor. Assim, essencial a presença física.

---

[96] PRADILLO, Juan Carlos Ortiz, "El uso de la videoconferência...", pp. 202/206.

Somente deve-se recorrer ao reconhecimento pessoal por imagem em situações excepcionais, quando não é possível a presença física do réu, porque está foragido, em lugar desconhecido, acometido de doença grave etc.. Na ausência do réu, o Estado vale-se de reconhecimentos por meio de fotografias, vídeos ou outras imagens gravadas.

Daí a dificuldade em se autorizar o reconhecimento pessoal por videoconferência. Esta não traz uma imagem gravada, mas simultânea, ou seja, o reconhecimento por videoconferência exige a presença física do réu na sala que conterá os meios audiovisuais. Assim, para a sua realização, sabe-se onde está o réu, pois estará presente no local.

Sendo possível a presença física do réu, o reconhecimento não pode ser feito por imagem, mas, sim, presencialmente. Diante disto, seria inadmissível o reconhecimento por videoconferência, pois representaria uma hipótese em que o réu estaria presente e poderia ser reconhecido presencialmente, sem a utilização de meios tecnológicos.

No entanto, em busca do equilíbrio entre a eficiência e o garantismo, em situações de grande excepcionalidade, poder-se-ia admitir o reconhecimento por videoconferência, como no caso em que o réu está impossibilitado, por motivo de saúde ou para sua própria segurança, de se deslocar até o local.

Para Marco Antonio de Barros, o reconhecimento por videoconferência deve ser aceito e constitui um meio de prova muito mais eficaz do que o reconhecimento fotográfico. Assim, para o autor, deve-se preferir o reconhecimento por videoconferência ao fotográfico: "No caso de reconhecimento de autor de delito, feito pelo sistema de videoconferência, busca suprir a necessidade emergencial da realização do ato quando vítimas e testemunhas tiverem dificuldades, ou não puderem, por motivo justificado, fazer o reconhecimento pessoal."[97]

Em resumo, como regra, não há lugar para o reconhecimento por videoconferência, pois, diante da presença física do réu, deve ser feito presencialmente. Contudo, expecionalmente, por motivos extremamente graves que obstem o imputado de comparecer ao Fórum de origem, cabe o reconhecimento por videoconferência, respeitando-se o rito legal do reconhecimento pessoal, com a indispensável ocorrência das suas quatro fases: prévia indicação das características, colocação de mais duas pessoas com

[97] BARROS, Marco Antonio de. "Teleaudiência criminal: primeiros registros de sua realização no judiciário paulista" *in Revista CEJ – Centro de Estudos Judiciários de Brasília*, n.º 48, janeiro/março de 2010, p. 56.

características semelhantes ao investigado, apontamento de uma das pessoas e elaboração do auto.

Assim, quando admitido excepcionalmente, deveria a lei dispor sobre a necessidade de que o ato ocorra em respeito ao procedimento existente para a realização do reconhecimento, com a prévia indicação das características, a colocação de mais duas pessoas com características semelhantes ao investigado, o apontamento de uma das pessoas e a elaboração do auto.

7. Desrespeito ao rito do reconhecimento: hipótese de nulidade

7.1. Aspectos gerais das nulidades

Como desenvolvido no primeiro capítulo deste trabalho, havendo procedimento previsto em lei para a realização de algum ato processual, este deve ser respeitado, sob pena de ofensa ao princípio do devido processo legal, o que conduziria à nulidade do ato.

Isto porque, conforme ensinam Grinover, Magalhães e Scarance, "o processo exige uma atividade típica, composta de atos cujos traços essenciais são definidos pelo legislador. Assim, os participantes da relação processual devem pautar o seu comportamento segundo o modelo legal."[98]

A regulamentação dos atos processuais representa garantia para as partes de uma efetiva participação no processo e de que não serão surpreendidas com procedimentos inesperados.

O ato efetuado em desacordo com o modelo legal pode apresentar variações quanto à sua gravidade, podendo configurar, da maior para a menor gravidade, ato inexistente, ato nulo ou ato irregular.

[98] GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal.* 11ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 17.

São atos inexistentes aqueles "aos quais falta, de forma absoluta, algum dos elementos exigidos pela lei."[99] Nestes casos, "o vício é de tal gravidade que sequer seria possível considerá-los como atos processuais".[100] Assim, o ato inexistente, tamanha a sua gravidade, não tem validade alguma no processo.

Atos nulos são aqueles imperfeitos em que "a falta de adequação ao tipo legal pode levar ao reconhecimento de sua inaptidão para produzir efeitos no mundo jurídico." [101] Neste caso, há necessidade de a imperfeição do ato ser reconhecida para que deixe de ter validade no processo. Para tanto, exige-se a comprovação de que o desrespeito causou prejuízo às partes no processo. Enquanto não houver a declaração de nulidade, o ato produzirá efeitos no mundo jurídico.

Atos irregulares são aqueles imperfeitos, mas de gravidade mínima, pois, nesses casos, "o desatendimento às prescrições legais não compromete os objetivos pelos quais a forma foi instituída."[102] Os atos irregulares têm validade no processo e convalidam-se automaticamente, visto inexistir qualquer prejuízo às partes e, pela economia processual, devem ser aproveitados.

Assim, havendo procedimento legal para a realização do ato, deverá, obrigatoriamente, ser respeitado. Tal regra incide também na produção dos meios de provas, ou seja, se houver procedimento previsto para determinada prova, deverá ser observado, sob pena de ser reconhecida a sua nulidade.

7.2. Efeitos da decretação de nulidade

A nulidade de um ato ilegal não ocorre automaticamente. Deverá haver declaração judicial nesse sentido. Enquanto não for reconhecida a nulidade, o ato é válido no processo.

---

[99] GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance, *As nulidades*..., p. 18.
[100] GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance, *As nulidades*..., p. 18.
[101] GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance, *As nulidades*..., p. 18.
[102] GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance, *As nulidades*..., p. 18.

O processo é formado por atos que se relacionam entre si, formando uma verdadeira cadeia lógica que visa à obtenção de uma sentença final. Assim, a invalidade de um ato processual atinge todos os atos que lhe são posteriores, conforme o princípio da causalidade.

Cabe ao Juiz, ao reconhecer a nulidade de um ato, "verificar se a atipicidade não se propagou a outros atos do procedimento, relacionados ao primeiro, hipótese em que os últimos também deverão ser considerados nulos."[103] É o que se denomina nulidade originária e derivada.[104]

Normalmente, o reconhecimento da nulidade de um ato processual ocasiona a nulidade de todos os atos que lhe são dependentes e posteriores. Todavia, nem sempre os atos posteriores deverão ser anulados. Se estes forem independentes do primeiro, poderão ser mantidos. Afirma-se que "a nulidade dos atos da fase postulatória do processo se propaga sempre para os demais atos, enquanto a invalidade dos atos de instrução, em regra, não contamina os outros atos de produção da prova validamente realizados."[105]

Os atos declarados nulos devem ser refeitos. A nulidade acarreta, como regra, o retorno do processo ao momento em que ocorreu o ato reconhecidamente nulo e tudo será reproduzido. O recuo do processo gera a necessidade de se "ordenar a renovação do processo a partir do ato originariamente nulo."[106]

Todavia, nem sempre essa reprodução da prova é possível. Exemplificando, se uma testemunha foi ouvida durante o processo e, posteriormente, este meio de prova foi anulado, por exemplo, por inversão na ordem das perguntas, deverá ser refeito. No entanto, isto não será possível se a testemunha faleceu.

Conclui-se, dessarte, que o reconhecimento da nulidade gera a necessidade de reprodução do ato, quando isto for possível. Tal necessidade apresenta uma exceção: os atos irrepetíveis. Sendo irrepetível, o ato não poderá ser refeito.

---

[103] GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance, *As nulidades*..., p. 28.
[104] GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance, *As nulidades*..., p. 27.
[105] GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance, *As nulidades*..., p. 28.
[106] GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance, *As nulidades*..., p. 28.

Por isso, deve haver regra diversa para os casos de nulidade originária ou derivada no tocante aos atos irrepetíveis.

Se o ato irrepetível for originariamente nulo, ou seja, se a nulidade adveio do desrespeito à forma na sua realização, não poderá ser reaproveitado no processo, devendo ser excluído dos autos, sem a possibilidade de ser refeito.

De outra parte, se o ato irrepetível for derivadamente nulo, ou seja, a nulidade adveio por violação à forma de realização de outro ato anterior e que, por conseqüência, deu causa à sua nulidade, poderá ser reaproveitado nos autos, já que não será possível a sua reprodução.

7.3. Desrespeito ao procedimento previsto para o reconhecimento

O descumprimento do rito legal para a realização do reconhecimento acarreta a sua nulidade. Com efeito, há um procedimento para a realização do reconhecimento, composto de quatro fases, todas necessárias para assegurar a eficiência do seu resultado, conforme demonstrado no segundo capítulo deste trabalho.

Ensina Anna Maria Capitta que: "não respeitar as regras formais de aquisiçao da prova de reconhecimento significa, de fato, amputar do reconhecimento o seu aspecto crítico-comparativo."[107] Cada uma das fases do reconhecimento se justifica para "reduzir os possíveis erros da memória ... que tornam falso ou errôneo o resultado do reconhecimento."[108]

Ocorre que a declaração de nulidade do reconhecimento não terá como conseqüência a reprodução do ato, pois se trata de meio irrepetível de prova e, como tal, só pode ser realizado uma única vez, em razão do caráter sugestionável do ato.

Assim, como regra, se decretada a nulidade de um reconhecimento, este meio de prova deverá ser excluído dos autos e o Estado terá que se valer de outros meios de identificação, caso haja necessidade.

---

[107] CAPITTA, Ana Maria. *Ricognizioni e individuazioni de persone nel diritto delle prove penali*. Milão: Editora Giuffrè, 2001, p. 311.
[108] CAPITTA, Ana Maria. *Ricognizioni...*, p. 311.

Podem ocorrer falhas graves na realização do reconhecimento, relacionadas ao não cumprimento dos requisitos de cada uma das suas quatro fases, o que levará à sua nulidade.

O desrespeito ao procedimento para a realização do reconhecimento pode resultar em erros irreparáveis dentro de um processo. Conforme esclarecido no segundo capítulo deste trabalho, a identificação deve ser feita, preferencialmente, por meio do reconhecimento. O Estado pode se valer de outros meios de identificação quando não for possível o reconhecimento.

Vale dizer, o reconhecimento tem que ser utilizado preferencialmente na identificação das pessoas. É por isto que José Caferata Nores afirma ser uma arbitrariedade o uso de outras formas de identificação, quando possível o reconhecimento: "Não respeitar o meio de prova especificamente destinado para a identificação dos culpados, podendo fazer, e conformar-se com outros meios que não têm semelhante especificidade, sem observar as exigências para a realização daquele que a lei impõe em garantia da autenticidade do seu resultado, é uma arbitrariedade"[109] (tradução livre).

Nem a liberdade probatória, nem o livre convencimento, permitem a violação das formas e garantias instituídas pela lei processual, para preservar a autenticidade da prova, a presunção de inocência e a ampla defesa.[110]

Não se pode admitir a ocorrência de reconhecimentos sem a participação do Juiz e das partes ou sem o cumprimento das quatro fases, pois atinge diretamente garantias constitucionais e não permite o aproveitamento do ato.

A participação das partes é essencial para que se cumpra o contraditório. Também deve haver a participação do Juiz. Somente assim o reconhecimento produzirá elementos de prova. Reconhecimentos realizados sem a ciência das partes são absolutamente nulos.

As quatro fases do reconhecimento devem ser respeitadas, quais sejam, indicação das características pelo reconhecedor, escolha e colocação de pessoas ou coisas semelhantes na frente do reconhecedor, indicação da pessoa ou coisa por parte do reconhecedor e elaboração do auto. Estes quatro momentos deverão estar sempre presentes. Faltando um deles, o reconhecimento será nulo e não poderá ser refeito.

---

[109] *Reconocimiento de personas...*, pp. 99/100.
[110] NORES, José I. Cafferata, *Reconocimiento de persona ...*, pp. 99/100.

Importante ressaltar que há exceções à regra geral de nulidade do reconhecimento por desrespeito ao procedimento. Existem falhas que podem ocorrer em cada uma das quatro fases, que não são graves o suficiente para anular o ato.

Nos casos em que as falhas referem-se a apenas um dos momentos do reconhecimento e não geram nenhum prejuízo, o ato poderá ser considerado válido, mas com valor reduzido de prova.

Na Itália, sustenta-se, atualmente, na doutrina e na jurisprudência, que determinadas falhas do reconhecimento poderiam ser consideradas meras irregularidades e influenciariam apenas na valoração judicial do elemento de prova resultante do ato.

O Código de Processo Penal italiano considera nulo o reconhecimento realizado em desrespeito ao artigo 213, comma 1, que cuida dos atos preliminares do reconhecimento. Não há a mesma previsão para os outros momentos do reconhecimento. Assim, segundo a lei italiana, se a falha no reconhecimento referir-se à primeira fase, momento em que o reconhecedor indica as características da pessoa ou coisa a ser reconhecida, haverá nulidade.

Tal conseqüência não é prevista para os outros momentos do reconhecimento. Com base nesta lacuna, Nicola Triggiani sustenta que falhas nas outras etapas do reconhecimento somente gerarão nulidade, se forem muito graves. Caso contrário, deverão ser consideradas meras irregularidades, sendo a conseqüência uma diminuição do valor probatório do elemento produzido por meio do reconhecimento.

Para exemplificar, o autor menciona falha atinente à escolha de pessoas parecidas, o que, a seu ver, não pode ser requisito capaz de gerar nulidade: "a inobservância da prescrição pela qual o juiz deve procurar a presença de pessoas o mais semelhante ao sujeito passivo do reconhecimento deveria, no máximo, ser considerada uma mera irregularidade"[111] (tradução livre).

Tornando-se mera irregularidade, haveria apenas influência no valor probatório a ser dado pelo Juiz na sua decisão. Utilizando o mesmo exemplo da não colocação de pessoas idênticas no segundo momento do reconhecimento, diz o autor que a eficácia probatória do elemento ficaria diminuída. Assim ressalta: "Isto nao tolhe, obviamente, que

[111] TRIGGIANI, Nicola, *Ricognizioni mezzo di prova...*, pp. 137/138.

seja diminuída na hipótese o valor como prova, considerando a diferenca entre a pessoa sobreposta para o reconhecimento e a pessoa comparsa."[112] (traduçao livre)

A semelhança deve se referir, como exposto no segundo capítulo, a questões referentes a sexo, raça, cor, peso, altura, ou características específicas apresentadas pelo reconhecedor na primeira fase. Estes pontos de identificação devem ser os mesmos, sob pena de haver nulidade do ato. Obviamente que, se o reconhecedor indicar uma mulher branca gorda como sendo a que teria visto no dia dos fatos, deverão ser colocadas outras mulheres brancas e gordas ao lado da investigada.

Assim, se houver falha em alguma das quatro fases do reconhecimento, deve-se observar concretamente, em cada situação, se foi grave o suficiente para acarretar a nulidade do ato.

Para José I. Cafferata Nores, constituem casos de nulidade a determinação de reconhecimentos sem notificação da defesa ou realizados de forma individual e não em roda ou se esta roda tivesse sido composta com pessoas não semelhantes à pessoa a reconhecer.[113]

Esta afirmação tem sólido respaldo na jurisprudência argentina. O Tribunal Superior de Justiça de Córdoba fez constar que, se reconhecida a nulidade de um reconhecimento, não pode o Juiz basear-se neste ato para proferir uma sentença. O Tribunal fez constar que se deve desqualificar a motivação de uma sentença que se funda em um reconhecimento "carente de exigências legais".[114] Também o Tribunal fez constar na decisão "Se o princípio da inocência tem que ser respeitado, não é possível sustentar a culpa por meio de um ato irregular de reconhecimento".[115]

Assim, como regra, o desrespeito ao procedimento previsto para o reconhecimento leva à nulidade do meio de prova, sem a possibilidade de ser refeito, por ser ato irrepetível. Deve, portanto, ser excluído dos autos.

Entretanto, em situações excepcionais, quando a falha envolver aspectos específicos de uma das fases do reconhecimento, deverá ser analisado caso a caso se o vício é grave o suficiente para gerar prejuízo às partes. Esta análise caberá ao Juiz,

---

[112] TRIGGIANI, Nicola, *Ricognizioni mezzo di prova...*, pp. 137/138.
[113] *Reconocimiento de personas...*, pp. 98/99.
[114] NORES, José I. Cafferata. *Reconocimiento de personas ...* , p. 98/99.
[115] NORES, José I. Cafferata. *Reconocimiento de personas ...* , p. 98/99.

casuisticamente. Caso se verifique a inexistência de prejuízo, poderá o ato ser convalidado no processo, devendo ter valor reduzido de prova.

8. Valor probatório do reconhecimento

8.1. Valor probatório do reconhecimento pessoal visual e presencial

O valor probatório do reconhecimento tem sido alvo de muitas discussões doutrinárias. Para grande parte dos autores, essa prova apresenta um valor muito baixo, por sua alta suscetibilidade de erros, uma vez que está diretamente relacionada à memória do ser humano, bem como a aspectos externos que podem dificultar a realização do meio de prova.

É, talvez, o meio de prova que resulte no maior número de erros.[116] Conforme ensina Gustavo Badaró, "o reconhecimento pessoal já foi apontado como a mais falha e precária das provas. A principal causa de erro no reconhecimento é a semelhança entre as pessoas."[117]

Para se ter uma idéia da grande possibilidade de erros ou falhas no reconhecimento, foi criada, em 1992, nos Estados Unidos da América, a "The Inocence Project". Trata-se de uma ONG fundada pelos advogados civilistas Barry Scheck e Peter Neufeld, especialistas em pedir indenização ao Estado por condenações de pessoas inocentes. Esta ONG fez uma pesquisa e constatou que 75% das condenações de inocentes se deve a erros cometidos pelas vítimas e testemunhas ao identificar os suspeitos no ato do reconhecimento.[118]

Também Anna Maria Capitta ressalta que "o reconhecimento possui quase sempre um alto grau de falibilidade e, portanto, um valor probatório de escassa consistência." (tradução livre)[119] Bernasconi resume que a confiabilidade de um

---

[116] TRIGGIANI, Nicola, *Ricognizione*..., p. 263. Segundo Triggiani, levando-se em conta a experiência judiciária e os efeitos da memória, o reconhecimento pessoal é o meio de prova que pode apresentar o maior número de erros. (TRIGGIANI, Nicola, *Ricognizione*..., p. 263).
[117] BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy Badaró, *Curso de Processo Penal*..., Tomo I, p. 259.
[118] www.innocenceproject.org/.../What_is_the_Innocence_Project_How_did_it_get_started.php - acessado em 30 de dezembro de 2010.
[119] CAPITTA, Ana Maria. *Ricognizioni*..., p. 108.

reconhecimento deve ser mínima, visto que a: "moderna psicologia confirma portanto os resultados das pesquisas: os percentuais de reconhecimentos corretos continuam a se revelar extremamente baixos."[120] (tradução livre)

No entanto, ainda assim, por estar o reconhecimento dotado de força "impressionística", o seu resultado positivo influencia profundamente a decisão do Juiz.[121] Observa Alessandro Bernasconi que, mesmo estando comprovadas as falhas desse meio de prova, os juízes "continuam a ser inconscientemente influenciados pela identificação positiva computada pela testemunha"[122] (tradução livre) e, ainda, que o resultado positivo do reconhecimento "quase equivalem a uma pacífica indicação de culpa."[123] (tradução livre)

G. Mazzoni escreveu um artículo cujo título merece reflexão: "Pode-se crer em uma testemunha?"[124] O autor conclui neste artigo que o risco em se confiar em um resultado positivo de um reconhecimento feito pela testemunha é muito grande tendo em vista a falibilidade induvidosa da memória humana e, assim, não se pode dar como infalível e verdadeiros os depoimentos e frases de uma testemunha.[125]

Diversos aspectos podem influenciar a efetividade de um reconhecimento. Alguns envolvem a memória do reconhecedor e outros são fatores externos que podem alterar o resultado.

Quanto à memória, deve o Juiz verificar, principalmente, o tempo decorrido entre a data dos fatos e a data da realização do meio de prova. Quanto mais tempo demorar o reconhecimento, maior é a probabilidade de erro, devido ao risco do esquecimento e das falsas memórias e, também, devido à alta probabilidade de alteração física da pessoa a ser reconhecida.

Deve também ser verificada a situação psicológica do reconhecedor no momento dos fatos. O medo, a falta de atenção, a ansiedade, a dor etc., são capazes de tornar o reconhecimento um ato não confiável.[126] Conforme ensina Bernasconi: "O stress psicológico que caracteriza a fase de reevocação de um evento traumático e a tendência a

---

[120] BERNASCONI, Alessandro, *La ricognizione di persone ...*, p. 21.
[121] TRIGGIANI, Nicola, *Ricognizione...*, p. 263.
[122] BERNASCONI, Alessandro, *La ricognizione di persone...*, p. 14.
[123] BERNASCONI, Alessandro, *La ricognizione di persone ... ,* p. 14.
[124] MAZZONI, G. *Si puó credere a um testimoni? La testimonianza e la trappole della memoria*, Bolonha, Il Mulino, 2003, pp. 22/23.
[125] MAZZONI, G. *Si puó credere a um testimoni? ... ,pp*. 22/23.
[126] TRIGGIANI, Nicola. *Ricognizione...*, p. 268.

recordar os detalhes da dinâmica do fato criminoso e não os traços somáticos do seu autor, constituem outros tantos fatores de distúrbio do reconhecimento de pessoas."[127] (tradução livre) Quanto a estes aspectos, remete-se o leitor ao capítulo II, deste trabalho, quando trata do momento para realização do reconhecimento.

Há fatores externos que influenciam o reconhecimento, como a luminosidade no momento dos fatos e o tempo de contato, os quais podem reduzir o valor do reconhecimento.

Como demonstrado, o procedimento de ativação da memória no reconhecimento é vulnerável a diversos aspectos de distorção e engano, que podem ocorrer ao longo de todo o processo de memorização.

Também conta o reconhecimento com outras causas de distorção, como a luminosidade, o tempo de contato, tempo de duração, proximidade, o que Alberto Seiça denomina "fatores de distorção".[128]

Outro fator importante que pode levar a erro refere-se à dificuldade ou à incapacidade de perceber as diferenças de traços entre sujeitos de raça diversa ao do reconhecedor, efeito conhecido como *cross-racial efect*.[129]

Resume Seiça alguns dos problemas existentes no ato do reconhecimento, que o tornar com valor reduzido de prova: "por outro lado, diversos factores atinentes ao observador podem distorcer a validade do reconhecimento. Entre outros, sublinha-se a violência do facto percepcionado, a possibilidade *de falsa recordação* resultante da convicção de já ter visto qualquer coisa quando na realidade isso não aconteceu, ou a *deslocação inconsciente da memória* (*unconscious transference*) em que se identifica correctamente uma pessoa como alguém já visto, mas inserindo-a num contexto diverso do real, atribuindo-lhe, por exemplo, a prática dos factos criminosos, ou, ainda, o designado *cross-racial effect*, ou seja, a maior dificuldade que temos em distinguir entre rostos de pessoas pertencentes a raças diversas da nossa, as expectativas, bem como os factores específicos do concreto sujeito a nível físico e neurológico: idade, estado psíquico, personalidade, capacidades cognitivas etc. Em segundo lugar, o reconhecimento é altamente condicionado pelas circunstâncias particulares em que a recuperação da memória

[127] BERNASCONI, Alessandro, *La ricognizione di persone ... ,* pp. 20/21.
[128] SEIÇA, Alberto Medina de, "Legalidade da prova e reconhecimentos 'atípicos' ...", pp. 1415/1416.
[129] BERNASCONI, Alessandro, *La ricognizione di persone ... ,* pp. 18/19.

ocorre, ou seja, o processo de produção dessa prova (*system variables*). Deste modo, assume relevo considerável a escolha do *método* ou forma que se deve seguir – nisso reside a garantia epistemológica deste meio de prova"[130].

Esses fatores de engano apresentam risco muito elevado e difícil de reduzir ou fiscalizar.

Um julgado proferido em um Tribunal italiano fez constar que a ampla distância temporal entre os fatos e o momento do reconhecimento faz com que este meio de prova não apresente um bom resultado, devendo ter reduzido o seu valor probatório.[131]

Além de todos estes aspectos capazes de influenciar negativamente um reconhecimento, Triggiani menciona o chamado risco do efeito "yes". Segundo o autor, pesquisas demonstram que o reconhecedor é influenciado a reconhecer uma das pessoas que lhe é apresentada, tendo em vista o temor que sente ao estar na frente de um Juiz. O efeito "yes" advém da grande pressão psicológica sofrida pelo reconhecedor, que se sente na obrigação de reconhecer uma das pessoas, para não decepcionar a Autoridade Judiciária e por temer sofrer conseqüências caso não identifique nenhuma daquelas pessoas.[132]

Diante de tudo isto, pode-se afirmar que o reconhecimento é um dos meios de prova mais falhos existentes no sistema probatório. Conforme Seiça: "além das numerosas causas de distorção e engano a que qualquer processo mnemônico está sujeito, o reconhecimento de pessoas conhece ainda uma considerável série de perturbações que a tornam uma das mais falíveis formas de aquisição probatória."[133]

Diante disso, o Juiz deve verificar todos esses fatores no momento da valoração do reconhecimento, para avaliar a efetividade do meio de prova.

Levando em conta todos esses aspectos, Anna Maria Capitta, aponta como deve ser a avaliação judicial do resultado de um reconhecimento. Deve-se, antes de tudo, verificar a confiabilidade da pessoa do reconhecedor, analisando as suas características pessoais e comportamento. Em segundo lugar, deve-se analisar todos os elementos disponíveis a respeito do momento dos fatos, desde o início da memorização. Por último, deve examinar se todo o resultado probatório obtido com o reconhecimento está em

---

[130] SEIÇA, Alberto Medina de, "Legalidade da prova e reconhecimentos 'atípicos' ...", pp. 1415/1416.
[131] Tribunal de Padova, 6 de outubro de 1994, Ciamarella, in Foro It., 1995, c. 571.
[132] TRIGGIANI, Nicola, *Ricognizione...*, p. 274.
[133] SEIÇA, Alberto Medina de, "Legalidade da prova e reconhecimentos 'atípicos' ...", pp. 1415/1416.

consonância com outros elementos de prova. Somente se deve utilizar o reconhecimento como fundamento da sentença se outros elementos de prova estiverem no mesmo sentido.[134]

Do mesmo modo, ensina Bernasconi que o reconhecimento tem valor relativo de prova e, por isso, sempre deve estar acompanhado de outros meios de prova no mesmo sentido, para que se mostre mais confiável.[135]

Assim, por conta do grande risco de erros no resultado de um reconhecimento, não pode servir como único elemento de prova para a condenação. Ou seja, é um meio de prova com valor reduzido, devendo sempre ser corroborado com outros meios de prova. Ainda que haja um reconhecimento positivo, aparentemente confiável, deve haver outros elementos de prova no mesmo sentido para levar a uma condenação.[136]

Ademais, há necessidade de o Juiz fundamentar e motivar a sua conclusão quando vier a confiar no reconhecimento. Deve fazer constar na sentença todos os elementos que o levaram a concluir ser o resultado do reconhecimento infalível e explicitar todo o raciocínio lógico que o levaram a tal conclusão.[137]

8.2. Valor probatório do reconhecimento pessoal visual e por fotografia

Tendo em vista o risco do reconhecimento fotográfico, que, conforme Manzini, possui muitos inconvenientes, desde truques fotográficos capazes de alterar a imagem da pessoa, até alterações comuns advindas da qualidade da foto,[138] o valor deste meio de prova varia caso a caso.

Para Cafferata Nores, o valor probatório deste tipo de reconhecimento é reduzido. Por isso, não dispensa a necessidade de posterior reconhecimento pessoal.

---

[134] CAPITTA, Ana Maria. *Ricognizioni e individuazioni de persone nel diritto delle prove penali*. Milão: Editora Giuffrè, 2001, pp. 302/303 e 333.
[135] BERNASCONI, Alessandro, *La ricognizione di persone ... ,* p. 98.
[136] TRIGGIANI, Nicola. *Ricognizione...*, p. 278. Anna Maria Capitta exemplifica outros atos que poderiam ser observados pelo Juiz para observar se há consonância com o reconhecimento sao os elementos produzidos por outras testemunhas, eventuais gravaçoes técnicas ou imagem fotográfica etc. (CAPITTA, Ana Maria. *Ricognizioni ...*, p. 303).
[137] BERNASCONI, Alessandro, *La ricognizione di persone ... ,* pp. 102/104.
[138] MANZINI, Vincenzo. *Derecho Procesal Penal.* Buenos Aires: Sentis Melendo, 1953, t. IV, pp. 209 e 210.

Ensina Ana Maria Capitta que, no sistema inglês, a individualização fotográfica está no último lugar da escala probatória, sendo utilizada somente em casos excepcionais, devido ao escasso valor probatório.[139]

Para Altavilla, realizado o reconhecimento fotográfico, não se pode realizar posteriormente um reconhecimento pessoal: "Realizado um reconhecimento sobre fotografia, outro reconhecimento posterior será inútil, porque a testemunha se limita a confrontar a fotografia com a pessoa a ser reconhecida e não a imagem que ficou na sua memória da pessoa vista no momento do delito com aquela que lhe é mostrada"[140] (tradução livre).

É por este motivo que existe a cautela no Código de Processo Penal italiano de o Juiz indagar à testemunha se não viu imagem registrada em fotografia ou de outro modo da pessoa a ser reconhecida.[141]

Assim, do mesmo modo que o reconhecimento presencial, o fotográfico somente pode ser utilizado para o convencimento judicial, se acompanhado de outros meios de prova no mesmo sentido, por apresentar valor reduzido de prova.

8.3. Valoração do reconhecimento pessoal auditivo por meio de voz

A voz é um elemento de difícil identificação. Por isso, dependendo da forma como foi realizado o reconhecimento, o valor probatório poderá variar.

Os mesmos aspectos que influenciam o resultado de um reconhecimento pessoal valem para o reconhecimento de voz. A memória apresenta as mesmas falhas. Inclusive, os estudos mostram que a memória auditiva é mais sensível que a visual e, assim, o tempo produz efeitos ainda mais negativos na memória auditiva. Segundo Triggiani, a memória auditiva não dura mais de duas a quatro semanas.[142]

---

[139] CAPITTA, Ana Maria. *Ricognizioni* ..., pp. 263/264.
[140] ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia giudiziaria. Il processo psicologico e la verità giudiziale*. Editora Unione Tipografico Editrice Torinese, Tomo I, ANO, p. 357/358.
[141] ALTAVILLA, Enrico, *Psicologia giudiziaria. Il processo psicologico...*, p. 358.
[142] TRIGGIANI, Nicola, *Ricognizione...*, p. 276. O autor cita um estudo feito por Cataldo Neuburger, especialista em psicologia da testemunha, em que consta a conclusão de que "a identificação correta de uma voz depois de uma semana tem chance de apenas 50%, depois de duas semanas cai para 43,4%, e depois de três semanas fica em apenas 9%." (TRIGGIANI, Nicola, *Ricognizione...*, p. 276).

Luis Alfredo de Diego Diéz resume algumas orientações a respeito da forma de realização do reconhecimento por voz "em rueda" feitas pela SAP de Viscaya de 6 de novembro de 1985, a partir da aplicação analógica do disposto na Ley de Enjuiciamiento Criminal:

"1) A voz humana que tenha que ser reconhecida deverá se comparar ou se contrastar com outras vozes humanas que apresentem características semelhantes. Devem ser excluídas, portanto, aquelas vozes que, por razão da idade, sexo, enfermidade ou especial singularidade sonora não guardem relação de semelhança com a voz que tenha que ser reconhecida.

2) A audição das referidas vozes por quem tenha de levar a cabo o reconhecimento se fará de forma que não possa ver os trações físicos das pessoas que as emite; e isso com a finalidade de que o sentido da vista não perturbe o protagonismo que deve neste momento no sentido do ouvido. Sem prejuízo, em qualquer caso, da possibilidade de articular formas de reconhecimento de caráter misto, as que o essencial será reproduzir da maneira mais exata possível as circunstâncias da percepção global experimentada pelo sujeito recogniscente e sempre no marco de um contraste objetivo.

3) Nos fatores restantes, cabe aplicar diretamente no sistema de garantias a Ley de Enjuiciamiento Criminal para o reconhecimento en rueda, com as adaptações técnicas que o sentido comum e jurídico aconselhem"[143] (tradução livre).

Pelo escasso valor probatório, na Espanha somente tem se admitido o reconhecido de voz realizado "en rueda" em caráter complementar. Luis Alfredo de Diego Díez trata dos casos espanhóis envolvendo essa espécie de reconhecimento: "Esta modalidade de identificação pode resultar idônea como elemento incriminatório, somente em caráter complementar a outras provas, naqueles indícios em que o delinqüente tenha atuado com o rosto coberto, tenha utilizado o telefone, a vítima seja cega, o lugar do delito careça de iluminação ou situações assimiláveis. Mas a confiabilidade do ouvido humano e a versatilidade da voz aconselham acudir a ela com moderação e prudência, e sempre em caráter subsidiário".[144]

---

[143] DIEZ, Luiz Alfredo de Diego. "La voz como elemento identificador del delincuente" *in Revista del Poder Judicial*, n. 69, Primer Trimestre 2003, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Espanha, pp. 404/405.

[144] "La voz como elemento identificador...", p. 404. O Tribunal espanhol já decidiu a respeito em diversos casos práticos. Assim já se manifestou: "A identificação por reconhecimento de voz é, por sua própria

Nos casos em que foram realizados o reconhecimento de voz "en rueda", normalmente foram produzidas outras provas. Assim, foi possível haver condenação. Por exemplo, num caso ocorrido na Espanha, em 1992, os criminosos entraram em um hotel para a prática de um roubo com os rostos encobertos. No entanto, eram pessoas conhecidas do camareiro do hotel e por este foram identificadas, ainda que com os rostos cobertos.[145]

Em outro caso, o Tribunal espanhol manteve a condenação proferida com base no reconhecimento de voz feito pela vítima, bem como no encontro de objetos com o acusado. Assim constou da decisão: "Já desde o princípio, a senhora agredida disse que não tinha conseguido ver o rosto nem a figura de quem a havia atacado, pois este, durante o desenvolvimento dos fatos, lhe havia obrigado a permanecer sempre de costas, ainda, pode precisar que tinha aproximadamente 1,60 metros de altura e uns 25 ou 30 anos, deduzindo isto pelo tom de voz particularmente rouca.

Ante esta última circunstância, a Polícia procedeu a uma singular diligência de reconhecimento de voz em roda com assistência de advogado, fazendo falar o acusado e outras quatro pessoas mais, colocadas todas de costas, ouvindo-as Maria del Carmen, também de costas, a qual identificou o acusado, como, sem dúvida, a voz da pessoa que a havia agredido (folio 104).

No ato judicial, dita senhora reiterou sua segurança a respeito da mencionada identidade de voz e a Sala de instância pode apreciar que efetivamente a do processado tinha um tom grave, rouco e aguardentoso, expressando-o assim no fundamento de direito 1ª da própria sentença recorrida." (tradução livre).

Como a audição não é o sentido mais aguçado do ser humano, se o único elemento identificador for a voz do agressor e houver a necessidade de seu reconhecimento pela vítima, não será possível proferir decreto condenatório, por ser elemento probatório extremamente frágil.

---

natureza, algo subsidiário à identificação pelos traços corporais da pessoa. Assim se deduz da mais recente jurisprudência desta Sala (SS. 17 de abril de 1989 e 2566/1992, de 18 de novembro), que assinalam que mais que um meio de prova é um objeto de prova carente de autonomia e dependente da realização de meios de prova. Ele se reforça sem mais com a simples e literal citação do fundamental artigo 369 da Ley de Enjuiciamiento Criminal em sua referência às pessoas com 'circunstâncias exteriores semelhantes".

[145] Ponente: Exmo. Sr. Dr. Joaquín Delgado García (RJ 1992/7155).

CAPÍTULO IV – DO RECONHECIMENTO E O DIREITO ESTRANGEIRO

1. Reconhecimento de pessoas no Direito estrangeiro

O reconhecimento é um dos meios de prova mais antigos e, atualmente, está previsto na maioria das legislações na modalidade de reconhecimento de pessoas e de coisas. Este meio de prova, na sua história, compunha a prova testemunhal. No entanto, após numerosos estudos, verificou-se a necessidade de considerá-lo como um meio independente de prova, tamanha as suas particularidades, com o necessário tratamento específico, tendo em vista o alto número de erros nos seus resultados.

Este capítulo dedica-se ao estudo do reconhecimento no Direito estrangeiro. Para tanto, foram selecionados quatro países que melhor cuidam do reconhecimento e cujos tratamentos legislativos podem servir de modelo para a reformulação do Direito brasileiro, a saber: Itália, Espanha, Portugal e Argentina.

Posteriormente, algumas explicações serão feitas sobre a chamada *identification parade* do direito inglês, realizada pela polícia inglesa, sem a participação do Juiz. Ainda que o sistema seja diferente do nosso, e se permite a condenação com base em elementos produzidos na polícia, é possível se extrair alguns aspectos positivos do *Code of Practice for the Identification of Person by Police Officers*, do *Police and Criminal Evidence Act 1984*.

Em todos esses países, há um procedimento específico e detalhado para o reconhecimento pessoal visual e presencial, que serve de modelo para a realização do reconhecimento de objeto e para as outras espécies de reconhecimento pessoal.

Diante da grande possibilidade de erros nos resultados do reconhecimento, deve haver um procedimento bastante específico para a sua realização. Conforme Germano Marques da Silva: "O cuidado que o legislador pôs na regulamentação do acto do reconhecimento, evidencia a importância e falibilidade deste meio de prova."[1]

[1] SILVA, Germano Marques da. Curso de Processo Penal, volume II, Lisboa, Editorial Verbo, 1999, p.175.

É de extrema importância um exame mais aprofundado dos procedimentos previstos para o reconhecimento pessoal e presencial, pois funcionam como paradigmas. Por esse motivo, será dada maior atenção a esta espécie de procedimento.

Nicola Triggiani alerta sobre a necessidade de se analisar com mais afinco as normas que disciplinam o reconhecimento de pessoas, pois esta modalidade serve de modelo para as outras espécies de reconhecimento: "As normas que disciplinam o reconhecimento de pessoas no código vigente constituem a normativa base do ato recognitivo: e esse se faz, mais ou menos imediatamente, com base nos dispositivos que regulam as outras formas de reconhecimento."[2] (tradução livre).

A seguir, será feito um estudo comparado da previsão do reconhecimento nos quatro países selecionados: Itália, Espanha, Portugal e Argentina.

1.1. Autoridade competente para realizar o reconhecimento

Nos quatro países estudados, o reconhecimento somente pode ser realizado por um Juiz na presença das partes, para que se forme elemento de prova.

Tal exigência é essencial para a realização do reconhecimento, pois, conforme desenvolvido nos capítulos II e III deste trabalho, trata-se de meio de prova irrepetível que, para formar elemento de prova, depende da participação do Juiz e das partes.

Às partes cabe apenas acompanhar a regularidade no desenvolvimento do ato, podendo intervir em caso de desrespeito ao rito.[3]

O reconhecimento deve ser realizado pelo Juiz instrutor e, conforme ensina Sara Aragoneses Martínez: "em seu caso, com advogado nomeado pelo detido ou designado de ofício (vide. SSTS de 21 de fevereiro de 1995, de 25 de outubro de 1995), devendo levar-se a cabo conforme o previsto nos artigos 368 e ss., da LECr"[4] (tradução livre).

---

[2] *Ricognizioni mezzo de prova*..., p. 63.
[3] TRIGGIANI, Nicola, *Ricognizione mezzo di prova*..., p. 64.
[4] MARTÍNEZ, Sara Aragoneses e outros. *Derecho Procesal Penal*. 8 ed.. Madri: Editora Universitária Ramón Areces, 2007, , p. 361.

Na Espanha, por exemplo, o artigo 368, da LEC, diz que o reconhecimento é uma diligência que será feita em juízo, por um Juiz instrutor, quando este reconhecer a sua imprescindibilidade para a identificação do acusado, para o fim de sanar qualquer dúvida sobre a identidade do mesmo.[5]

Em regra, as partes têm uma participação passiva no ato do reconhecimento. Somente atuarão efetivamente quando houver necessidade de intervenção, em razão do desrespeito a alguma regra procedimental, como, por exemplo, quando o Juiz colocar pessoas com características diferentes ou quando exigir do imputado algum comportamento.

A exigência da participação judicial e das partes somente é dispensada na hipótese de prova cautelar ou urgente que, diante do risco de perecimento, deve ser realizada imediatamente. Neste caso, se não for possível cumprir o procedimento de produção da prova antecipada, permite-se o contraditório diferido. Isto deve ocorrer apenas subsidiariamente.

1.2. Momento de realização do reconhecimento

Nos quatro países estudados, há apenas um único momento para a realização do reconhecimento, que, normalmente, é a audiência de instrução, apesar de a doutrina e alguns julgados sustentarem que deva ser realizado antecipadamente.

Para apontar o momento de realização do reconhecimento nesses países, mister sintetizar o procedimento em geral de cada um deles.

O reconhecimento de pessoas e coisas na **Espanha** é tratado na *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, nos artigos 368 a 372, dentro do Capítulo III, que trata "Da Identidade do Delinqüente e de suas circunstâncias pessoais".

[5] Dispõe o referido artigo 368: **"**Cuantos dirijan cargo a determinada persona deberán reconocerla judicialmente, si el Juez instructor, los acusadores o el mismo inculpado conceptúan fundadamente precisa la diligencia para la identificación de este último, con relación a los designantes, a fin de que no ofrezca duda quién es la persona a que aquéllos se refieren".

É, portanto, utilizado para fins de identificação. Ensina Sara Aragoneses Martínez que esta diligência caracteriza-se por colocar o acusado como objeto de prova e não meio ou fonte de prova, como ocorre no caso das declarações.[6]

Este meio de prova é denominado na Espanha de "rueda de reconocimiento", "reconocimiento en rueda" o "rueda de presos"[7] e é definido pela doutrina como sendo "o ato processual, no seio da causa criminal iniciada, na presença do juiz e das partes, coma categoria de prova antecipada, consistente no exame pessoal por uma testemunha, vítima ou não do delito, do suspeito não identificado ainda, em união com outras pessoas de características externas semelhantes, para estabelecer, de forma terminante e segura, por escolha entre as observadas e em função somente dos sinais exteriores percebidos visualmente, se no grupo formado se encontra o autor do delito para, através de uma comprovação da coincidência entre o suspeito e o reconhecido, em seu caso, determinar o autor dos fatos pelos que a causa se instrui."[8] (tradução livre).

O reconhecimento, na Espanha, é realizado na denominada fase sumarial, isto é, a fase que se segue à investigação e antecede a fase intermediária. A fase sumarial é presidida por um Juiz.

O processo espanhol para delitos graves é dividido em cinco fases: 1. "instrucción preliminar" ou sumarial; 2. intermediária; 3. decisória ou de juízo oral; 4. impugnação (recursos) e 5. execução.

A fase sumarial inicia-se com o chamado "auto de incoación del sumario", elaborado após o Juiz de instrução analisar uma denúncia ou uma querela.[9] Por meio da denúncia ou querela, as partes dão ciência ao Juiz de fatos aparentemente criminosos. Se o Juiz entender que aqueles fatos são suficientes para motivar o início da instrução, elabora-se o "auto de incoación del sumario" e é dado início à fase de instrução.

Procura-se, na fase sumarial, reunir elementos indiciários para começar a fase seguinte, denominada de intermediária. Quando o Juiz praticar todas as diligências

---

[6] MARTÍNEZ, Sara Aragoneses e outros, *Derecho Procesal Penal...*, p. 361.
[7] ROSAL, Manuel Cobo del. *Tratado del Derecho Procesal Penal Español*, Editora Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas (CESEJ), Madrid, 2008, p. 398.
[8] LUNA, Fernando Aguilera. *La identificación Del delincuente en rueda de reconocimiento y por exhibición fotográfica*, Plá & Alvarez Editores, Sevilha, 1998, p. 11.
[9] A denúncia e a querela diferenciam-se no Direito espanhol: a denúncia é a peça capaz de dar início a uma ação penal, ao passo que a querela é a peça por meio da qual a vítima declara sua vontade de se tornar parte no processo penal (MARTÍNEZ, Sara Aragoneses, *Derecho Procesal Penal...*, p. 314).

pertinentes à comprovação do delito e indicação da autoria, poderá considerar finalizada a investigação e ditará uma resolução, também em forma de auto, concluindo a fase sumarial. Em seguida, os autos serão enviados ao Tribunal competente, que iniciará a fase intermediária, para verificar:

a) se o sumário foi bem concluído ou se há necessidades de novas diligências;

b) em caso de perfeita conclusão do sumário, se existem elementos suficientes para a abertura do Juízo Oral.[10]

Assim, a fase sumária origina-se de uma denúncia ou querela e tem a finalidade de formar elementos de prova, para se passar à fase de julgamento. É, exatamente, nesta fase sumária que se realiza a diligência de reconhecimento, pois este é o momento adequado para a formação de elementos de prova e, precipuamente, para a identificação do acusado.

As diligências de identificação são típicas da fase sumarial e, portanto, seriam inidôneas se realizadas em sede de juízo oral. Ou seja, se praticadas regularmente na fase de instrução, podem formar elementos de prova e interferirem na convicção do Juiz. Devem, assim, respeitar rigorosamente o rito processual indicado, porque, conforme constou em um julgado espanhol, dificilmente serão realizadas nas mesmas condições: "praticada esta diligência na fase sumarial para designar a pessoa responsável por um fato delitivo é tão importante e decisória que exige a observância rigorosa dos requisitos legais, porque os defeitos graves da diligência são difíceis ou impossíveis de serem sanados posteriormente (STS de 21 de febrero de 1995)."[11]

Na legislação espanhola, expressamente consta que as diligências de identificação têm caráter potestativo, pois somente são realizadas quando existir alguma dúvida com relação à pessoa contra a qual se dirigem as acusações.[12] Ressalta Del Rosal que: "Uma das características principais das diligências de identificação do processado é

---

[10] MARTÍNEZ, Sara Aragoneses e outros, *Derecho Procesal Penal*..., p. 443.

[11] MARTÍNEZ, Sara Aragoneses e outros, *Derecho Procesal Penal*..., p. 362. Complementa a autora: "Como ha señalado la Jurisprudencia, los acusados suelen insistir em los defectos de las diligencias de reconocimiento para desvirtuar, dejar em entredicho o crear la duda sobre El efecto positivo de um reconocimiento anterior; el tiempo actúa en favor de los inculpados quienes tienen la posibilidad de alterar artificialmente 'su fisionomía y atuendo, e incluso cuentan con imágenes desdibujadas en la memoria de los testigos presenciales, dominados por cierta apatía e indiferencia hacia un hecho pretérito y para ellos episódico, y por el temor a reacciones vindicativas por parte de las personas que han demostrado pocos escrúpulos'. (STS de 11 de marzo de 1987)." (MARTÍNEZ, Sara Aragoneses e outros, *Derecho Procesal Penal*..., p. 362).

[12] MARTÍNEZ, Sara Aragoneses e outros, *Derecho Procesal Penal*..., p. 361.

que têm caráter potestativo, é dizer, que unicamente se praticarão quando 'o juiz instrutos, os acusadores ou mesmo o processado considerem fundada a diligência para a identificação ... com o fim de que não ofereça dúvida sobre quem é a pessoa acusada."[13] (tradução livre).

O reconhecimento de pessoas na **Itália** é realizado na fase de instrução, após o recebimento da peça acusatória, quando, então, já se forma um processo criminal. Esta fase é sempre presidida por um Juiz e tem a finalidade de formar elementos de prova. É bastante semelhante à fase sumarial, existente no Direito espanhol.

Também na Itália o reconhecimento só pode ser feito por um Juiz e com o envolvimento das partes, na fase de instrução, anterior à fase de julgamento.

O Código de Processo Penal italiano diferencia claramente os meios de prova dos meios de investigação, catalogando-os separadamente. O reconhecimento está inserido no Título II, que trata dos meios de prova. Referido Título apresenta sete capítulos: a) Capítulo I – das Testemunhas; b) Capítulo II – dos Exames pelas partes; c) Capítulo III – dos Confrontos; d) Capítulo IV – do Reconhecimento; e) Capítulo V – da Inspeção Judicial; f) Capítulo VI – da Perícia; g) Capítulo VII – dos Documentos.

Nota-se que há um capítulo dedicado exclusivamente ao reconhecimento no Código de Processo Penal italiano, mais especificamente, os artigos 213 a 217 regulam essa matéria.

O tratamento dado pelo Direito italiano é bastante extenso e detalhado, tendo em vista que o resultado positivo de um reconhecimento pode ser determinante em um processo. Ercole Aprile assim explica: "Trata-se, portanto, de uma prova cujo resultado pode ser determinante para a decisão: É por tal razão que o legislador, com o fim de evitar possíveis erros ou formas sugestivas, e de salvaguardar assim a genuidade dos seus efeitos, estabelece uma modalidade de execução muito detalhada, cujo respeito está prescrito sob pena de nulidade"[14] (tradução livre).

Em **Portugal**, do mesmo modo que na Espanha e Itália, o reconhecimento é realizado na fase de instrução, momento dedicado à formação dos elementos de prova, que

---

[13] *Tratado del Derecho Procesal Penal ...* , p. 398.
[14] APRILE, Ercole, *La prova penale...*, p. 219.

antecede a fase de julgamento. Está previsto nos artigos 147 a 149 do Código de Processo Penal, no capítulo dedicado aos meios de prova.

Também ocorre na presença de um Juiz, com a participação das partes, para que verifiquem se o procedimento está sendo respeitado. A participação das partes é essencial para a fiscalização do ato, sendo, em regra, uma participação passiva. Somente atuarão em caso de desrespeito ao procedimento, requerendo a indicação da falha no auto de elaboração do reconhecimento.

Na **Argentina**, o reconhecimento é feito na fase de instrução, quando iniciada uma ação penal, após um requerimento fiscal (do Ministério Público) ou da vítima ou mesmo após uma informação policial. É realizado, portanto, do mesmo modo que nos outros países perante o chamado Juiz de instrução.

Também na Argentina, há uma fase de investigação, que é realizada na Polícia, com a participação do Ministério Público. Serve esta fase à formação de indícios para se iniciar ou não a fase de instrução, por meio do oferecimento de requerimento pelo Ministério Público, pela vítima etc.. Nesta fase, não se costuma realizar o reconhecimento, salvo como prova antecipada, caso em que deverá haver a participação das partes e do Juiz, para ter validade.

O procedimento para a realização do reconhecimento está previsto nos artigos 270 a 275 do Código de Processo Penal da Nação. Os Códigos de Processo Penal das Províncias também prevêem procedimento para o reconhecimento, como, por exemplo, os de Córdoba e de Santa Fé.

1.3. Realização antecipada do reconhecimento

Apesar de estar previsto na fase de instrução, quando já existe um processo, importa ressaltar que a doutrina e a jurisprudência italiana, portuguesa e argentina sustentam a necessidade de o reconhecimento ser realizado antecipadamente na fase de investigação. No entanto, por ser irrepetível e para formar elementos de prova, deve ser realizado com a presença do Juiz e das partes.

Isto porque é um meio de prova que tem urgência na sua realização, em virtude do risco de perda da memória. Sendo assim, para que tenha um resultado confiável, deve ser produzido o mais rápido possível.

Como visto, sustenta-se, na Itália, a possibilidade de utilização do chamado incidente probatório, previsto no artigo 392, comma I, letra "g", do Código de Processo Penal, para a realização das provas urgentes.

Em Portugal, defende-se a aplicação do instituto denominado "declarações para memória fraca", previsto nos artigos 192 e 271 do Código de Processo Penal, para a produção antecipada do reconhecimento, de forma que o seu resultado tenha maior credibilidade.

Do mesmo modo, há instituto semelhante na Argentina, que possibilita o reconhecimento já na fase de investigação.

Sobre este tema, remete-se o leitor ao capítulo III, tópicos 2 e 3, deste trabalho.

1.4. Procedimento e fases do reconhecimento

Na **Espanha**, a Lei de *Enjuiciamiento Criminal* regula, com certo detalhe, a diligência de "*reconocimiento en rueda*", conhecida em termos forenses como "roda de reconhecimento" ou "roda de presos". São previstas três fases para a realização do ato.

Interessante observar que, na Espanha, não se prevê o momento prévio do reconhecimento, em que caberia ao reconhecedor indicar características gerais da pessoa a ser reconhecida. Prevê a LECr diretamente a colocação da pessoa perante outras de características semelhantes, quando houver necessidade de identificação.[15]

Prevê o artigo 369, da LECr, que o reconhecedor deve ser colocado em reunião com outras pessoas em circunstâncias exteriores semelhantes.[16] O reconhecedor declarará se a pessoa a que fez referência nas suas declarações encontra-se naquele ambiente.

---

[15] "Artículo 368. Cuantos dirijan cargo a determinada persona deberán reconocerla judicialmente, si el Juez instructor, los acusadores o el mismo inculpado conceptúan fundadamente precisa la diligencia para la identificación de este último, con relación a los designantes, a fin de que no ofrezca duda quién es la persona a que aquéllos se refieren".

[16] "Artículo 369. La diligencia de reconocimiento se practicará poniendo a la vista del que hubiere de verificarlo la persona que haya de ser reconocida, haciéndola comparecer en unión con otras de

O reconhecimento deve ser feito em circunstâncias exteriores semelhantes às do dia dos fatos. Assim, pode ser realizado em local diverso da sala do Juiz.

Há, ainda, a necessidade de se colocarem pessoas com características semelhantes, tendo o Supremo Tribunal espanhol anulado um reconhecimento, porque a pessoa a ser reconhecida era loira e havia sido colocada para a diligência na presença de outras duas pessoas morenas. O Tribunal anulou o ato por entender que essa categoria peculiar, "ser loiro", distinguia-o ostensivamente dos demais e isto poderia ter levado a testemunha a identificar aquela pessoa por ter se fixado justamente nessa característica peculiar (STS de 19 de setembro de 1989).

Conforme Manuel Cobo del Rosal: "é condição *sine qua non* para a validade da diligência que a roda de reconhecimento se pratique colocando a pessoa imputada entre outras que tenham as mesmas características."[17] (tradução livre)

Todo o ato deve ser documentado, constando os detalhes em que foi realizado, local, nome das pessoas que formaram o grupo etc.. O auto de documentação deve ser bastante detalhado, porque servirá de comprovação de como o reconhecimento se realizou. É importante que as partes solicitem que conste tudo que verificarem de irregularidade.

Dispõe o artigo 370, da LECr, que, se forem vários reconhecedores, deverá a diligência ser feita separadamente com cada um deles, impedindo que se comuniquem até a realização do reconhecimento. Diferentemente, com relação à pluralidade de pessoas a serem reconhecidas, poderá o ato ser realizado em um único momento, com todos os acusados colocados ao mesmo tempo em um mesmo ambiente.[18]

---

circunstancias exteriores semejantes. A presencia de todas ellas, o desde un punto en que no pudiere ser visto, según al Juez pareciere más conveniente, el que deba practicar el reconocimiento manifestará si se encuentra en la rueda o grupo la persona a quien hubiese hecho referencia en sus declaraciones designándola, en caso afirmativo, clara y determinadamente.
En la diligencia que se extienda se harán constar todas las circunstancias del acto, así como los nombres de todos los que hubiesen formado la rueda o grupo".

[17] ROSAL, Manuel Cobo del, Tratado de Derecho Procesal Penal español, Madrid, Editora do Centro de Estudos de Especialidades Jurídicas (CESEJ), 2008, p. 399.

[18] "Artículo 370. Cuando fueren varios los que hubieren de reconocer a una persona, la diligencia expresada en el artículo anterior deberá practicarse separadamente con cada uno de ellos, sin que puedan comunicarse entre sí hasta que se haya efectuado el último reconocimiento. Cuando fueren varios los que hubieren de ser reconocidos por una misma persona, podrá hacerse el reconocimiento de todos en un solo acto".

O artigo 371 prevê que aquele que prender o presumido culpado deverá tomar cuidado para que este não faça alterações na sua pessoa que possam dificultar o reconhecimento.[19]

Diz a lei que os trajes das pessoas devem ser mantidos. Esse cuidado deve ser tomado pelos policiais no momento da prisão. Ainda que no local do presídio exija-se o uso de outra vestimenta, a roupa do preso, no momento do suposto crime, deve ser bem guardada, para que seja utilizada no dia do reconhecimento.

Dispõe o artigo 372, da LECr, que os carcereiros ou os diretores de presídio, deverão conservar cuidadosamente as vestes do preso utilizadas no dia da sua prisão, a fim de que possa vestir quantas vezes for conveniente para a diligência do reconhecimento.[20]

Sobre os artigos que tratam do reconhecimento, comenta Teresa Armenta Deu que a diligência serve para determinar a pessoa contra o qual se atribui a prática dos fatos, sendo que exige a presença do imputado à disposição do Juiz instrutor. No caso de ausência do imputado, "existem diversos métodos para sua identificação, como o emprego de gravações, digitais, escrito, dados antropométricos, provas de voz, entre outros"[21] (tradução livre).

Se após a realização do reconhecimento ainda houver dúvidas sobre a identificação do acusado, ressalta Sara Aragoneses Martínez que o juiz instrutor poderá se valer de outros meios para identificá-lo: "entre os que cabe assinalar, sem ânimo de exaustividade, os dados antropométricos, os sinais digitais, o reconhecimento fotográfico, apesar que a exibição por fotografias exige que se realize e ratifique judicialmente, o que, em princípio, é um método policial que pode servir como um meio inicial para se iniciar posteriores investigações. (Vide. entre outras, SSTS de 14 de setembro de 1987, de 13 de maio de 1989, de 25 de outubro de 1995).[22]"

Na **Itália**, o tratamento é dado nos artigos 213 a 217 do Código de Processo Penal.

---

[19] "Artículo 371. El que detuviere o prendiere a algún presunto culpable tomará las precauciones necesarias para que el detenido o preso no haga en su persona o traje alteración alguna que pueda dificultar su reconocimiento por quien corresponda".

[20] "Artículo 372. Análogas precauciones deberán tomar los Alcaldes de las Cárceles y los Jefes de los depósitos de detenidos; y si en los establecimientos de su cargo hubiere traje reglamentario, conservarán cuidadosamente el que lleven los presos o detenidos al ingresar en el establecimiento, a fin de que puedan vestirlo cuantas veces fuere conveniente para diligencias de reconocimiento".

[21] DEU, Teresa Armenta. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. 3ª ed.. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 132.

[22] MARTÍNEZ, Sara Aragoneses e outros. *Derecho Procesal* ... , p. 362.

O artigo 213 refere-se aos atos preliminares do reconhecimento de pessoas. Deve o Juiz, inicialmente, convidar o reconhecedor a descrever a pessoa que teria sido vista, indicando todos os detalhes de que se recorda. É perguntado, em seqüência, se o reconhecedor viu, antes ou depois dos fatos, a pessoa a ser reconhecida, seja por meio de foto ou por qualquer outro meio. O mesmo artigo prevê expressamente que o desrespeito a esse momento do reconhecimento deve conduzir à nulidade do ato.[23]

O artigo 214 trata do desenvolvimento do reconhecimento. Diz a lei que, após a descrição da pessoa pelo reconhecedor, deve o Juiz colocar a pessoa a ser reconhecida na presença de, pelo menos, duas de características semelhantes. Tem o acusado o direito de escolher o lugar em que pretende ficar. Deve o Juiz procurar, quando possível, colocar a pessoa a ser reconhecida em condições semelhantes às do dia dos fatos. Neste contexto, o reconhecedor é chamado para indicar se alguma daquelas pessoas é aquela a que estaria se referindo inicialmente, no primeiro ato do reconhecimento.

Também prevê o artigo que a diligência pode ser realizada sem que a pessoa a ser reconhecida veja o reconhecedor, colocando-os em ambientes separados de forma que somente este vislumbre os outros, se houver indícios de que o reconhecedor possa sofrer alguma intimidação.

Assim, para o sistema italiano, somente em situação excepcional a pessoa a ser reconhecida não vê o reconhecedor.

Quando forem vários os reconhecedores, o ato será feito separadamente com relação a cada um deles, impedindo a comunicação entre si, pois prejudicaria a veracidade do ato.

Por outro lado, quando houver necessidade de a mesma pessoa reconhecer várias pessoas ou vários objetos, o reconhecimento será feito separadamente para cada pessoa ou cada objeto.

Paolo Moscarini fez constar na Enciclopédia Italiana: "A estrutura do procedimento varia quando são múltiplas as pessoas chamadas para o ato, ou os indivíduos

[23] Prevê o artigo 213: "1. Quando occorre procedere a ricognizione personale, il giudice invita chi deve eseguirla a descrivere la persona indicando tutti i particolari che ricorda; gli chiede poi se sia stato in precedenza chiamato a eseguire il riconoscimento, se, prima e dopo il fatto per cui si procede, abbia visto, anche se riprodotta in fotografia o altrimenti, la persona da riconoscere, se la stessa gli sia stata indicata o descritta e se vi siano altre circostanze che possano influire sull'attendibilità del riconoscimento. 2. Nel verbale è fatta menzione degli adempimenti previsti dal comma 1 e delle dichiarazioni rese. 3. L'inosservanza delle disposizioni previste dai commi 1 e 2 è causa di nullità della ricognizione."

ou objetos a reconhecer: na primeira hipótese, procede-se com atos separados, cuidando que seja impedida qualquer comunicação entre aqueles que seguirão ao reconhecimento e que devem seguir-la; na segunda, deve-se colocar alguma pessoa ou coisa entre outros indivíduos ou objetos"[24] (tradução livre).

O Juiz deve colocar a pessoa a ser reconhecida junto com outras (no mínimo, mais duas) e convidar o reconhecedor a indicar quem seria o autor do suposto fato criminoso.

Estabelece-se, ainda, que todo ato do reconhecimento deve vir documentado, mediante fotografia, filmagem ou qualquer outro meio capaz de atestar a forma de realização do reconhecimento.[25]

Pode o juiz permitir que o reconhecimento seja documentado mediante fotos ou filmagens, ou mediante outro meio.

Quanto à pluralidade de reconhecimentos, também os reconhecedores, se em número de 2 ou mais, farão o reconhecimento de forma separada, impedindo-se a comunicação entre eles.

Quanto houver necessidade de a mesma pessoa reconhecer várias pessoas ou vários objetos, o reconhecimento é feito separadamente para cada pessoa ou cada objeto.

Paolo Moscarini fez constar na Enciclopédia Italiana: "A estrutura do procedimento varia quando são múltiplas as pessoas chamadas para o ato, ou os indivíduos ou objetos a reconhecer: na primeira hipótese, 'procede-se com atos separados, cuidando que seja impedida qualquer comunicação entre aqueles que seguirão ao reconhecimento e

---

[24] MOSCARINI, Paolo. In: *Enciclopedia Giuridica – Istitvto Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani*. Roma: Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 2003. vol. XVII, p. 1.

[25] Assim consta do artigo 214: "1. Allontanato colui che deve eseguire la ricognizione, il giudice procura la presenza di almeno due persone il più possibile somiglianti, anche nell'abbigliamento, a quella sottoposta a ricognizione. Invita quindi quest'ultima a scegliere il suo posto rispetto alle altre, curando che si presenti, sin dove è possibile, nelle stesse condizioni nelle quali sarebbe stata vista dalla persona chiamata alla ricognizione. Nuovamente introdotta quest'ultima, il giudice le chiede se riconosca taluno dei presenti e, in caso affermativo, la invita a indicare chi abbia riconosciuto e a precisare se ne sia certa. 2. Se vi è fondata ragione di ritenere che la persona chiamata alla ricognizione possa subire intimidazione o altra influenza dalla presenza di quella sottoposta a ricognizione, il giudice dispone che l'atto sia compiuto senza che quest'ultima possa vedere la prima. 3. Nel verbale è fatta menzione, a pena di nullità, delle modalità di svolgimento e ricognizione. Il giudice può disporre che lo svolgimento della ricognizione sia documentato anche mediante rilevazioni fotografiche o cinematografiche o mediante altri strumenti o procedimenti".

que devem seguir-la'; na segunda, deve-se colocar alguma pessoa ou coisa' entre outros indivíduos ou objetos.'"[26]

Segue Paolo Moscarini afirmando que: "Quanto à hipótese de pluralidade de reconhecimento, o artigo 217, do novo c.p.p., reproduzindo o artigo 362 do c.p.p. de 1930, estabelece que, quanto mais pessoas são chamadas a seguir o reconhecimento da mesma pessoa ou do mesmo objeto, o juiz deve realizar em atos separados, impedindo qualquer comunicação entre os convidados a reconhecer (1º co.); e que, se uma mesma pessoa deve fazer o reconhecimento de mais pessoas ou de mais objetos, o juiz proceda para um único ato, de modo que a pessoa ou o objeto sobreposto a reconhecer sejam colocados entre pessoas ou objetos diferentes (2º co.)".[27]

O procedimento para o reconhecimento de pessoas em **Portugal** está previsto nos artigos 147 a 149, do Código de Processo Penal.

Existem duas fases para o reconhecimento. Com relação à primeira, dispõe o Código que o sujeito ativo do reconhecimento deve ser chamado a juízo e, antes de iniciar o ato, deve ser questionado sobre as características pormenorizadas da pessoa que teria sido vista. Também, na lei portuguesa, consta a necessidade de o reconhecimento ocorrer somente em caso de necessidade.[28]

Prevê o Código de Processo Penal português, no artigo 147, n.º 1, que ao reconhecedor deve ser perguntado se já havia visto aquela pessoa antes e em quais condições. Esta pergunta é obrigatória no sistema português.

Germano Marques da Silva assinala que, se o reconhecedor obtiver, antecipadamente, características prévias da pessoa a ser identificada, por fotografia ou quaisquer outros meios, o reconhecimento não terá valor probatório.[29]

Segundo o texto legislativo português, somente se passa para a segunda fase do reconhecimento, quando a identificação da pessoa ou coisa não se mostrou cabal na primeira fase (artigo 147, n.º 2, do Código de Processo Penal).

---

[26] MOSCARINI, Paolo. In: *Enciclopedia Giuridica*, p. 1. .
[27] MOSCARINI, Paolo. In: *Enciclopedia Giuridica*, p. 1. ..
[28] Prevê o artigo 147, n.º 1: "1 - Quando houver necessidade de proceder ao reconhecimento de qualquer pessoa, solicita-se à pessoa que deva fazer a identificação que a descreva, com indicação de todos os pormenores de que se recorda. Em seguida, é-lhe perguntado se já a tinha visto antes e em que condições. Por último, é interrogada sobre outras circunstâncias que possam influir na credibilidade da identificação."
[29] SILVA, Germano Marques da, Curso de Processo Penal, Tomo II, Editora Verbo, Lisboa, 1999, p. 175.

Nesta fase, deve o Magistrado procurar duas outras pessoas de características semelhantes, inclusive o vestuário deve ser parecido, e o reconhecedor indica se alguma delas era a pessoa que teria sido vista no momento do crime.

Prevê o artigo 147, n.º 3, do Código de Processo Penal, que o reconhecimento pode ser realizado sem que a pessoa a ser reconhecida veja o reconhecedor, quando houver sinais de intimidação.[30]

O reconhecimento realizado sem o respeito às formalidades legais não terá valor como meio de prova.[31]

O artigo 149, do Código de Processo Penal, prevê a possibilidade de reconhecimento plúrimo, ou seja, aquele realizado com diversos acusados. Nesta hipótese, a colocação de cada um dos imputados com outras pessoas de características semelhantes deve ser feita separadamente, em momentos diferentes, até porque as características, provavelmente, vão variar de pessoa a pessoa.[32]

Na **Argentina**, o reconhecimento tem previsão nos artigos 270 a 275 do Código de Processo Penal da Nação.

Somente pode ser realizado na presença do Juiz e para a finalidade de identificar uma pessoa. Possibilita o artigo 270 que o ato seja efetuado por "meios técnicos, por testemunhas ou qualquer outro". Ou seja, pode ser realizado por diversas formas.

Existem três fases para o reconhecimento.

Na primeira fase, chamada de "interrogatorio previo", o sujeito ativo é chamado para indicar as características do acusado. Também prevê a lei argentina, como a portuguesa, que se pergunte ao reconhecedor se já havia visto aquela pessoa em outra

[30] Prevê o artigo 147, n.º 3 "Se houver razão para crer que a pessoa chamada a fazer a identificação pode ser intimidada ou perturbada pela efectivação do reconhecimento e este não tiver lugar em audiência, deve o mesmo efectuar-se, se possível, sem que aquela pessoa seja vista pelo identificando".

[31] Prevê o artigo 147, n.º 4: "O reconhecimento que não obedecer ao disposto neste artigo não tem valor como meio de prova."

[32] Prevê o artigo 149: "1 - Quando houver necessidade de proceder ao reconhecimento da mesma pessoa ou do mesmo objecto por mais de uma pessoa, cada uma delas fá-lo separadamente, impedindo-se a comunicação entre elas. 2 - Quando houver necessidade de a mesma pessoa reconhecer várias pessoas ou vários objectos, o reconhecimento é feito separadamente para cada pessoa ou cada objecto."

oportunidade, seja pessoalmente ou por imagem. Haverá necessidade de a testemunha prestar juramento neste ato.[33]

A segunda fase, conforme o artigo 272 do Código de Processo Penal da Nação, é realizada em seqüência ao interrogatório, sendo o imputado colocado ao lado de duas ou mais pessoas com características semelhantes. Após, indaga-se ao reconhecedor se está presente no local a pessoa a que teria feito referência. Em caso afirmativo, solicita-se ao reconhecedor que indique as diferenças e semelhanças entre o seu estado atual e o estado em que se encontrava no dia dos fatos.[34]

A terceira fase, disposta na parte final do artigo 272, prevê a elaboração do auto circunstanciado da diligência, exigindo a lei que se indique na ata todas as circunstâncias úteis, inclusive nome e domicílio das pessoas que foram colocadas como semelhantes "en rueda".

Na Argentina, o reconhecimento plúrimo também é previsto e deve ser feito separadamente, podendo ser lavrada uma única ata (artigo 273 do Código de Processo Penal da Nação). No entanto, quando forem várias pessoas a serem identificadas, poderá ser feito um único reconhecimento.

2. Outras formas de se realizar o reconhecimento de pessoas

Pelos princípios da liberdade probatória e da não taxatividade, qualquer meio de prova é admitido, desde que não ofensivos ao texto constitucional.

---

[33] Prevê o artigo 271: "Interrogatorio previo. Antes del reconocimiento, quien haya de practicarlo será interrogado para que describa a la persona de que se trata y para que diga si antes de ese acto la ha conocido o visto personalmente o en imagen. El declarante prestará juramento, a excepción del imputado."

[34] Prevê o artigo 272: "Forma. La diligencia de reconocimiento se practicará enseguida del interrogatorio poniendo a la vista del que haya de verificarlo, junto con otras dos o más personas de condiciones exteriores semejantes, a la que deba ser identificada o reconocida, quien elegirá colocación en la rueda. En presencia de todas ellas, o desde donde no pueda ser visto, según el juez lo estime oportuno, el que deba practicar el reconocimiento manifestará si se encuentra en la rueda la persona a la que haya hecho referencia, invitándoselo a que, en caso afirmativo, la designe clara y precisamente y manifieste las diferencias y semejanzas que observare entre su estado actual y el que presentaba en la época a que se refiere su declaración. La diligencia se hará constar en acta, donde se consignarán todas las circunstancias útiles, inclusive el nombre y el domicilio de los que hubieren formado la rueda."

Na Constituição e no Código de Processo Penal de todos os países estudados, o princípio da liberdade probatória está assegurado. É possível que o Juiz se valha de meios de prova diferentes daqueles previstos na lei, se não restringirem direitos fundamentais.

Com relação ao reconhecimento, na maioria das legislações, somente é típico o pessoal visual e presencial e o de objetos. No entanto, com base no princípio da liberdade probatória, outras espécies de reconhecimento pessoal podem ser admitidas, como o por meio de fotografia ou de vozes.

O Código de Processo Penal italiano prevê expressamente, no artigo 216, que é possível a realização do reconhecimento por outros meios sensoriais, diversos da visão, como, por exemplo, vozes ou sons, e dispõe que deve ser respeitado o rito do reconhecimento de pessoas presencial e visual.[35]

Conforme desenvolvido no capítulo II deste trabalho, o reconhecimento de pessoas pode ser feito de várias formas: visual ou não visual, com ou sem a presença física da pessoa a ser reconhecida.

Em geral, as legislações tratam apenas do reconhecimento pessoal e presencial, inclusive o seu procedimento é aplicado por analogia às outras espécies de reconhecimento.

Como regra, e quando necessário, deve ser feito o reconhecimento pessoal e presencial, já que é essencial a presença física da pessoa a ser reconhecida, para evitar erros no procedimento.

No entanto, em caráter extraordinário, pode-se admitir a utilização de outras espécies de reconhecimento pessoal, como por imagem ou por vozes, nas hipóteses de impossibilidade de realização de reconhecimento pessoal visual e presencial e havendo necessidade de identificação da pessoa.

Abaixo, serão apresentados os procedimentos sugeridos na legislação ou doutrina estrangeiras para os casos excepcionais que justificam a necessidade de reconhecimento pessoal por imagem ou por vozes.

---

[35] Prevê o artigo 216: "1. Quando dispone la ricognizione di voci, suoni o di quanto altro può essere oggetto di percezione sensoriale, il giudice procede osservando le disposizioni dell'articolo 213, in quanto applicabili. 2. Si applicano le disposizioni dell'articolo 214 comma 3."

2.1. Reconhecimento pessoal e visual por meio de fotografia

Em geral, o reconhecimento por fotografias não está previsto nas legislações, apesar de ser bastante utilizado.

O reconhecimento fotográfico é aquele realizado diretamente sobre a imagem do acusado. Não há uma observação direta sobre o imputado, mas sobre a sua fotografia.

Nos quatro países estudados, somente a Argentina prevê expressamente o reconhecimento fotográfico. Tanto no Código de Processo Penal da Nação[36] como no Código de Processo Penal da Província de Córdoba[37] e no da Província de Santa Fé[38] há previsão para o reconhecimento fotográfico.

Apesar de expressamente previsto naquele país, o reconhecimento fotográfico não pode ser usado de forma desmesurada e apressada. Isto porque há "o propósito de

---

[36] Prevê o artigo 274, do Código de Processo Penal da Nação argentina: "274. Reconocimiento por fotografía. Cuando sea necesario identificar o reconocer a una persona que no estuviere presente y no pudiere ser habida, y de la que se tuvieren fotografías, se les presentarán éstas, con otras semejantes de distintas personas, al que debe efectuar el reconocimiento. En lo demás, se observarán las disposiciones precedentes."

[37] Prevê o artigo 253, do Código de Processo Penal da Província de Córdoba: "Artículo 253 - Reconocimiento por Fotografía. Sólo podrá reconocerse fotográficamente a una persona, bajo pena de nulidad, en los siguientes casos: 1) Cuando quien deba ser reconocido no estuviere presente y no pudiere ser habido, o cuando no fuere posible el reconocimiento de persona por haberse alterado sus rasgos fisonómicos. 2) Cuando el reconocimiento no tuviere la obligación legal de concurrir (Ley 22. 172 art. 10), o cuando no pudiere hacerlo por razones de fuerza mayor, debidamente comprobadas. En estos casos y bajo idéntica sanción, se procederá a exhibir la fotografía de la persona a reconocer, junto con otras semejantes de distintas personas de similares características fisonómicas."

[38] Prevêem os artigos 198 a 200: "Artículo 198 – Reconocimiento por fotografía.- Cuando no fuera posible realizar el reconocimiento de una persona en la forma prevista por los artículos anteriores, podrá exhibirse su fotografía o videoimagen junto con otras semejantes de distintas personas a quien deba efectuar el reconocimiento, observándose en lo demás, las reglas precedentes. Artículo 199 - Reconocimiento o exhibiciones fotográficas. Prohibición. Las autoridades prevencionales se abstendrán de practicar reconocimiento o exhibiciones fotográficas respecto a personas sobre las que existan sospechas; en este caso, si la misma no pudiere ser habida, a través de la oficina técnica respectiva se elaborará un cuadernillo de fotos que será remitido al Fiscal para que, en su caso, proceda según el Artículo 194. Artículo 200 - Reconocimiento o exhibiciones fotográficas. Procedencia.- El preventor podrá mostrar a las víctimas o testigos álbumes de personas cuando se procure la individualización de personas desconocidas o sobre las que no existan sospechas, de la siguiente manera:
1) la diligencia deberá cumplimentarse con las formalidades establecidas en este capítulo. El acta además contendrá lugar, fecha y hora, identificación de la persona que intervenga, la individualización y conformación de los álbumes mostrados, las precisas palabras de quien practica la medida y cualquier circunstancia útil;
2) si la exhibición fotográfica brindare resultados positivos se remitirá al Fiscal, junto al acta respectiva, una copia de la fotografía señalada y, al menos, de otras cuatro inmediatas que compongan el álbum correspondiente; 3) será considerada falta grave, cualquier señalización de fotografías y exhibición deliberada y en fraude a la ley por el preventor.

evitar os múltiplos inconvenientes que podem resultar da apresentação indicativa de fotografias por parte dos pesquisadores"[39] (tradução livre).

Há grande preocupação na Argentina com a utilização descontrolada deste meio de prova, pois, conforme consta na exposição de motivos do Código de Processo Penal de Córdoba, há quem busque nas testemunhas "mais a confirmação de suas suspeitas do que a apresentação de provas convincentes aos juízes"[40] (tradução livre).

Para Cafferata Nores, o reconhecimento por fotografia é um reconhecimento por imagem, como seria o reconhecimento por vídeo, pois não há a presença física do imputado. Por isso, o procedimento proposto para o reconhecimento fotográfico pode ser aplicado a qualquer reconhecimento por imagem.[41]

2.1.1. Natureza jurídica

O reconhecimento pessoal e visual por meio de fotografia é costumeiramente denominado "reconhecimento fotográfico". Trata-se de uma forma subsidiária de se realizar o reconhecimento de pessoas.

Importante salientar que o reconhecimento pessoal e visual por meio de fotografia difere-se do reconhecimento pessoal e presencial. Conforme ensina Triggiani: "A estrutura normativa do reconhecimento pessoal – como se observou – requer aquele elemento essencial que é a presença física do sujeito a reconhecer: faltando este elemento no reconhecimento fotográfico, faltaria o 'núcleo da fattispecie', assim como um determinado ato não constituiria nem mesmo algo 'semelhante ao reconhecimento'. O reconhecimento fotográfico integraria, em resumo, os extremos de um ato juridicamente 'inexistente'"[42] (tradução livre).

---

[39] NORES. José I. Cafferata, *Reconocimiento de personas...*, p. 81.
[40] NORES. José I. Cafferata, *Reconocimiento de personas...,* p. 81.
[41] NORES. José I. Cafferata, *Reconocimiento de personas...*, p. 81. Sobre as regras do reconhecimento por fotografia, ressalta Nores que elas "serão também aplicáveis ao reconhecimento pela exibição de outras imagens (p. ex.: video) já que, em ambos os casos, tratar-se-á de imagens (não de pessoas físicas, uma fixas e outras móveis), mas imagens ao fim: substancialmente tratar-se-á de um reconhecimento que o sistema processual chama por 'fotografias', pois tem em comum com esse tipo de ato, que a pessoa a ser reconhecedor não é colocado frente à pessoa física do sujeito a reconhecer, senão frente a uma imagem deste" (tradução livre) (NORES. José I. Cafferata, *Reconocimiento de personas...*, p. 81).
[42] TRIGGIANI, Nicola. *Ricognizzione* ... , p. 194.

O reconhecimento fotográfico é ato irrepetível. Gustavo Arocena apresenta os motivos: "conforme sua natureza psicológica, 'a diligência se reduz, em último caso, na confrontação das imagens – uma obtida antes do processo e outra durante o ato – e a formação de um juízo de identidade ou de diferença entre ambas. Ao praticar-se um segundo reconhecimento fotográfico, existirá sempre o perigo de que a imagem adquirida durante o primeiro persista na mente do reconhecedor, sobrepondo-se, completando ou substituindo a percepção originária.".[43]

É também o reconhecimento fotográfico um ato definitivo, pois, para servir de prova em juízo, não é necessário repeti-lo e melhorá-lo processualmente.[44]

2.1.2. Autoridade competente para a realização

O reconhecimento por fotografia segue a mesma exigência do reconhecimento presencial. Deve ser realizado na presença do Juiz e das partes, para que se possa formar elemento de prova.

2.1.3. Reconhecimento fotográfico e o caráter subsidiário

O reconhecimento pessoal por fotografia é feito subsidiariamente, ou seja, somente pode ser utilizado quando não for possível a identificação do imputado por outros meios, como, por exemplo, o reconhecimento pessoal.[45]

Ressalta José Caferata Nores, sobre o caráter subsidiário do reconhecimento fotográfico, que: "Poder-se-á realizar o reconhecimento fotográfico quando seja necessário

---

[43] "El reconocimiento por fotografía, las atribuciones de la Policía Judicial y los actos definitivos e irreproductibles" *in Temas de derecho procesal penal (contemporâneos)*, editorial Mediterránea, 1ª edição, Córdoba, 2004, p. 97.

[44] AROCENA, Gustavo, "El reconocimiento por fotografía...", p. 98.

[45] Luiz Alfredo de Diego Diez transcreve trechos de um julgado espanhol que deixa claro que a possibilidade de se valer do reconhecimento fotográfico depende da inexistência de outras formas de identificação do investigado: "Ante la ausência de otros datos para identificar al delincuente, la STS de 23 de enero de 1995 destaca la importancia de este medio de investigación: '(...) A veces, porque no existen datos para identificar al delincuente y, por tanto, no ha podido ser detenido, es imprescindible acudir a la exhibición de fotografías, procedimiento válido, desde luego, pero tan sólo como medio policial de investigación que puede servir para ulteriores diligencias que sean base de verdaderas pruebas posteriores" (*Identificación fotográfica…*, p. 29).

identificar ou reconhecer uma pessoa que não esteja e nem possa estar presente e se conte com fotografias dela”[46] (tradução livre).

Somente nos casos de paradeiro ignorado do imputado ou, quando localizado, não esteja em condições de se dirigir ao lugar do ato, é que se pode realizar o reconhecimento por fotografia.

Não basta a simples ausência. Ensina Caferata Nores que somente pode se utilizar do reconhecimento fotográfico quando: “...o indivíduo a identificar não possa ser submetido pessoalmente ao reconhecimento. Isto ocorrerá quando se ignore seu paradeiro ou domicílio ou, havendo sido localizado, não esteja em condições de se dirigir ao lugar do ato”[47] (tradução livre).

Há quem defenda a realização do reconhecimento fotográfico, ainda que possível o reconhecimento pessoal, na hipótese em que a vítima se sente desconfortável em realizar o reconhecimento pessoal, mesmo em sala separada.[48] Seria possível o reconhecimento fotográfico, se o reconhecedor se negasse ao reconhecimento e concordasse com a substituição pelo fotográfico. No entanto, mesmo nesta hipótese, permaneceria o seu caráter subsidiário.

Para Sara Aragoneses Martinez, se, após a realização do reconhecimento, ainda houver dúvidas sobre a identificação do acusado, pode o Juiz instrutor se valer de outros meios para identificá-lo, como, por exemplo, o reconhecimento fotográfico.[49]

A autora cita a jurisprudência espanhola que admitiu o reconhecimento fotográfico quando a vítima está com medo de represálias ou o acusado não foi localizado: “O reconhecimento fotográfico, freqüentíssimo na prática, em que pese reunir menores garantias do que o em roda, admitiu-se pela jurisprudência para evitar os perigos do reconhecimento direto (temor da vítima ou represálias), ademais resulta particularmente útil quando o inculpado não foi ainda localizado. Maiores dúvidas suscita o sistema de reconhecimento da ‘voz’ (Vid. STS de 26 de outubro de 1990)”[50] (tradução livre).

---

[46] *La prueba en proceso penal…*, pp. 124/125.
[47] NORES, José de Cafferata. *La prueba en proceso penal...*, p. 125.
[48] DIEZ, Luiz Alfredo de Diego, *Identificación fotográfica...*, p. 29.
[49] MARTÍNEZ, Sara Aragoneses e outros, *Derecho Procesal Penal...*, p. 362.
[50] MARTÍNEZ, Sara Aragoneses e outros, *Derecho Procesal Penal...*, p. 362.

Na Argentina, conforme o texto legal, somente ocorre o reconhecimento fotográfico quando a pessoa a ser reconhecida não esteja e não possa estar presente.[51] Nestes casos, utilizam-se as suas fotografias.

Assim, em primeiro lugar, exige-se que o reconhecimento fotográfico seja realizado quando a pessoa a ser identificada não possa ser submetida ao reconhecimento pessoal. Conforme Cafferata Nores, isto ocorrerá quando: "se encontre prófugo ou se ignore o seu paradeiro ou domicílio ou, havendo sido localizado, não esteja em condições de concorrer ao lugar do ato (por exemplo: em caso de enfermidade contagiosa grave)"[52] (tradução livre).

Também se recorre ao reconhecimento fotográfico nas hipóteses em que é possível o reconhecimento pessoal, no entanto, este não terá nenhuma efetividade devido à desconfiguração do rosto, enfermidade, tempo etc.. Consta do Código de Processo Penal de Córdoba, em seu artigo 253, inciso 1, que poderá se proceder ao reconhecimento por fotografias, quando não for possível o reconhecimento das pessoas, por haver alterado suas características físicas.

Para Cafferata Nores, há outra possibilidade de se valer do reconhecimento fotográfico: "Pensamos que outras circunstâncias podem levar o funcionário judicial a optar pelo reconhecimento fotográfico, como, por exemplo, não encontrar pessoas de condições exteriores semelhantes às do indivíduo a reconhecer se este estiver deformado ou de físico pouco comum etc.. No entanto, estas características excepcionais devem se considerar como critério restritivo."[53] (tradução livre).

---

[51] Texto do artigo 274, do CPPN: "Reconocimiento por fotografía. Cuando sea necesario identificar o reconocer a una persona que no estuviere presente y no pudiere ser habida, y de la que se tuvieren fotografías, se les presentarán éstas, con otras semejantes de distintas personas, al que debe efectuar el reconocimiento. En lo demás, se observarán las disposiciones precedentes."
Texto do artigo 253, do CPP Cba: "Reconocimiento por Fotografía. Sólo podrá reconocerse fotográficamente a una persona, bajo pena de nulidad, en los siguientes casos: 1) Cuando quien deba ser reconocido no estuviere presente y no pudiere ser habido, o cuando no fuere posible el reconocimiento de persona por haberse alterado sus rasgos fisonómicos. 2) Cuando el reconocimiento no tuviere la obligación legal de concurrir (Ley 22. 172 art. 10), o cuando no pudiere hacerlo por razones de fuerza mayor, debidamente comprobadas. En estos casos y bajo idéntica sanción, se procederá a exhibir la fotografía de la persona a reconocer, junto con otras semejantes de distintas personas de similares características fisonómicas."
[52] NORES, José I. Cafferata, *Reconocimiento de persona* ..., p. 86.
[53] NORES, José I. Cafferata,*Reconocimiento de personas*..., p. 89.

2.1.4. Procedimento para a realização do reconhecimento pessoal por fotografia

Em regra, o reconhecimento pessoal por fotografia é um meio de prova atípico, pois, exceto na Argentina, não apresenta previsão legal em nenhum dos países estudados. Sendo atípico, deve-se respeitar o procedimento de um meio de prova análogo. No caso, o procedimento do reconhecimento de pessoas visual e presencial.

A existência das quatro fases é imprescindível, pois cada uma delas tem a sua razão de ser, conforme explorado anteriormente.

Portanto, antes de se iniciar o reconhecimento, deve a autoridade solicitar ao reconhecedor que indique as características físicas do suposto autor do crime. A ele devem ser feitas perguntas referentes ao tempo de contato com o autor, se estava claro ou escuro no momento em que o viu, se havia outras pessoas no local, se o viu posteriormente etc..

Na segunda fase, a autoridade deverá selecionar outras fotos de pessoas com características semelhantes à indicada e a do suspeito, para que o reconhecedor possa indicar uma delas.

Na terceira fase, o reconhecedor será indagado se reconhece uma daquelas fotos como sendo da pessoa que teria cometido o delito.

Como ensina Luis Alfredo de Diego Díez: "A exibição não deve se limitar, por regra geral, unicamente à fotografia do suspeito. Nas dependências policiais, às testemunhas devem ser mostrados álbuns com uma pluralidade de fotografias e permitir-lhes que os examinem sem sugerir a possível identificação de nenhuma delas. Ao contrário, poderia viciar-se o posterior reconhecimento em roda de pessoas"[54] (tradução livre).

Mostrar uma única fotografia é extremamente perigoso pela alta carga de sugestionabilidade. Segundo decidiu a STS de 1 de dezembro de 1995, o fato de apresentar uma única foto revela a falta de neutralidade do investigador.

Depois disto, passa-se à quarta fase, destinada à elaboração do auto de reconhecimento.

---

[54] DÍEZ, Luis Alfredo de Diego, *Identificación fotográfica y reconocimiento*..., p. 52.

2.1.5. Procedimento para o reconhecimento fotográfico na Argentina

De todos os países que foram analisados neste trabalho, o único que dá tratamento específico ao reconhecimento fotográfico é a Argentina.

Tanto o Código de Processo Penal da Nação (artigo 274), como o das Províncias de Córdoba (artigo 253) e de Santa Fé (artigos 198 a 200), dispõem que o reconhecimento por fotografia somente será possível quando não houver possibilidade de realizar o reconhecimento pessoal. Se for realizado sem respeitar o critério da subsidiariedade, estará eivado de nulidade absoluta.

Ensina José Cafferata Nores: "O reconhecimento fotográfico é subsidiário ao pessoal e somente se pode utilizar se a pessoa a reconhecer nao estiver presente ou nao se puder trazer para o ato. O ter sido realizado um reconhecimento por imagem sem que concorram as condicoes excepcionais para nao fazê-lo presencialmente, está cominado com nulidade no próprio artigo 253 do Código de Processo Penal de Córdoba, a que assim declara-se."[55]

O Código de Processo Penal de Córdoba prevê a utilização do reconhecimento fotográfico nos seguintes casos: 1) quando quem deva ser reconhecido não estiver presente e não poderá estar e quando não for possível o reconhecimento pessoal presencial por ter havido alterações nos traços fisionômicos; 2) quando o reconhecimento não puder ser realizado por razões de força maior.

As fotografias a serem colocadas para reconhecimento devem ser de pessoas com características semelhantes às daquela a ser reconhecida.[56]

Segue o mesmo procedimento do "reconocimiento en rueda de personas" e deve ser feito subsidiariamente, respeitando as quatro fases existentes para o reconhecimento pessoal.

---

[55] DÍEZ, Luis Alfredo de Diego, *Identificación fotográfica y reconocimiento*..., p. 90.
[56] Código de Processo Penal Nacional, artigo 274, Código de Processo Penal de Córdoba, artigo 253 e Código de Processo Penal de Santa Fé, artigo 198.

2.1.6. Da individualização por imagem do Direito italiano

Na Itália, há um instituto chamado "individualização por imagem", que abrange todas as possibilidades de identificação de uma pessoa por meio de imagem, sendo utilizado na fase de investigação para encontrar indícios de autoria do fato criminoso.

Para a doutrina italiana, é nesta categoria que se insere o reconhecimento fotográfico ou também chamado individualização fotográfica.

Compara-se esta espécie de reconhecimento àquele feito por vídeo, por exemplo. Insere-se na categoria do reconhecimento por imagem.

Conforme ensina Ana Maria Capitta: "Também com relação à utilização da individualização fotográfica, a solução é fornecida pelo legislador, onde, no artigo 361, comma 2, do c.p.p., prevê expressamente a individualização por imagem e, no artigo 361, comma 1, c.p.p, que limita o valor desta à investigação apenas"[57] (tradução livre).

Ana Maria Capitta analisa o tratamento que deve ser dado ao "reconhecimento" fotográfico realizado em sede de audiência. Na Itália, há forte entendimento no sentido de que seria um ato análogo ao reconhecimento pessoal informal realizado em audiência, denominado "accertamento di fatto", utilizado pelos Juízes com base nos princípios do livre convencimento e da liberdade probatória. A Corte Suprema admite o reconhecimento fotográfico com base nestes argumentos.[58]

A autora entende que não seria válido o reconhecimento por fotografia, porque não é o reconhecimento pessoal e está passível de muitas falhas, devendo ter mero valor de indício. Trata-se, portanto, de mero reconhecimento por imagem, possibilidade existente no Direito italiano como meio de identificação exclusivo para a fase investigatória.[59]

No Código Rocco, não havia qualquer regra a respeito do reconhecimento fotográfico. Todavia, era aceito, com base nos princípios do livre convencimento e da não taxatividade dos meios de prova, desde que "constituísse legitima fonte de convencimento para o juiz, sempre que tivesse oferecido garantia de absoluta certeza e o resultado fosse

---

[57] *Ricognizioni e individuazioni de persone nel diritto delle prove penali*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2001, p. 260.
[58] CAPITTA, Anna Maria, *Ricognizioni e individuazioni de persone..., p*. 200.
[59] CAPITTA, Anna Maria, *Ricognizioni e individuazioni de persone...,* pp. 201/202.

adequadamente válido, sobretudo em referência a outros dados probatórios"[60] (tradução livre). Era considerado reconhecimento atípico, pela falta de previsão legal.

Na Itália, o reconhecimento fotográfico não é considerado reconhecimento pessoal, porque este exige a presença física da pessoa.[61]

Assim, muitas discussões surgiram em sentido contrário à jurisprudência prevalente, segundo a qual se poderia admitir o reconhecimento fotográfico como meio de prova atípico.

Tal divergência foi amenizada com o advento do Código de Processo Penal de 1988, que instituiu a figura do reconhecimento por imagem. Tal possibilidade vem prevista como um ato de individualização, específico para a fase de investigação, que, em tese, não teria qualquer valor probatório pela ausência de contraditório.

Para Ana Maria Capitta, o legislador do novo Código encerrou a discussão anterior e, expressamente, considerou o reconhecimento fotográfico um ato de "individualização por imagem", previsto para a fase investigatória e não uma espécie de reconhecimento pessoal, previsto para a fase judicial.[62]

No entanto, a jurisprudência italiana, mesmo com a nova legislação processual, vem admitindo o reconhecimento fotográfico, com base nos princípios do livre convencimento e da não taxatividade dos meios de prova. Em apertada síntese, a atual jurisprudência italiana entende que "o reconhecimento fotográfico efetuado em sede de investigação policial – analogamente ao reconhecimento informal efetuado em debates no curso da oitiva da testemunha frente ao imputado presente – constituiria um 'accertamento di fatto', utilizável em juízo em virtude dos princípios da não taxatividade dos meios de prova e do livre convencimento do juiz"[63] (tradução livre).

Este posicionamento é contrariado pela doutrina italiana, para a qual não se pode dar ao reconhecimento fotográfico valor probatório, porque é produzido sem contraditório e na fase investigatória. Trata-se de elemento de investigação apenas, com a estrita finalidade de individualização.

---

[60] TRIGGIANI, Nicola, *Ricognizioni...*, p. 192.
[61] TRIGGIANI, Nicola, *Ricognizioni...*, p. 192.
[62] *Ricognizioni e individuazioni de persone...,* p. 199.
[63] TRIGGIANI, Nicola, *Ricognizzioni...*, p. 197.

Asseveram os doutrinadores que o reconhecimento fotográfico não pode ter valor probatório, porque: "Em suma, se os dispositivos das leis têm um sentido, a rigorosa disciplina ditada pelo legislador para o reconhecimento – a qual, vale repetir, não assegura a objetividade do resultado – tem a finalidade própria de excluir, e por isso, de vetar, o reconhecimento fotográfico: diversamente opinando, a presença de uma meticulosa regulamentação do reconhecimento pessoal deveria reter-se *tamquam non esset*"[64] (tradução livre).

Para Ana Maria Capitta, o reconhecimento (individualização fotográfica) tem a estrita finalidade de individualizar e serve somente para a fase de investigação, devendo ser realizado somente nos casos em que haja necessidade.[65]

Ressalta Triggiani o risco do reconhecimento fotográfico, tendo em vista que fatores técnicos e ambientais podem alterar a fisionomia de uma pessoa e isto leva a crer que não seria idôneo dar certeza no caso concreto.[66] Ainda salienta o autor que a falta de dinâmica na foto dificulta que o reconhecedor tenha certeza da sua conclusão, pois os gestos, movimentos de expressão etc., podem levar a uma efetividade maior no reconhecimento. Estes movimentos faltam no reconhecimento fotográfico, o que lhe daria menor valor.[67]

2.1.7. Necessária realização de reconhecimento presencial após o reconhecimento fotográfico

A realização de um reconhecimento fotográfico não dispensa o reconhecimento presencial, se em algum momento do processo isto for possível.

Aparentemente, este segundo ato estaria viciado por estar influenciado pelas fotografias vistas no primeiro momento.

Para os Tribunais espanhóis, o primeiro contato por fotografia não vicia eventual reconhecimento posterior. É pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido de que: "a exibição de fotografias de um suspeito às pessoas que poderiam identificá-lo

---

[64] TRIGGIANI, Nicola, *Ricognizzioni...*, p. 199.
[65] *Ricognizioni e individuazioni de persone...,* p. 264.
[66] TRIGGIANI, Nicola, *Ricognizzioni..* , p. 203.
[67] TRIGGIANI, Nicola, *Ricognizioni...*, p. 203.

(...) de modo algum invalida nem questiona uma possível roda de identificação que se pratique posteriormente."[68] (tradução livre).

Este posicionamento é pacífico no Tribunal Constitucional espanhol, que sustenta que o reconhecimento fotográfico prévio "não invalida por si só a posterior diligência sumarial de reconhecimento em roda (...). A alegação do recorrente de que a prévia exibição de sua fotografia pode influir no resultado da posterior roda de reconhecimento não deixa de ser uma mera conjectura, sem suporte probatório algum."[69] (tradução livre).

De acordo com a jurisprudência espanhola, ainda que a identificação fotográfica na Polícia tenha sido feita de forma ilícita ou irregular, nada impede a realização de um reconhecimento pessoal em juízo, que torne a identificação válida.[70]

Do mesmo modo, José Cafferata Nores salienta a necessidade de ser feito o reconhecimento pessoal após o reconhecimento fotográfico.[71]

Assim, se houver necessidade do reconhecimento fotográfico, utilizado subsidiariamente ao presencial, nada impede que outro venha a ser realizado na presença do acusado, caso isto seja possível em algum momento. A questão poderá apenas envolver a valoração do resultado, pois poderá o Juiz considerar um menor valor probatório para o reconhecimento presencial, devido a possível sugestionamento, na medida em que a pessoa foi vista anteriormente por imagem.

3. Reconhecimento pessoal auditivo por meio de voz

O reconhecimento de vozes é uma forma de reconhecimento pessoal, mas realizada por outro sentido do reconhecedor: a audição.

No Código Rocco italiano, o reconhecimento pessoal por meio de voz era admitido apenas como indício, nas hipóteses em que o rito análogo não era respeitado. A Suprema Corte italiana, em 1985, chegou a afirmar que: "o reconhecimento de vozes, seguido sem intercalar vozes estranhas com aquela a reconhecer e sem reproduzir

[68] STS de 29 de abril de 1997.
[69] STC 205/1998 (FJ 5.B).
[70] DÍEZ, Luis Alfredo de Diego, *Identificación fotográfica...*, pp. 65/66.
[71] *Reconocimiento de personas...*, p. 92.

condições semelhantes àquela na qual foi ouvida a voz deve ter valor de indício, devendo o juiz valorá-la com maior rigor"[72] (tradução livre).

Em outra oportunidade, decidiu a Suprema Corte que "o reconhecimento de voz constitui um válido indício que pode ser utilizado quando esteja de acordo com a observação daquele que, tendo ouvido a voz do imputado, afirma identificá-lo com segurança"[73] (tradução livre).

Este segundo posicionamento é muito criticado pela doutrina. Segundo Nicola Triggiani, a aparente segurança em afirmar que se tratava da voz do imputado pode ter falhas e não pode ser utilizada como elemento de prova. [74]

Este meio de prova não tem previsão expressa em nenhum dos países estudados, constituindo meio de prova atípico.

3.1. A voz como elemento identificador

A voz, por suas particularidades, pode servir de importante prova para a descoberta da autoria de um delito. Não há nenhuma pessoa que tenha a voz idêntica à de outra. Por isso, se registrada a voz, ela pode servir de prova robusta para a demonstração da verdade real.

Luiz Alfredo de Diego Díez ensina que: "A voz, por suas modulações e tonalidades particulares, pode chegar a ser um importante elemento identificador do delinquente; sobretudo se se encontra registrada em uma gravação sonora que, com as modernas tecnologias, pode cotejar-se com a do suspeito. Mas nem sempre é possível obter uma gravação da voz do delinqüente e, em ocasiões, é a própria vítima a testemunha presencial que reconhece diretamente a voz de seu agressor"[75] (tradução livre).

A voz pode servir de importante e única prova para a individualização do crime, como, por exemplo, no caso de ameaças ou extorsão por meio de telefone.

---

[72] TRIGGIANI, Nicola, *Ricognizioni...*, p. 163. Corte de Cassação, Seção II, 27 de janeiro de 1984, em Cassação Penal, 1985, p. 1177, n. 730.
[73] TRIGGIANI, Nicola, *Ricognizioni...*, p. 164. Corte de Cassação, Seção II, 22 de janeiro de 1986, em Cassação Penal, 1987, p. 1801, n. 1514.
[74] TRIGGIANI, Nicola, *Ricognizioni...*, p. 164.
[75] *La voz como elemento identificador...*, pp. 400/401.

3.2. Natureza jurídica

A identificação por meio de voz tem a natureza jurídica de meio de prova, podendo-se ser feita por meio de perícia ou pelo reconhecimento.

Se a identificação for realizada por perito técnico, com base em gravações da voz do imputado, a prova será pericial e deverá respeitar o rito deste meio de prova.

Por outro lado, se a identificação for feita por testemunha ou vítima, poderá ser feita a comparação da voz que teria sido ouvida com outras e, neste caso, terá poderá ter a natureza jurídica de reconhecimento.

Pode-se imaginar o reconhecimento de voz realizado por uma testemunha durante o seu depoimento. Nesta hipótese, deve-se examinar a sua possibilidade.

Para Luis Alfredo de Diego Díez, o reconhecimento de voz pode ser realizado pelas três formas acima: por meio de perícia, testemunha ou pela chamada "rueda de voces".[76]

3.3. Identificação de voz por perícia

A identificação de voz registrada em documentos sonoros, como gravações, pode ser feita por meios periciais técnicos, o que dá maior segurança e efetividade ao elemento produzido pelo meio de prova.

No entanto, a prova obtida não é totalmente segura, pois existem técnicas de alteração da voz, desde o imitar a voz de outrem até as manipulações das gravações. O que

---

[76] *La voz como elemento identificador...*, p. 401. O autor cita entendimento proferido pela STS de 10 de mayo de 2001 (F.J. 3.2): "Como se disse na sentença desta Sala de 3 de novembro de 1997, a identidade de uma voz não passa necessária e exclusivamente pela prova pericial técnica realizada em laboratórios especializados, já que o sistema espanhol admite que se possam utilizar outros instrumentos probatórios, quiçá menos confiáveis do ponto de vista científico, mas não isentos de uma certa virtualidade probatória. Se admitiu em outra sentença, a identificação do suspeito por meio do reconhecimento de voz efetuado ela vítima do delito e não se descarta a possibilidade de realizar uma espécie de 'roda de vozes' para identificar, entre elas, a que se atribui ao possível autor do fato delitivo. A similitude fonética das vozes pode ser apreciada diretamente pelo Tribunal ao ser deduzida de valoração do testemunho de quem percebeu a voz do suspeito e a identifica entre a autoridade judicial" (tradução livre) (*La voz como elemento identificador...*, p. 401).

se pode afirmar é que, não havendo nenhuma modificação da voz ou da gravação, a prova pericial terá grande valia.[77]

Conclui Luiz Alfredo de Diego Díez: "Por fim, a verificação pericial da autenticidade da gravação deverá compreender: a) a permanência do suporte físico em que se assenta a gravação, isto é, que não tenha sido manipulado mediante montagens ou enganos, ou, em geral, mediante qualquer truque ou alteração da fita; b) a fixação da voz gravada, de modo que não tenha sido manipulada, modificando-a ou substituindo-a mediante imitações ou caracterizações; e c) a inequivocidade da gravação, isto é, que não tenha sido descontextualizada ou extrapolada, retirando parte significativa dela para adquirir em outro contexto um significado diferente do ordinário ou genuíno"[78] (tradução livre).

3.4. Procedimento do reconhecimento de voz

Além da identificação de voz poder ser feita por perícia, é possível que seja realizada por testemunha ou pela própria vítima, respeitando o procedimento existente para o reconhecimento de pessoas.

Os Tribunais espanhóis mencionam essa possibilidade, determinando que a prova seja produzida por analogia ao procedimento existente para reconhecimento de pessoas "en rueda".

Assim, respeitam-se as quatro fases do reconhecimento.

---

[77] O Tribunal espanhol já alertou a esse respeito: "A reprodução da voz e ainda da imagem por meios mecânicos carece de segurança probatória, ao ser dado comum as habituais e cada dia mais aperfeiçoadas técnicas de mistificação, tanto a partir de substituição espúria (imitação, caracterização) como de intercâmbio de palavras ou imagens para conseguir um conjunto diferente do real (montagem). Como sua essência probatória não é a de um meio de prova propriamente dito, senão a de, sendo-o como se dirá, de um meio probatório que carece de eficácia por si mesmo. Em definitivo, o que é comum a qualquer classe de documento, pois as fitas reprodutivas são, em duplo sentido, instrumentos móveis a reproduzir, mais ou menos fidedignamente, algo. Em todo suposto documental é necessário um plus de credibilidade, que no documento escrito público vem dado pela autoridade a fé pública; no privado, pelo reconhecimento dos intervenientes e subsidiariamente pela perícia da subscrição e que, nos indícios de reprodução mecânica, podem operar em duas direções distintas: a) Como objeto de prova enquanto se estime que a imagem ou a voz correspondem de modo efetivo à pessoa. B) Como tal documento, quando sua reprodução de um fato passado seja produzida por distintos meios probatórios, como o testemunhal." Ponente: Exmo. Sr. Dr. Ramón Montero Fernández-Cid (RJ 1989/3364) (tradução livre).

[78] DIEZ, Luiz Alfredo de Diego, *La voz como elemento identificador...*, p. 407.

Na primeira, deve o Juiz perguntar ao reconhecedor as características da voz que teria sido ouvida no dia do crime ou que teria relação com o crime. Segundo Triggiani: "deverá, portanto, antes de tudo descrever o mais claramente possível a realidade sensorial objeto do reconhecimento, indicando cada particularidade que se recorda"[79] (tradução livre). Deve dizer, por exemplo, se a voz era grave, aguda, rouca, se era de pessoa menor, adulta ou idosa etc..

Indaga-se também ao reconhecedor se teria ouvido aquela voz novamente após o dia dos fatos ou se outra pessoa lhe havia descrito aquela voz.

Na segunda fase, deve o Juiz procurar vozes semelhantes àquela descrita para que seja feita a comparação. Segundo Triggiani: "o juiz deve procurar a presença de similares realidades fenomênicas, por exemplo, a voz a ser comparada e pelo menos outras duas similares. O exame comparativo entre mais percepções contemporâneas ao ato probatório representa, de fato, a característica peculiar do reconhecimento"[80] (tradução livre).

A doutrina italiana considera extremamente importante a comparação na realização do reconhecimento. Assim, não se pode dispensar a segunda fase, pois é necessário que o Juiz encontre, pelo menos, duas outras vozes semelhantes àquela a ser submetida ao reconhecimento.

Na terceira fase, as vozes são apresentadas ao reconhecedor que deve, então, indicar se uma delas corresponde àquela voz relacionada ao crime.

Na Espanha, alguns reconhecimentos desse tipo já foram realizados. O reconhecedor é colocado de costas para as pessoas cujas vozes serão submetidas a reconhecimento. Estas três pessoas também ficam de costas para a primeira. Nesta posição, cada uma das três pessoas fala alguma frase e o reconhecedor diz se é ou não a voz que ele ouviu no momento do crime.

Na quarta fase, há a elaboração do auto de reconhecimento de voz. Este momento é extremamente importante para a documentação do ato. Na Itália, se esta fase não for realizada, há sanção processual: reconhece-se a nulidade relativa do reconhecimento. Pode o Juiz realizar a documentação do ato por meio de fotografia ou filmagem ou por qualquer outro instrumento.

---

[79] TRIGGIANI, Nicola, *Ricognizione...*, p. 168.
[80] TRIGGIANI, Nicola, *Ricognizione...*, p. 172.

4. Reconhecimento de coisas

O reconhecimento pode ser realizado não apenas em pessoas, mas também em coisas. Esta espécie, apesar de menos utilizada do que o reconhecimento pessoal, pode ser extremamente importante para a descoberta dos fatos. Conforme comenta Nicola Triggiani: "Não há dúvida de que, por ser (estatisticamente) menos freqüente do que o reconhecimento de pessoas, o reconhecimento de um objeto pode assumir relevo decisivo para os fins da reconstrução da verdade processual"[81] (tradução livre).

4.1. Conceito de objeto

Em geral, as legislações apenas dispõem sobre o procedimento do reconhecimento em "coisas e objetos", sem explicitar o que seriam tais coisas e objetos.

É preciso definir se o conceito trata apenas de coisas móveis ou se estariam abrangidas também as imóveis ou até mesmo animais, porque dotados de alguma particularidade que permita a identificação.

Coisa ou objeto, segundo o disposto no Código de Processo Penal italiano, tem relação com "o corpo do crime" e as "outras coisas pertinentes ao crime".[82] No artigo 253, comma 2, o Código define apenas o que se entende por "corpo do crime", mas não define a expressão "outras coisas pertinentes ao crime".

Corpo do crime seria, segundo o texto italiano, "as coisas sobre as quais ou mediante as quais o crime foi cometido, também as coisas que constituem o produto, o proveito ou o preço do crime."[83] (tradução livre).

Interpretando este artigo, comenta Nicola Triggiani que as coisas sobre as quais o crime foi cometido constituem o chamado objeto material do crime ou o objeto da ação.[84] As coisas mediante as quais teria sido o crime cometido constituiriam o meio ou o

---

[81] *Ricognizioni...*, p. 151.
[82] Artigo 253 do Código de Processo Penal italiano.
[83] Artigo 253, comma 2, do Código de Processo Penal italiano.
[84] TRIGGIANI, Nicola, *Ricognizioni...*, p. 149.

instrumento do crime.[85] Para o mesmo autor, as coisas que constituem o produto, o proveito ou o preço do crime, na acepção lata "- como já teve oportunidade de pontuar a Corte de Cassação – compreende tanto as coisas adquiridas diretamente com o crime ou foram com este criadas, como a vantagem, patrimonial ou não patrimonial, como também os bens valoráveis economicamente dadas as promessas de culpa para a consumação do crime."[86] (tradução livre).

A outra expressão utilizada no Código italiano para definir coisas a serem objeto de reconhecimento, referindo-se genericamente às "outras coisas pertinentes ao crime", não está definida em lei.

Diante desta indefinição, a Corte Suprema acabou conceituar a expressão "outras coisas pertinentes ao crime" da seguinte forma: "Enquanto a noção de 'corpo do crime' postula a existência de uma relação de imediatidade entre a coisa e o ilícito penal (com a conseqüente eficácia probatória direta em relação ao momento do cometimento do crime, indiciária em ordem ao seu autor), a locução 'coisa pertinente ao crime' exprime um conceito muito amplo, que inclui, o corpo e o produto do crime, coisas que servem, ainda que indiretamente, a verificar a consumação do ilícito, os seus autores, as suas circunstâncias, com referência a cada possível legado, individualizado caso a caso, entre as coisas e a prática do ilícito, que se torne relevante para fins do processo"[87] (tradução livre).

A lei portuguesa também utiliza conceito amplo ao dispor, no artigo 148, do Código de Processo Penal, ser possível a realização de reconhecimento em "qualquer objecto relacionado com o crime". Esta lei não define o que seria objeto relacionado ao crime, permitindo ampla interpretação por parte do julgador.

As legislações da Espanha e da Argentina não trazem conceito de objeto ou coisa.

Pode-se afirmar que o objeto do reconhecimento é tanto a coisa sobre a qual ou mediante a qual o crime foi cometido, como também o produto ou proveito do crime. Vale dizer, todos os objetos que tenham relação direta com a prática ou o resultado do crime podem ser submetidos a reconhecimento.

---

[85] TRIGGIANI, Nicola, *Ricognizioni...*, p. 149.
[86] TRIGGIANI, Nicola, *Ricognizioni...*, p. 149.
[87] TRIGGIANI, Nicola, *Ricognizioni...*, p. 150.

4.2. Natureza jurídica

Em regra, o reconhecimento de coisas é meio de prova típico. Em todas as legislações estudadas, há previsão de um procedimento específico para sua realização. No Brasil, também se trata de meio de prova típico.

É também um de prova irrepetível, porque, após ocorrer um reconhecimento, o segundo resta viciado. A irrepetibilidade do reconhecimento de coisas possui as mesmas causas do reconhecimento de pessoas.

Assim, também com relação ao reconhecimento de coisas e objetos, devem ser tomadas todas as cautelas para a realização de um meio de prova irrepetível, exigindo-se a presença de um Juiz e das partes, para a garantia do contraditório.

4.3. Procedimento

O procedimento previsto para a realização do reconhecimento de coisas, em regra, é o mesmo do reconhecimento de pessoas. É comum o uso da expressão "utilizar-se-á o mesmo procedimento do reconhecimento de pessoas, no que lhe for compatível."

Na **Itália**, o procedimento do reconhecimento de coisas segue as mesmas regras do reconhecimento de pessoas, que devem, quando possível, ser aplicadas em sua inteireza. São colocados, pelo menos, dois objetos com características semelhantes para o reconhecimento. O reconhecedor é chamado para fazer o reconhecimento do objeto. Finalmente, o ato do reconhecimento é reduzido a termo e o Juiz pode determinar que se fotografe, filme ou, de qualquer outra forma, documente o procedimento.

Em **Portugal**, o reconhecimento de objetos tem previsão no artigo 148 do Código de Processo Penal. Diz a lei portuguesa que o reconhecimento de objetos deve seguir, naquilo que for possível, o procedimento do reconhecimento de pessoas previsto no artigo 147 do Código de Processo Penal. Havendo dúvida sobre o objeto, devem ser colocados dois outros objetos em comparação para que o reconhecedor o indique.

A **Espanha** não trata do reconhecimento de coisas e objetos, somente dispondo sobre o reconhecimento de pessoas.

Na **Argentina,** o artigo 275, do Código Processual Penal da Nação, prescreve que o reconhecimento pode ser realizado sobre coisas, devendo o Juiz, após pedir que o reconhecedor descreva minuciosamente o objeto, observar o rito existente para o reconhecimento de pessoas.

Assim, nas legislações estudadas, exceto a espanhola, o reconhecimento de coisas é previsto de forma típica e com procedimento idêntico ao do de pessoas.

Passa, em geral, por quatro fases: 1. indicação das características; 2. colocação ao lado de outros objetos semelhantes; 3. indicação do objeto; 4. elaboração do auto.

Na primeira fase, o reconhecedor é convidado pelo Juiz a descrever as características do objeto relacionado ao crime. É essencial, neste momento, que se pergunte a ele se já havia feito o reconhecimento daquele objeto em outro momento (ou em sede de investigação ou perante o Ministério Público, por exemplo). Também importa saber, nesta etapa, se o sujeito ativo do reconhecimento viu o objeto em jornais, fotografias ou qualquer outro meio que possa ter alterado a sua atenção. Se a resposta for positiva, estará viciado o ato.

Na segunda fase, serão colocados outros objetos de características semelhantes ao lado daquele que teria relação com o crime investigado. Esta providência deve ser tomada quando for possível. Há objetos que apresentam características extremamente peculiares e, por conseguinte, não existem outros semelhantes.

Na Itália, comenta Triggiani, há dificuldade em se definir o que seria o "objeto semelhante", isto é, se esta semelhança seria somente exterior ou puramente estética.[88]

No terceiro momento, o reconhecedor é convidado a afirmar se algum daqueles objetos de características semelhantes seria aquele ligado à conduta criminosa.

Quando não for possível a colocação de outros objetos semelhantes, o reconhecedor terá contato apenas com o único objeto e dirá se era aquele visto no momento do crime.

A quarta fase é dedicada à documentação do ato do reconhecimento, o que ocorre por meio da elaboração de um auto de reconhecimento. Pode ser feita por meio de fotografia, filmagem ou qualquer outro meio tecnológico.

---

[88] TRIGGIANI, Nicola, *Ricognizioni...*, p. 154.

Neste auto, deve o Juiz descrever minuciosamente cada uma das três fases anteriores, inclusive detalhando as perguntas que foram feitas ao sujeito ativo do reconhecimento quando ainda se encontrava na primeira e terceira fases.

5. Da *identification parade* do Direito inglês

Anna Maria Capitta dedicou um capítulo em sua obra para explicar a chamada *identification parade*, do sistema inglês.[89] Vale a pena transpor alguns ensinamentos para este trabalho, ainda que não possa servir completamente de modelo para o sistema brasileiro, visto ser realizado exclusivamente por policiais. No entanto, do seu procedimento, podemos aproveitar alguns aspectos e transpor para o nosso sistema, com as adaptações necessárias.

O denominado *Code of Practice for the Identification of Persons by Police Officers* prevê a possibilidade de identificação por meio dos seguintes atos: a denominada *identification parade*, a *group identification*, a *video filme identification*, a *confrontation* e a *street identification*.

A forma mais utilizada é a *identification parade*, sendo as outras espécies utilizadas quanto não for possível a primeira.

Na *identification parade*, devem estar presentes pelo menos 8 (oito) pessoas de características semelhantes (par. 8, Annex A) e são admitidos que policias participem do ato (par. 9, Annex A).[90]

Pode o acusado escolher o lugar que vai se colocar e pode consultar a qualquer momento o seu defensor (par. 11, Annex A). Dispõe o Código que a testemunha não pode de forma alguma encontrar as pessoas a serem colocadas para fins de reconhecimento antes do ato.[91]

Não sendo possível a *identification parade*, é possível realizar as outras espécies de identificação, que também apresentam procedimento específico, aplicando-se, subsidiariamente, as regras da *identification parade*.

---

[89] CAPITTA, Anna Maria, *Ricognizione e individuazioni* ... , pp. 136/143.
[90] CAPITTA, Anna Maria, *Ricognizione e individuazioni* ... , pp. 136/143.
[91] CAPITTA, Anna Maria, *Ricognizione e individuazioni* ... , pp. 136/143.

CAPÍTULO V – DO RECONHECIMENTO NO DIREITO BRASILEIRO. DA NECESSIDADE DE REFORMULAÇÃO

O reconhecimento é conceituado, no Direito brasileiro, como sendo: "a verificação de identidade da pessoa, ou da coisa, no sentido de distingui-la de qualquer outra, ou de evitar que ela seja confundida com qualquer outra semelhante."[1]

O reconhecimento sempre foi tratado pela doutrina como um meio de prova com alta probabilidade de erros e resultados equivocados. Já ressaltava Borges da Rosa sobre o perigo do errôneo reconhecimento, ao afirmar que "é fácil imaginar a que resultados desastrosos para a Justiça conduziria a confusão entre a pessoa do acusado e a de outrem, que se fizesse passar por ele."[2]

No entanto, contrariamente, os Tribunais vêm mantendo condenações baseadas exclusivamente em reconhecimentos positivos, sem dar a importância devida ao tema.

Daí, a necessidade de reformulação do sistema brasileiro.

1. História da legislação processual penal brasileira

Vigiam em Portugal as Ordenações Afonsinas no tempo da descoberta do Brasil. Entretanto, as mesmas não chegaram a ter aplicação no nosso país. As Ordenações Manoelinas foram as primeiras utilizadas no Brasil, após a formação das bases da organização judiciária no período Brasil-Colônia nos moldes da existente em Portugal. Os processos criminais iniciavam-se por "querelas" (delações de crimes feitas em juízo por particulares, não se exigindo interesse pessoal) e por "denúncias" (nos casos de devassas).

Posteriormente e durante pouco tempo, vigorou o Código de D. Sebastião. Em 1603, foram promulgadas as Ordenações Filipinas, utilizadas em nosso país por mais de 200 anos.

---

[1] ROSA, Borges da. *Comentários ao Código de Processo Penal*. 3ª ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982, p. 333.
[2] *Comentários ao Código...*, p. 333.

O sistema penal e processual brasileiro ficou indefinido até 1830,[3] com o surgimento do Código Criminal do Império e, logo em seguida, o Código de Processo Criminal, de 1832. Até esta data, as Ordenações Filipinas eram aplicadas nas questões criminais. O Código Criminal do Império não previa regras processuais.

O Código de Processo Criminal instituiu novo procedimento, extinguindo as "devassas" e as "querelas", que foram substituídas por novas formas, denominadas "queixas". As denúncias podiam ser oferecidas pelo Promotor Público ou por qualquer do povo, sendo até mesmo possível o procedimento *ex officio*. É interessante dizer que, pelo Código de Processo Criminal, a competência para o julgamento centrava-se no Júri, exceto as contravenções e os crimes menos graves.

José Frederico Marques considerou o referido Código um resumo dos anseios humanitários e liberais que estavam presentes no seio da nação naquele período.[4]

Este Código foi alterado duas vezes, em 1841, visando fortalecer o poder do Estado. Por isso, muitas rebeliões ocorreram, com tentativas de reforma da lei processual.

Proclamada a República e, conforme os ditames da Constituição de 1891, os Estados passaram a ter suas próprias constituições e leis, que tratavam, inclusive, de matéria processual. Nem todos os Estados legislaram imediatamente, sendo, em muitos casos, paulatina a criação de leis próprias. Assim, continuava em vigor algumas legislações federais. Estados como o do Rio de Janeiro, Maranhão, Rio Grande do Sul e Amazonas criaram suas leis processuais.

---

[3] LEITE, Gisele. *Breves considerações sobre a história do processo penal brasileiro e habeas corpus*. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br, último acesso em 31 de dezembro de 2009.
Ensina a autora que, na época das Ordenações: "as prisões eram locais tenebrosos, o calabouço era horroroso e destinado a açoites, prisão e guarda de escravos. E havia ainda algo pior que era o Aljube que era a prisão para escravos e não-escravos. Os presos detidos em condições desumanas muitos nem haviam sequer sido julgados ou condenados.
Os crimes não estavam nitidamente definidos bem como as penas a serem aplicadas que apenas seguiam o livre pensar do magistrado. As normas proibindo condutas podiam ser editadas por autoridades administrativas ou judiciais.
Em boa hora o Código Criminal veio a solucionar tais nebulosidades quanto à definição dos tipos penais e a gradação das penais apesar de manter a pena capital por enforcamento, assim como as galés, trabalho forçado. Os açoites como pena corporal fica reservado aos escravos e não poderiam exceder a mais de 50(cinqüenta) por dia.
O Código Criminal ainda previa que para escravos condenados à pena diversa das de morte e galés, a punição aconteceria por açoites, em número determinado pelo juiz. Após bem dadas às surras, o escravo seria devolvido ao seu senhor, que deveria ainda mantê-lo acorrentado a um ferro por tempo determinado pelo juiz criminal". (LEITE, Gisele. *Breves considerações sobre a história do processo penal brasileiro e habeas corpus*. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br, último acesso em 31 de dezembro de 2009.)

[4] MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1961, Vol. 3, p. 96.

Com a nova Constituição de 1934, a legislação existente foi unificada. A Carta Constitucional de 1937 deu origem à promulgação do atual Código de Processo Penal (Decreto-lei n° 3.689, de 30-10-1941), que entrou em vigor em 1° de janeiro de 1942. O novo Código manteve o inquérito policial, mas instalou a sistema acusatório em nosso país, retirando os resquícios do sistema inquisitivo. O novo Código restringiu a competência do Júri, não mais sendo a regra.

O Código de Processo Penal, ao longo dos anos, sofreu várias alterações, decorrentes de inúmeros diplomas legais que regularam pontualmente determinadas matérias. Além disso, o processo de execução penal passou a ser regido pela Lei n.° 7.210, de 11-7-1984 (Lei de Execução Penal).

1.1. O reconhecimento e o Código de Processo Criminal de 1832

O Código de Processo Criminal, de 1832, não previa a realização do reconhecimento. Referido Código dispunha de algumas normas referentes às provas, mas não tratou expressamente do reconhecimento.

O capítulo VI, do Título I, tratava das provas, mas cuidava apenas da prova testemunhal, documental e da confissão. O capítulo VII, do mesmo Título, tratava da acareação, confrontação e interrogatório. Havia, ainda, no Título II, em seu capítulo IV, normas sobre a formação do corpo de delito e, em seu capítulo VII, normas sobre a busca e apreensão.

Os reconhecimentos, provavelmente, compunham a prova testemunhal, do mesmo modo que ocorria na Itália, durante a vigência do Código Rocco.

1.2. Reconhecimento de pessoas e coisas no Código de Processo Penal de 1942 – artigos 226 a 228

Os primeiros dispositivos existentes no Direito brasileiro a respeito do reconhecimento foram trazidos somente pelo atual Código de Processo Penal, de 1942. Permaneceram iguais desde o seu nascedouro, sem qualquer alteração em seu texto.

O tratamento dado pelo Direito brasileiro ao reconhecimento segue sistema semelhante ao adotado nos países estrangeiros estudados. Todavia, há a necessidade de modificações importantes, conforme será exposto ao final deste capítulo.

Por ser o reconhecimento um dos meios de prova mais falíveis que existe dentro do sistema probatório, deve haver uma regulamentação bastante específica, com um procedimento rodeado de cautelas.

O reconhecimento está previsto nos artigos 226 a 228 do Código de Processo Penal, indicando um procedimento específico para o reconhecimento de pessoas visual e presencial, que servirá de modelo para a realização do reconhecimento de objetos. Assim como no Direito estrangeiro, o procedimento para o reconhecimento de pessoas é aplicado ao de objetos, com as adaptações que se mostrarem necessárias.

Não prevê o nosso Código procedimento para o reconhecimento pessoal por meio de fotografia, de vozes e tampouco um procedimento para outros reconhecimentos atípicos.

2. Tratamento do reconhecimento no Código de Processo Penal brasileiro

2.1. Momento para a realização do reconhecimento no Direito brasileiro

No sistema brasileiro, a possibilidade de reconhecimento vem prevista em dois momentos diferentes: na fase de investigação, conforme se extrai do artigo 6º, VI, do Código de Processo Penal e na audiência de instrução, conforme artigo 400 do Código de Processo Penal, realizada após o recebimento de uma acusação. Há previsão também de realização do reconhecimento na audiência de instrução do procedimento do Júri, no artigo 411, do Código de Processo Penal.

O sistema brasileiro prevê uma fase investigativa, denominada inquérito policial, que tramita perante os órgãos policiais sem a participação do Juiz e das partes. Finalizado o inquérito, os autos são enviados ao membro de acusação que tem três alternativas: oferecer a ação penal, requerer o arquivamento ou requerer novas diligências.

Oferecida a ação penal, os autos são encaminhados ao Juiz que poderá receber ou rejeitar a peça acusatória. Recebida a peça, abre-se oportunidade para o contraditório e, posteriormente, é designada uma data para realização de uma audiência, para a realização de todos os meios de prova. Esta audiência deve ocorrer, preferencialmente, em uma única data.

Para a maioria da doutrina, a legislação processual penal brasileira permite a realização de mais de um reconhecimento: um na fase investigatória e outro na fase processual (procedimento comum ou especial).

Conforme Eduardo Espínola Filho: "No nosso direito processual vigente, o reconhecimento é um ato, que se pode realizar no curso da ação penal, pelo próprio juiz, perante quem corre a causa, ou na fase do inquérito, pela autoridade policial processante (art. 6º, nº 6)."[5]

É comum, na praxe judiciária, repetir um ato de reconhecimento anteriormente feito na fase de investigação, normalmente em sede policial. Esta prática ocorre por a lei brasileira ser silente sobre a irrepetibilidade deste meio de prova.

A jurisprudência é pacífica em aceitar a realização de diversos reconhecimentos durante o inquérito policial e, posteriormente, na fase judicial, sendo esta prática considerada regular: "1. O reconhecimento do acusado feito na fase policial, primeiramente por meio de fotografias e depois pessoalmente e ainda renovado em juízo, sob o crivo do contraditório, na presença do advogado do paciente, não pode ser tido como irregular, além da sentença não ter se amparado exclusivamente nessa prova".[6]

Inclusive, a jurisprudência é tranquila ao afirmar que, eventuais irregularidades no reconhecimento realizado em fase investigatória podem ser sanadas em juízo, respeitando-se o contraditório: "1. Eventual ilegalidade cometida no inquérito policial, quando do reconhecimento de pessoa, restou sanada na fase judicial, porquanto o Juízo processante realizou novamente o reconhecimento pessoal do acusado, sob o crivo do contraditório."[7]

---

[5] ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado. atualizado por José Geraldo da Silva e Wilson Lavorenti*. Campinas: Editora Bookseller, 2000, Vol. III, p. 187.
[6] Referido acórdão foi relatado pela Ministra Jane Silva, da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no HC n.° 96455/GO, publicado no DJE de 01/12/08.
[7] Referido acórdão foi relatado pela Ministra Jane Silva, da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Resp n.° 683599/SP, publicado no DJE de 02/04/07.

Com isto, não há dúvida de que, para a jurisprudência brasileira, nenhuma irregularidade existe na ocorrência de mais de um reconhecimento.

Realmente, o reconhecimento pode ser realizado em diferentes momentos, seja na fase de investigação ou em juízo. No entanto, deve ocorrer apenas uma vez, pois é meio de prova irrepetível. Ou seja, se realizado na fase de investigação, não poderá ser repetido em juízo. Entretanto, poderá ser realizado em juízo, se não havia sido feito anteriormente.

Há uma grande falha na interpretação das normas do Código de Processo Penal, que acabou por possibilitar, indevidamente, a realização de mais de um reconhecimento. Faltou ao legislador expor expressamente, que o reconhecimento é meio de prova irrepetível e, portanto, pode ser feito uma única vez.

Diante disto, propõe-se, ao final deste trabalho, a reformulação do tratamento dado pelo Direito brasileiro ao reconhecimento, havendo necessidade de constar expressamente na lei que este ato é irrepetível e somente deve ser realizado uma única vez, com a participação das partes e do Juiz e respeito ao procedimento previsto em lei.

2.2. Reconhecimento como meio de prova

A maioria da doutrina brasileira vê o reconhecimento como um meio de prova. Ensina Guilherme Madeira Dezem que: "A doutrina amplamente majoritária registra o reconhecimento com natureza jurídica de meio de prova. Nesse sentido é a posição de Camargo Aranha, Guilherme Nucci, Mirabete, Helio Tornaghi, Tourinho Filho, Frederico Marques, Bento de Faria e Eugenio Florian."[8]

2.3. Procedimento para a realização do reconhecimento na lei brasileira

O procedimento para a realização do ato de reconhecimento vem previsto nos artigos 226 a 228 do Código de Processo Penal. Segue um rito semelhante àqueles existentes nos países examinados neste trabalho, com algumas peculiaridades. Pelo nosso

[8] DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal, Tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas. Editoras Conceito e Millenium, 2008, p. 248.

sistema, o reconhecimento será realizado em 4 (quatro) fases: 1. indicação das características pelo reconhecedor; 2. colocação de pessoas com características semelhantes; 3. apontamento pelo reconhecedor; 4. elaboração do auto.

A doutrina defende a necessidade de se respeitar o procedimento para a realização do reconhecimento.

Para Eduardo Espínola Filho: "Como elemento de prova, por convencer da realidade da autoria, o reconhecimento da pessoa é um ato que se impõe, devendo ser feito com a maior seriedade e rigor técnicos; e não é menor o valor probatório do reconhecimento de coisas apreendidas, quer se trate de instrumentos do crime, quer de objetos sobre os quais recaiu, diretamente, a ação criminosa."[9]

De igual maneira, ressalta Gustavo Badaró: "Trata-se de ato eminentemente formal, para cuja validade é rigorosamente necessária a observância do procedimento probatório previsto no art. 226 do CPP."[10]

Infelizmente, a jurisprudência tem se posicionado de forma diversa. É praticamente unânime o entendimento nos Tribunais de que o desrespeito ao rito do reconhecimento não leva a qualquer irregularidade. O argumento utilizado é o de que prevalece no nosso sistema o princípio da liberdade probatória e do livre convencimento.[11]

A lei brasileira prevê um procedimento para a realização do reconhecimento de pessoas. Este deve ser obedecido, sob pena de ofensa ao princípio do devido processo legal e de nulidade do meio de prova

Segundo a lei brasileira, o reconhecimento pode recair sobre pessoa ou objeto, devendo ambos seguir procedimento idêntico, no que for aplicável. Assim dispõe o artigo 227 do Código de Processo Penal: "No reconhecimento de objetos, proceder-se-á com as cautelas estabelecidas no artigo anterior, no que for aplicável."

A lei brasileira não estabelece regra para os reconhecimentos atípicos, somente dispondo, genericamente, de normas referentes ao reconhecimento presencial de pessoas e de coisas. Também neste aspecto, merece reforma a atual legislação.

---

[9] ESPÍNOLA FILHO, Eduardo, *Código de Processo Penal...,* , p. 185.
[10] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro/São Paulo Editora Elsevier/ Campus Jurídico, 2008, Tomo I, p. 257.
[11] O acórdão proferido no julgamento do HC n.º 37559/RS, no Superior Tribunal de Justiça, relatado pelo Ministro Quaglia Barbosa, traz esse posicionamento, citando diversos precedentes tanto do Superior Tribunal de Justiça como do Supremo Tribunal Federal. acórdão publicado em 22/11/2004.

2.3.1. Realização do reconhecimento somente quando necessário

O artigo 226, do Código de Processo Penal, aduz que o reconhecimento de pessoas somente deve ser realizado nas hipóteses de extrema necessidade.

Conforme exposto no presente trabalho, haverá necessidade de se realizar um reconhecimento em caso de dúvida sobre a identidade do investigado ou processado. Se nenhuma dúvida houver a respeito, o ato não deve ocorrer.

Assim, a melhor interpretação a ser dada a este artigo é a de que a necessidade mencionada na lei refere-se à necessidade de se identificar uma pessoa ou coisa e, para tanto, realizar o reconhecimento.

Tal necessidade deve ser avaliada por um juiz. Se estiver na fase investigatória, deve a autoridade policial requerer que seja realizado pelo juiz e este, se entender necessário, o realiza.

2.3.2. Primeira fase do reconhecimento no Direito brasileiro

Seguindo o modelo italiano e português, o sistema brasileiro prevê a realização do reconhecimento em quatro fases. Constam do artigo 226, I, do Código de Processo Penal, regras sobre a primeira fase do reconhecimento.

Esta fase consiste, para o nosso sistema, na necessidade de o sujeito ativo do reconhecimento, ou, segundo texto da lei, a "pessoa que tiver de fazer o reconhecimento" ser convidado a descrever a pessoa a ser reconhecida.

Para Espínola Filho, a realização da primeira fase faz-se necessária para "garantir as condições de certeza do reconhecimento contra a precipitação e a ligeireza da pessoa que o faz. E, por isto, antes de ser a ela apresentada a pessoa, ou o objeto, que se submete ao reconhecimento, é solicitada aquela a fazer uma descrição circunstanciada de uma ou de outro (...). Depois disso, é que se leva a efeito o ato de reconhecimento

propriamente dito, que só tem integral valor processual se submetidas as pessoas, em carne e osso, e os objetos em espécie."[12]

Ressalta Borges da Rosa que "a descrição compreenderá todos aqueles dados que forem mais apropriados para estabelecer a identidade da pessoa, de maneira a diferenciá-la de outra com ela parecida. Os dados mais comuns e aparentes são a cor dos cabelos, dos olhos, da pele, pequenos sinais ou manchas da pele, a estatura, os pelos (sobrancelhas, bigode, barba), etc."[13]

Esta fase é de extrema importância, por ser capaz de demonstrar o grau de atenção por parte do reconhecedor. Não pode ser dispensada de forma alguma pois, se as características apresentadas não se assemelharem às da pessoa investigada ou processada, não se poderá prosseguir nas fases posteriores do reconhecimento.

É também por meio desta fase que se consegue ativar a memória do reconhecedor. À medida em que o reconhecedor elabora uma restrospectiva do momento e da pessoa ou coisa que teria sido vista, ativa os mecanismos da memória.

As características indicadas pelo reconhecedor nesta fase são muito importantes para a etapa posterior, quando a autoridade tiver que escolher pessoas ou objetos com características semelhantes, para serem colocados em comparação.

Nossa lei não traz disposição expressa, mas é crucial que haja participação da defesa neste momento.

O reconhecedor, neste momento, deve apontar todas as características de que se recorda da pessoa ou coisa que será submetida ao reconhecimento. É importante que esclareça se teve algum contato com o sujeito passivo, seja por meio de imprensa ou porque o viu no ato da audiência, ou nos corredores da Delegacia etc..

Conforme exposto, na legislação estrangeira, deve ser perguntado ao reconhecedor se teve algum contato com a pessoa a ser reconhecida depois dos fatos, ainda que a tenha visto por meio de imprensa. Isto é essencial para verificar se há algum ponto que pode influenciar o resultado do reconhecimento. Em resumo, é preciso saber se há algum aspecto que leve à sugestionabilidade do reconhecedor.

---

[12] ESPÍNOLA FILHO, Eduardo, *Código de Processo Penal...*, p. 95.
[13] *Comentários ao Código...*, p. 334.

Apesar da legislação brasileira ser omissa, deve-se passar à segunda fase do reconhecimento apenas se as características apresentadas pelo reconhecedor coincidirem com as do imputado. Há determinação expressa neste sentido em Portugal. No Brasil, assim expôs Gustavo Badaró: "esta fase é fundamental, pois o reconhecimento envolve um ato de percepção passada e um ato de memória. Se a descrição for diversa das características da pessoa que se pretende reconhecer, o reconhecimento será destituído de valor."[14]

2.3.3. Segunda e terceira fases do reconhecimento

O artigo 226, II, do Código de Processo Penal, reúne a segunda e a terceira fase do reconhecimento. Apesar de inseridas em um único inciso, devem ser vistas separadamente.

Prevê a lei brasileira a necessidade de que a pessoa a ser submetida ao reconhecimento seja colocada, se possível, ao lado de outras de características semelhantes. A escolha dessas pessoas caberá à autoridade que presidir o ato.

A problemática na interpretação deste inciso refere-se à expressão "se possível". Segundo Madeira Dezem, há duas interpretações: uma delas afirma que o termo está se referindo apenas à colocação de pessoas parecidas, se isto for possível (Guilherme Nucci e Tourinho Filho); a outra afirma que o termo se refere à presença de outras pessoas em comparação, se isto for possível (Mirabete).[15]

O entendimento predominante na jurisprudência é o de flexibilizar a exigência da presença de outras pessoas ao lado do acusado, considerando-a apenas uma recomendação. Conforme constou em acórdão julgado pelo Superior Tribunal de Justiça: "O reconhecimento pessoal isolado não anula o ato, sendo que a presença de outras pessoas junto ao réu é uma recomendação legal e, não, uma exigência. Precedentes."[16]

---

[14] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, *Direito Processual Penal...*, p. 258.
[15] DEZEM, Guilherme Madeira, *Da prova penal...*, p. 250.
[16] Trecho do acórdão proferido no julgamento do HC n.° 41813/GO, no Superior Tribunal de Justiça, relatado pelo Ministro Gilson Dipp, da Quinta Turma. acórdão publicado em 30/05/2005. No idêntico sentido: "O art. 226, inciso II, do Código de Processo Penal apenas recomenda que o reconhecimento do réu se dê junto a outras pessoas com ele parecidas, não fixando uma obrigação capaz de ensejar a nulidade acaso inobservada." (STJ, HC n.° 26356/RJ, relatado por Flaquer Scartezzini), acórdão publicado em 28/06/2004.

Ocorre que este posicionamento além de contrariar a norma do devido processo legal, já que a lei é clara quanto à indispensável presença de outras pessoas, leva à sugestionabilidade. Se apenas uma pessoa for colocada na frente do reconhecedor, a possibilidade do reconhecimento ser positivo é muito grande. Logo, não pode ser desrespeitada a exigência de que o reconhecimento somente seja realizado com, pelo menos, duas outras pessoas de características semelhantes às da pessoa a ser reconhecida.

Apesar do silêncio da lei, a pessoa a ser reconhecida pode escolher o lugar que vai ficar no ato do reconhecimento.

A lei refere-se à necessidade de que haja "qualquer semelhança", sem indicar qual seria esta semelhança. Evidente que não se pode exigir uma identidade perfeita entre as pessoas. No entanto, há que se exigir uma semelhança real, capaz de evitar um sugestionamento por parte do reconhecedor.

Para Ary Azevedo Franco, esta fase existe para: "evitar a sugestão, facilmente compreensível e sôbre a qual pouco, ou muito pouco, se atenta." Por isto, "deverá a autoridade providenciar para que a pessoa, ou a coisa, a ser reconhecida, sejam apresentadas, ao que vai reconhecê-las, ao lado de outras que com ela tiverem 'qualquer semelhança', e, não como comumente era feito, em relação ao reconhecimento de pessoa, em que o indiciado era apresentado isoladamente, no meio de dois policiais, já demonstrando, por isso mesmo, que aquela pessoa era a que estava presa, e, às vêzes, a autoridade, apontando para o que vinha escoltado, ainda perguntava sugestivamente: - Não e êste o acusado?"[17]

No Direito estrangeiro, como demonstrado, a semelhança não indica identidade, no entanto, não podem ser diferentes, pois isto conduziria ao sugestionamento. Por exemplo, se a pessoa que o reconhecedor se lembra for loira, no momento que um loiro é colocado ao lado de dois morenos, obviamente o loiro será reconhecido.

Algumas características podem ser decisivas no ato, como faixa etária (jovem, idoso etc.), ser oriental, ter olhos claros, ter cabelos claros ou escuros, ser calvo, ter alguma marca de nascença etc.. Estas características devem estar presentes nas pessoas colocadas em comparação.

---

[17] FRANCO, Ary Azevedo. *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto Editora, 1946, Vol. I, p. 256.

As semelhanças devem se referir às características indicadas pelo reconhecedor na primeira fase, por serem às de que ele se lembra.

No entanto, apesar da orientação doutrinária em sentido contrário, a jurisprudência brasileira tem considerado válido o reconhecimento realizado mesmo sem a presença de pessoas com características semelhantes. Prevalece o entendimento no sentido de que: "O art. 226, inc. II, do Código de Processo Penal, dentro da razoabilidade, apenas recomenda que se faça o reconhecimento do acusado ao lado de outras pessoas que com ele guardem semelhança. Precedentes."[18]

Quanto à terceira fase, a lei apresenta dispositivo bastante direto: deve o reconhecedor, após a escolha das pessoas semelhantes, indicar se é uma delas aquela que teria sido vista no dia dos fatos.

Ensina Badaró que: "na terceira fase, deverá a pessoa que procede ao reconhecimento indicar, entre as pessoas postas em comparação, qual foi efetivamente reconhecida."[19]

Caso o reconhecedor seja capaz de indicar uma delas, considera-se o reconhecimento positivo. Deve haver absoluta certeza para que seja considerado positivo. A dúvida ou incerteza leva ao reconhecimento negativo.

No inciso III, prevê a lei brasileira a possibilidade de que o reconhecimento seja efetuado de forma que o sujeito passivo do reconhecimento e os elementos de comparação não vejam o reconhecedor.

Esta é uma forma de tornar o ato do reconhecimento livre dos efeitos de intimidação ou qualquer outra influência, que poderiam fazer com que o reconhecedor não dissesse a verdade e deixasse de apontar uma daquelas pessoas como sendo a envolvida nos fatos, por medo ou temor.

Assim, pelos mesmos fundamentos existentes para a regra que permite que a testemunha deponha na ausência do investigado ou processado, permite-se ao reconhecedor que realize o reconhecimento sem que o sujeito passivo o veja.

---

[18] Trecho do acórdão proferido no julgamento do Resp n.º 695580/SP, no Superior Tribunal de Justiça, relatado pela Ministra Laurita Vaz, da Quinta Turma. acórdão publicado em 02/05/2005.
[19] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, *Direito Processual Penal...*, p. 258.

2.3.4. Quarta fase do reconhecimento

O artigo 226, IV, do Código de Processo Penal, trata da última fase do reconhecimento, regulando os atos de documentação, que se materializam em um auto de reconhecimento.

Conforme ensina José Frederico Marques: "o ato deve ser presenciado por duas testemunhas. De tudo o que nele ocorrer, 'lavrar-se-á auto pormenorizado', que deve ser assinado por essas testemunhas, pela autoridade que presidir à prova e pela pessoa chamada a fazer o reconhecimento."[20]

Para Eduardo Espínola Filho: "Do ato de reconhecimento, quer chegue a resultado positivo, quer não, será lavrado, pelo escrivão, um auto circunstanciado, que pode ser datilografado, sendo por ele subscrito, no qual se devem mencionar todas as ocorrências verificadas, referindo-se as condições em que ao reconhecimento se apresentaram ou as pessoas, ou as coisas, e como foi ele feito, ou negado."[21]

Conforme Borges da Rosa: "Do ato de reconhecimento deverá ser lavrado auto (de reconhecimento) pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais."[22]

A lei fala em auto pormenorizado, assinado não apenas pela autoridade, mas também pelo reconhecedor e por duas testemunhas presenciais.

Auto pormenorizado significa auto circunstanciado, com a indicação expressa de todas as fases anteriores. Serve esta regra para evitar a ocorrência de nulidade e para garantir que todos os atos processuais sejam documentados e expressem a realidade do que aconteceu.

É importante que a defesa participe desse ato e também venha a subscrevê-lo, apesar da omissão da lei.

Na obra atualizada de José Frederico Marques, ressalta-se a necessidade de que, no auto do reconhecimento, conste todos os detalhes das fases anteriores, em especial quanto à primeira consta: "Parece-nos que, no auto de reconhecimento, deve-se lançar,

---

[20] MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Obra revista e atualizada por Eduardo Reale Ferrari e Guilherme Madeira Dezem. Campinas/São Paulo: Editora Millenium, 2010, p. 331.
[21] ESPÍNOLA FILHO, Eduardo, *Código de Processo Penal...*, 2000, p. 190.
[22] *Comentários ao Código de Processo Penal...*, p. 334.

desde logo, tudo o que foi previamente dito pelo ofendido ou pela testemunha, no tocante à descrição da pessoa que deva ser reconhecida."[23]

2.3.5. Possibilidade de que a pessoa a ser reconhecida não veja o reconhecedor

No artigo 226, III, do Código de Processo Penal, prevê a lei brasileira a possibilidade de o reconhecimento ser efetuado de forma que o sujeito passivo do reconhecimento e os elementos de comparação não vejam o reconhecedor.

Esta é uma maneira de tornar o ato do reconhecimento livre dos efeitos de intimidação ou qualquer outra influência, que poderiam fazer com que o reconhecedor calasse a verdade e deixasse de apontar uma daquelas pessoas como sendo a envolvida nos fatos, por medo ou temor.

Assim, pelos mesmos motivos que autorizam o depoimento da testemunha na ausência do investigado ou processado, permite-se ao reconhecedor que efetue o reconhecimento sem ser visto pelo sujeito passivo. Para a lei brasileira, esta regra vale apenas para a fase de investigação.

Explica Borges da Rosa que "se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, e isto por motivo de intimidação ou outra influência, a autoridade deverá providenciar para que esta (a pessoa a ser reconhecida) não veja aquela (a pessoa chamada para reconhecer)."[24]

Para Ary Azevedo: "Havendo razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento não diga a verdade em face da pessoa que deva ser reconhecida, levada a isso por intimidação ou outra influência, providenciará para que a pessoa que vai proceder o reconhecimento, não veja a que vai ser reconhecida, e pensamos mesmo que o reconhecimento, em tal caso, possa ser feito até por meio de fotografias de diversas pessoas, no meio das quais estará a da pessoa que deva ser reconhecida."[25]

---

[23] MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito ...* , 2010, p. 331.
[24] *Comentários ao Código...*, p. 334.
[25] FRANCO, Ary Azevedo, *Código de Processo Penal...*, p. 257.

Esta providência não se aplica na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.[26]

No mesmo sentido Ary Azevedo: "Esta providência, entretanto, só será aplicável ao processo na fase do inquérito, pois o parágrafo único, do artigo 226, adverte que não terá ela aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento, quando a presença do juiz deverá inspirar tôda confiança ao que irá fazer o reconhecimento."[27]

Também se posiciona Eduardo Espínola Filho, a respeito dessa regra que apenas: "quando o reconhecimento dever efetivar-se perante o julgador, quer na fase da instrução criminal, quer na do plenário de julgamento, não haverá motivo de providenciar desse modo, pois o ambiente, em que se realiza o ato, e a presença do juiz constituirão elementos de garantia suficientes para nada temer o reconhecedor."[28]

Isto porque, segundo dispõe o parágrafo único do artigo 226 do Código de Processo Penal, se o reconhecimento de pessoas for feito na fase de instrução ou em plenário, não pode o reconhecedor ser afastados das pessoas a serem submetidas ao reconhecimento.

Esta regra serve para garantir o efetivo direito de ampla defesa do réu. Não prevê a nossa lei a possibilidade de reconhecimento por videoconferência.

2.3.6. Reconhecimento em separado em caso de vários reconhecedores

Dispõe o artigo 228 que "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".

Este artigo trata da hipótese de existência de vários reconhecedores, ou seja, quando várias pessoas servirem de sujeito ativo do reconhecimento.

Conforme Borges da Rosa: "Quando forem várias as pessoas chamadas a efetuar o reconhecimento de pessoa, ou de objeto, o art. 228 do Código manda que cada

[26] ROSA, Borges da, *Comentários ao Código...*, p. 333.
[27] FRANCO, Ary Azevedo, *Código de Processo Penal...*, p. 257.
[28] ESPÍNOLA FILHO, Eduardo, *Código de Processo Penal...*, p. 188.

uma faça a prova em separado, evitando-se qualquer comunicação entre elas. Porém, lavrar-se-á um só auto de reconhecimento, subscrito por todas."[29]

Para a nossa lei, cada reconhecimento deve ser feito separadamente e está vedado qualquer contato ou comunicação entre os reconhecedores. Isso para evitar o sugestionamento ao reconhecedor ou a influência do resultado de um reconhecimento em outro.

2.3.7. Reconhecimento de objetos

O reconhecimento de objetos na lei brasileira é um meio de prova típico, pois previsto no artigo 227 do Código de Processo Penal.

Para a sua realização, deve-se observar o mesmo procedimento existente para o reconhecimento de pessoas.

Isto significa que também será composto por quatro fases: 1. indicação das características do objeto envolvido no fato delituoso; 2. escolha, por parte da autoridade, de objetos com características semelhantes; 3. apontamento por parte do reconhecedor da coisa que estaria envolvida nos fatos; 4. elaboração de auto pormenorizado.

Ensina Borges da Rosa que "tratando-se de reconhecimento de objeto, o art. 227 do Código manda que se proceda de acordo com as regras estabelecidas para o reconhecimento de pessoa, no que for aplicável. Assim:

1º) A pessoa será convidada a descrever a coisa ou o objeto que deva ser reconhecido. A descrição compreenderá todos aqueles dados que forem mais apropriados para estabelecer a identidade do objeto, de maneira a diferenciá-lo de outro com ele parecido.

2º) O objeto, cujo reconhecimento se pretender, deverá ser colocado, se possível, ao lado de outros que com ele tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento, a apontá-lo.

[29] *Comentários ao Código...*, p. 335.

3º) Do ato de reconhecimento, lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais."[30]

Deve ser respeitado o procedimento previsto no artigo 226, do Código de Processo Penal, remetendo-se às anteriores observações feitas para aquele artigo.

Importante salientar que a lei prescreveu a necessidade de utilizar o mesmo procedimento, naquilo que for aplicável. Assim, nas hipóteses em que não for possível observar o procedimento por inaplicável à situação em concreto, deve a autoridade adaptar o rito existente.

3. Previsão do reconhecimento no Projeto de Lei do Senado, PLS n.º 156 de 2009

Há diversos projetos em andamento com propostas de alteração do reconhecimento no Código de Processo Penal. Aquele que está mais adiantado e com chances muito grandes de ser aprovado rapidamente é o Projeto de n.º 156/09, de autoria do Senador José Sarney e relatado pelo Senador Renato Casagrande (PSB-ES). Este projeto já recebeu diversas propostas de emendas e foi aprovado pelo Senado em 07 de dezembro de 2010, como "Substitutivo aprovado pelo Plenário ao PLS nº 156, de 2009" ou, simplesmente, como "projeto de novo Código de Processo Penal". A matéria segue agora para apreciação da Câmara.[31]

Segundo consta do último texto aprovado em 07 de dezembro de 2010, o reconhecimento apresenta normas semelhantes quanto à realização do reconhecimento, podendo ser realizado pela autoridade policial, na fase de investigação (artigo 24, VII)[32], bem como, posteriormente, na audiência de instrução prevista para o rito ordinário, aplicado subsidiariamente aos outros, (artigo 276)[33] e no Júri (artigo 325)[34].

---

[30] *Comentários ao Código...*, pp. 334/335.
[31] Tais informações são datadas de 10 de janeiro de 2011.
[32] Consta do texto: "Art. 24. Salvo em relação às infrações de menor potencial ofensivo, quando será observado o procedimento previsto nos arts. 285 e seguintes, o delegado de polícia, ao tomar conhecimento da prática da infração penal, e desde que haja fundamento razoável, instaurará imediatamente o inquérito, devendo: ... VII – proceder ao reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações, quando necessário". (http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1; acessado em 10/01/2011)
[33] Consta do texto: "Art. 276. Na audiência de instrução, proceder-se-á à tomada de declarações da vítima, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, bem como aos

Importa ressaltar que o projeto prevê a figura do juiz de garantias, que atuará na fase do inquérito policial, não prevendo expressamente como uma das suas diligências a realização do reconhecimento de pessoas e de coisas. Entretanto, insere como ser de competência do juiz de garantias decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, categorias perfeitamente aplicáveis ao reconhecimento. (artigo 14, VII).[35] Assim, considerando o reconhecimento como um meio de prova urgente e irrepetível, ao ser realizado na polícia, deverá ser autorizado pelo juiz de garantias, figura prevista no PLS 156/09, assegurando-se o contraditório.

O projeto de alteração do Código de Processo Penal (PLS 16/09) apresenta um rol não taxativo de meios de prova e de meios de obtenção de prova. O reconhecimento vem inserido como sendo um meio de prova (artigo 196 e seguintes)[36].

O texto proposto no Projeto é praticamente idêntico ao existente no Código de 1942, salvo um ponto: 1. torna obrigatório que o reconhecimento seja realizado sem que o acusado veja o reconhecedor.

---

esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado". (http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1; acessado em 10/01/2011)

[34] Consta do texto: "Art. 325. Na audiência de instrução, proceder-se-á à tomada de declarações da vítima, 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 de coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado e procedendo-se ao debate." (http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1; acessado em 10/01/2011)

[35] Consta do texto: "Art. 14. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: ... VII - decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa". (http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1; acessado em 10/01/2011)

[36] Consta do texto: "Art. 196. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á da 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 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.

Parágrafo único. O disposto no inciso III do *caput* deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.

Art. 197. No reconhecimento de objeto, proceder-se-á com as cautelas estabelecidas no art. 196, no que for aplicável. (http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1; acessado em 10/01/2011)

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 elas". (http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1; acessado em 10/01/2011)

Como se viu, consta do artigo 226, III, do atual Código de Processo Penal, que o reconhecimento será realizado de forma presencial, sendo excepcional a hipótese em que a pessoa a ser submetida ao reconhecimento não veja o reconhecedor. Assim dispõe o texto atual: "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."

O Projeto de Lei n.º 159/009 sugere a alteração do referido inciso, transformando em regra a orientação de que o reconhecimento seja realizado de forma que a pessoa a ser submetida ao ato não veja o reconhecedor. Prescreve o Projeto que: "III – a autoridade providenciará para que a pessoa a ser reconhecida não veja aquela chamada para fazer o reconhecimento."

Assim, de acordo com o citado Projeto, o reconhecimento sempre ocorrerá de forma que o reconhecedor não seja visto pelo acusado. Esta regra visa evitar que o reconhecedor sofra intimidação e tenha temor de apontar, na presença do acusado, quem seria o suposto envolvido nos fatos criminosos.

4. Da necessidade de reformulação do tratamento dado ao reconhecimento no Direito brasileiro

Nem sempre houve previsão do reconhecimento na legislação processual penal brasileira. O primeiro Código a prevê-lo expressamente é o atual, de 1942. Durante toda a sua existência, nenhuma alteração houve nos dispositivos que tratam desse meio de prova. Nem mesmo as alterações recentes ocorridas no Código de Processo Penal brasileiro modificaram o instituto do reconhecimento. No Anteprojeto de substituição do Código de Processo Penal tampouco há novidade.

Infelizmente, no Brasil, não se dá a devida importância ao tema, existindo poucos estudos sobre o reconhecimento. Ocorre que esta matéria não pode ser abandonada e merece exame mais aprofundado, para melhor compreender o meio de prova e perceber a necessidade de reforma da legislação atual.

A realidade mostra que estamos ainda distantes de uma previsão adequada para o reconhecimento, pois a lei atual e o Projeto de alteração em andamento praticamente nada de novo dispõem.

Não obstante ser dada pouca atenção ao tema do reconhecimento, deve-se notar que é utilizado como elemento decisivo nas sentenças condenatórias. Um reconhecimento com resultado positivo tem grande influência no convencimento judicial, levando, em regra, à condenação da pessoa reconhecida.

O que se propõe, neste trabalho, é demonstrar que a nossa legislação é parca sobre o tema e merece ser reformulada em diversos aspectos.

Após o desenvolvimento dos capítulos anteriores, que trataram dos aspectos gerais das provas, aspectos gerais do reconhecimento, questões controversas acerca do reconhecimento e a previsão deste meio de prova em países estrangeiros e no Brasil, apresentam-se, a seguir, as críticas e as propostas de modificação da nossa legislação.

4.1. Da necessidade de reformulação do artigo 155 do Código de Processo Penal

O artigo 155, do Código de Processo Penal, apesar de prever a possibilidade de provas antecipadas, cautelares ou irrepetíveis, não as define e tampouco estabelece um procedimento para a sua realização.

Tendo em vista ser o reconhecimento uma prova irrepetível e antecipada, importa que este artigo seja alterado, de forma a conceituar prova antecipada, irrepetível ou cautelar.

Deve a lei indicar o conceito, bem como o procedimento a ser respeitado para cada um desses meios de prova. Melhor seria se o legislador positivasse apenas dois conceitos: provas urgentes e provas irrepetíveis, já que ambas podem ser produzidas antecipadamente, como existe no Direito italiano.

Isto porque as categorias antecipada e cautelar confundem-se e ambas podem apresentar o critério de urgência. Assim, mais simples seria se o legislador utilizasse os termos provas urgentes (aquelas que, por haver urgência e risco de perda dos elementos,

devam ser produzidas antecipadamente) e provas irrepetíveis (aquelas que não podem ser reproduzidas por mais de uma vez e também podem ser produzidas antecipadamente).

O Código de Processo Civil brasileiro não se filia a esta categorização dos meios de prova. Há um procedimento especial para a produção de prova antecipada, que pode ser utilizado tanto para os atos irrepetíveis, como para os meios de prova que, por questões de urgência, devam ser produzidos antecipadamente.

Além de conceituá-los ou abandonar o conceito existente, fazendo apenas constar prova irrepetível e urgente, com seus respectivos conceitos, deve o Código prever um procedimento para a produção destas provas, que contemple a necessidade do contraditório e da participação do Juiz e das partes, salvo se não for possível, quando, excepcionalmente, o contraditório será diferido.

Por inexistir norma expressa, é necessário recorrer à analogia, em especial à aplicação analógica de uma das duas leis: 1. aplicação do artigo 255, do Código de Processo Penal, que trata da oitiva das testemunhas enfermas ou no leito de morte; 2. aplicação do artigo 846, do Código de Processo Civil, que trata da produção antecipada de prova.

O Código de Processo Penal prevê a possibilidade de se ouvir antecipadamente as testemunhas acamadas ou no leito de morte. Dispõe a lei, no artigo 225, que "se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento".

Neste caso, a testemunha será ouvida antecipadamente. Prevê a lei que esta oitiva seja feita perante a presença de um Juiz, que deverá designar data para que as partes e a testemunha a ser ouvida antecipadamente compareçam em juízo e produzam a prova.

Assim, a lei processual penal prevê determina a realização antecipada da prova, nos casos em que o tempo pode prejudicar ou impedir a sua produção no momento previsto para a sua realização.

Outra alternativa é a norma processual civil,[37] que prevê a produção antecipada de prova.

[37] "Art. 846. A produção antecipada da prova pode consistir em interrogatório da parte, inquirição de testemunhas e exame pericial.

A lei processual civil dispõe expressamente que, no caso de interrogatório, oitiva de testemunhas e exame pericial, havendo risco de o tempo afetar a efetividade desses meios de prova, deverá ser produzido antecipadamente.

Nesta hipótese, a prova é realizada em momento anterior àquele previsto e deve ser feita de acordo com o procedimento legal, respeitando o contraditório e com a participação judicial.

Realizar uma prova antecipadamente significa, apenas, que a sua produção será feita em momento anterior ao previsto em lei. Contudo, nada altera o seu procedimento. Por isso, as provas produzidas antecipadamente devem respeitar o rito existente para a sua realização.

4.2. Da necessária previsão de que o reconhecimento seja produzido uma única vez: irrepetibilidade do meio de prova

Conforme exposto, o ordenamento jurídico brasileiro é interpretado de forma a permitir a realização do reconhecimento em dois momentos: na Polícia (artigo 6º, VI, do Código de Processo Penal) e em juízo (artigos 400 e 411, do Código de Processo Penal).

Em regra, os reconhecimentos são realizados na Polícia. Muitas vezes, estes reconhecimentos são repetidos em juízo, como se isto significasse um respeito à regra do artigo 155, do Código de Processo Penal, que reza expressamente que os elementos produzidos na fase investigatória não podem ser considerados pelo Juiz no momento da

---

Art. 847. Far-se-á o interrogatório da parte ou a inquirição das testemunhas antes da propositura da ação, ou na pendência desta, mas antes da audiência de instrução:
I - se tiver de ausentar-se;
II - se, por motivo de idade ou de moléstia grave, houver justo receio de que ao tempo da prova já não exista, ou esteja impossibilitada de depor.
Art. 848. O requerente justificará sumariamente a necessidade da antecipação e mencionará com precisão os fatos sobre que há de recair a prova.
Parágrafo único. Tratando-se de inquirição de testemunhas, serão intimados os interessados a comparecer à audiência em que prestará o depoimento.
Art. 849. Havendo fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação, é admissível o exame pericial.
Art. 850. A prova pericial realizar-se-á conforme o disposto nos arts. 420 a 439.
Art. 851. Tomado o depoimento ou feito exame pericial, os autos permanecerão em cartório, sendo lícito aos interessados solicitar as certidões que quiserem."

sentença. O mesmo artigo excepciona referida regra, afirmando que não se aplica às provas cautelares, irrepetíveis ou antecipadas.

Na prática, os reconhecimentos realizados na fase investigatória ocorrem sem a participação das partes, cabendo ao Delegado de Polícia selecionar as pessoas ou coisas com características semelhantes e que serão colocadas em comparação.

No entanto, quando assim produzidos, perdem a possibilidade de embasar a sentença, porque constituem meros elementos investigatórios, com capacidade, apenas, de servir de indícios para o oferecimento da peça acusatória ou o arquivamento dos autos.

Para que possam valer como meio de prova posteriormente à fase de investigação, o Juiz reproduz todos os atos do inquérito, com a participação das partes e a observância do contraditório, formando-se, assim, elementos de prova.

Na prática, o reconhecimento realizado na Polícia é considerado pelo Juiz um elemento de identificação com valor de prova e, em geral, é utilizado na sentença como elemento decisivo. Sendo positivo, a decisão de condenação é praticamente certa.

Ocorre que, conforme demonstrado neste trabalho, a possibilidade criada pela lei processual penal brasileira de permitir a realização de dois reconhecimentos não condiz com as regras gerais do sistema probatório.

Isto porque, por se tratar de ato irrepetível, o reconhecimento só pode ser feito uma única vez. Uma vez reconhecida ou não a pessoa ou coisa, este ato influencia qualquer outra tentativa posterior.

É o reconhecimento um ato definitivo e irreprodutível, pois não pode ser repetido em idênticas condições e o primeiro influencia o segundo, pela alta carga de sugestionabilidade.

As provas irrepetíveis devem ser produzidas, não importando o momento da sua realização, uma única vez e de acordo com o procedimento legal.

Diante disso, é evidente a necessidade de alteração da atual legislação brasileira, no tocante ao tratamento dado ao reconhecimento.

Como se sabe, no Direito brasileiro, os elementos produzidos em inquérito policial devem ser reproduzidos em juízo, em contraditório, para formarem elementos de

prova e, assim, poderem ser considerados pelo Juiz na sentença. A lei prevê exceção a esta regra quanto às provas cautelares, irrepetíveis e antecipadas.

No caso do reconhecimento, por ser irrepetível, alguns requisitos devem ser observados para a sua produção, a saber: participação das partes e do Juiz.

Assim, se houver necessidade do reconhecimento na fase investigatória, propõe-se o respeito ao procedimento previsto para produção de prova antecipada.

Desse modo, constatada a necessidade de um reconhecimento, deve a Autoridade Policial solicitar a realização deste meio de prova. Havendo deferimento da produção, o Juiz designará um dia para o ato, convocando as partes.

Ademais, deve haver previsão expressa de que este meio de prova ocorra uma única vez, sendo que somente poderá ser realizado na fase de instrução se não foi realizado em momento anterior.

Caso ocorra na fase investigatória, o que é mais adequado, o reconhecimento, repise-se, deve sempre ser feito perante um Juiz e garantindo-se o contraditório, a fim de que forme elementos de prova.

No Brasil, Antonio Scarance Fernandes, a respeito das provas irrepetíveis, concluiu que deve haver a participação da defesa quando da sua produção, exceto em casos urgentes, em que se poderia admitir o contraditório diferido: "No ato próprio de investigação não há razão para se exigir acompanhamento da defesa à diligência realizada pela autoridade policial, sendo suficiente o conhecimento de seu resultado registrado em auto ou termo, ou seja, não há necessidade de participação no ato, mas de conhecimento posterior do ato. Mas não se pode excluir a intervenção da defesa em atos que representem prova antecipada, exceto quando, pela urgência, não for possível a participação. Quanto aos atos de inquirição de testemunhas, se permanecerem nos autos do processo e por isso chegarem ao conhecimento do juiz, deve-se facultar a participação do indiciado. O melhor é que, com exceção dos atos irrepetíveis ou que representem prova antecipada, todos os demais sirvam apenas à acusação e ao exame judicial da justa causa da ação penal, não indo para os autos do processo."[38]

[38] FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 132.

Independentemente do momento em que se realiza, deve a prova irrepetível ser feita com cautela redobrada em comparação aos meios de prova repetíveis e, sempre, com respeito ao procedimento previsto para a sua realização.

Conclui-se, dessarte, que o legislador pátrio deveria prever expressamente que o reconhecimento somente pode ser realizado uma única vez, por ser meio de prova irrepetível, contando sempre com a participação das partes e do Juiz.

Se realizado na fase investigatória, a autoridade que presidir a investigação deve requerer a produção antecipada de prova ao Juiz, que designará data para a realização do ato. Importa ressaltar aqui que, conforme demonstrado, o PLS 156/09 prevê ser da competência do juiz de garantias – aquele que atuará na fase de investigação – a determinação de antecipação de provas urgentes ou irrepetíveis, garantindo-se o contraditório.

Havendo ou não a figura do juiz de garantia, o que não se pode deixar de prever é a necessidade de que o reconhecimento se trata de um meio de prova irrepetível que deve ser sempre realizado na presença do juiz e das partes.

Somente assim os elementos produzidos com o ato formarão elementos de prova e poderão ser considerados pelo julgador na sentença.

4.3. Da necessária previsão de o reconhecimento ocorrer, preferencialmente, na fase de investigação, respeitando o procedimento para produção de meios de prova antecipada

Conforme desenvolvido neste trabalho, o reconhecimento deve ser feito o mais rápido possível para que seja eficiente. O ideal é que ele se dê já na fase de investigação, quando ainda não tenha passado muito tempo da data dos fatos.

O passar do tempo prejudica a realização do reconhecimento, pois este depende da memória da testemunha, que é diretamente afetada com o decorrer dos anos, podendo surgir dois problemas: o esquecimento e as falsas memórias.

Assim, o Direito brasileiro deveria prever a necessidade de realização do reconhecimento na fase de investigação. Somente na impossibilidade de realização nesta

etapa, poderia se permitir a realização do reconhecimento em juízo, mas com menor valor probatório, tendo em vista o seu comprometimento pelo transcurso do tempo.

O ideal, portanto, é que o reconhecimento ocorra na fase de investigação, com a participação das partes e do Juiz. A realização de um reconhecimento apenas no dia da audiência, que, normalmente, vem a acontecer muito tempo depois dos fatos, tem pouco valor de prova. Por isso, pode-se afirmar que o reconhecimento realizado na fase investigatória tem maior credibilidade do que o ocorrido em audiência.

Tal tese já vem sendo sustentada em Portugal e na Itália. Medina de Seiça, ao estudar o tema, concluiu ser necessário que o reconhecimento seja um dos primeiros atos de busca de elementos de autoria, ainda na fase investigatória. Observa o autor que: "o contexto normal do reconhecimento verifica-se durante a investigação (inquérito e instrução) e, de facto, na maioria das situações é durante essa fase que as diligências de identificação, em ordem a concretizar a suspeita, mais sentido fazem. Daqui não decorre, porém, que os resultados obtidos nesta fase de investigação possam, sem mais, ser aproveitados em sede de audiência, atenta a importantíssima limitação consagrada no artigo 355.º: 'não valem em julgamento, nomeadamente para o efeito de formação da convicção do julgador quaisquer provas que não tiverem sido produzidas ou examinadas em audiência'.

Ora se, por um lado, a identificação realizada no inquérito não mediatiza provas para a audiência e se, por outro lado, num sentido rigoroso, 'o acto recognitivo psicologicamente autêntico ocorre uma única vez', caso se mostre necessário proceder, durante a investigação, a um reconhecimento, importaria assegurar desde logo não só a sua correcção formal como também as garantias processuais em ordem ao seu aproveitamento probatório em audiência".[39]

Assim, sugere o autor a aplicação de um dispositivo existente no Direito português referente à produção antecipada de provas, em caso de urgência, chamado de "Declarações para memória fraca", com previsão nos artigos 194 e 271 do Código de Processo Penal português.

Ressalta Seiça que a utilização do procedimento para a produção de prova urgente é imprescindível por dois motivos: 1. porque o reconhecimento, para ser eficiente,

[39] SEIÇA, Alberto Medina de, "Legalidade da prova...", p. 1398.

deve ser realizado o mais rápido possível, tendo em vista a influência do tempo sobre a memória do reconhecedor; 2. porque o reconhecimento é um meio de prova irrepetível e, quando realizado na Polícia, deve ter a participação das partes e do Juiz.

Na Itália, diversos julgados discutiram a referida questão, prevalecendo a tese de que o reconhecimento não pode ser realizado durante a instrução de debates, porque perderia o valor como elemento de prova. Sustenta-se que o reconhecimento deve ser realizado como uma medida urgente, por meio do incidente probatório, no momento mais próximo possível do fato criminoso.

Para que o reconhecimento pessoal seja eficiente, é preciso que seja realizado o mais rápido possível, em razão do risco de perda da memória. Quanto mais tempo se levar para ser feito, mais difícil será atingir a finalidade principal da prova: um reconhecimento seguro, seja positivo ou negativo.

Como o tempo influencia a eficácia do reconhecimento, o ideal é que ele seja realizado de pronto, em fase policial. No entanto, para que tenha validade de meio de prova, deve ser produzido como prova antecipada ou urgente, contando com a participação judicial e das partes e o respeito ao contraditório.

Assim, deve haver previsão de que o Delegado, antes de realizar o reconhecimento, deve requerer a produção antecipada deste meio de prova ao Juiz, que designará audiência, com o chamamento das partes para acompanharem a realização do ato, o qual observará o rito previsto no artigo 226 e seguintes do Código de Processo Penal.

Nessa linha, propõe-se, no Direito brasileiro, que o reconhecimento seja previsto como um dos primeiros atos na fase de investigação, com o envolvimento das partes e do Juiz.

Sugere-se, ainda, a utilização analógica dos dispositivos que tratam da oitiva antecipada de testemunhas (artigo 255, do Código de Processo Penal) ou da produção antecipada de provas (artigo 846, do Código de Processo Civil).

4.4. Da necessária reformulação do dispositivo que propõe o reconhecimento durante a audiência

Segundo novo dispositivo do Código de Processo Penal, deve haver uma única audiência para a instrução processual, salvo casos excepcionais. Prevê o artigo 400 que, nesta audiência, podem ocorrer diversos atos processuais, inclusive o reconhecimento.

Assim dispõe o texto legal: "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." Texto semelhante existe no procedimento do Juri, no artigo 411, do Código de Processo Penal.

Estes artigos vêm sendo interpretado no sentido de que o legislador teria imposto uma ordem para a realização dos atos processuais, qual seja: tomada de declarações do ofendido, inquirição das testemunhas, ouvindo primeiro as arroladas pela acusação e depois as arroladas pela defesa, esclarecimento dos peritos, acareações, reconhecimento e interrogatório.

De acordo com este entendimento, o reconhecimento é o penúltimo ato da audiência, o que evidentemente não pode acontecer, pois perderá toda a sua efetividade. Conforme ensina Denílson Feitoza, ao comentar o artigo 400 do Código de Processo Penal: "No caso concreto, para que o reconhecimento, especialmente de pessoa, tenha validade ou seja crível, do ponto de vista cognitivo, talvez tenha que ser praticado no início da audiência, antes dos outros atos."[40]

Em realidade, não há dúvida de que a oitiva da vítima e a das testemunhas deva ocorrer na ordem indicada pela lei, pois o próprio legislador prescreveu que fossem realizadas "nesta ordem". No entanto, não há nenhuma imposição quanto ao momento para o esclarecimento dos peritos, acareação e reconhecimento. A lei não diz que devem ocorrer em último lugar, na ordem da audiência.

[40] FEITOZA, Denílson, *Direito Processual Penal*.Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2010, p. 506.

Evidente que o reconhecimento, quando necessário na audiência, deve ser um dos primeiros atos, devido ao risco de sugestionabilidade ao ver o réu sentado na sala de audiência com roupa diferente do seu defensor, Juiz, acusador. Certamente, o resultado do reconhecimento perderia credibilidade.[41]

Assim, a melhor interpretação a ser dada aos artigos 400 e 411, do Código de Processo Penal, é a de que deve ser respeitada a ordem da oitiva da vítima, testemunha de acusação e de defesa. No entanto, o reconhecimento pode se dar a qualquer tempo, sendo mais eficiente que ocorra antes do início da audiência, quando o reconhecedor ainda não tenha visto o réu.

Para que a lei torne-se mais clara, há necessidade de alteração do texto dos artigos 400 e 411 do Código de Processo Penal. Imprescindível que se faça constar que o reconhecimento, quando realizado em juízo, deva ocorrer antes do início da audiência, quando o reconhecedor ainda não tenha mantido qualquer contato com o réu.

Assim deveria ser o texto de lei: "Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, **proceder-se-á, como um primeiro ato e quando necessário, o reconhecimento de pessoas e coisas**, passando-se 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 e às acareações, interrogando-se, em seguida, o acusado."

4.5. Da necessidade de previsão de um procedimento para os reconhecimentos atípicos. Analogia ao procedimento do reconhecimento visual e presencial

Há, no sistema brasileiro, previsão de um procedimento para o reconhecimento de pessoas (visual e presencial) e o de coisas.

---

[41] FEITOZA, Denílson, *Direito Processual...*, p. 506. Comenta o autor: "Não nos é possível acreditar na seriedade do reconhecimento de um acusado quando o juiz pergunta ao ofendido na audiência, se aquela única pessoa (em trajes informais) ao lado do defensor (vestido de terno) ou, pior, aquele homem sentado em uma cadeira separado de todo mundo, bem próximo do ofendido, é o que praticou a suposta infração penal. Ou dirá que é, por não ter opção (é a única pessoa com perfil de acusado), ou dirá que não é, por medo; o certo é que, normalmente, não poderemos confiar nesse procedimento. A eficiência jurídica não é apenas economicidade (administração), com economia de recursos humanos, materiais, financeiros e temporais, mas também efetividade (qualidade do produto ou serviço resultante). Para o juiz não perder tempo, perdemos nosso tempo e a credibilidade da prova." (FEITOZA, Denílson, *Direito Processual...*, p. 506)

Não prevê a nossa lei procedimento para a realização do reconhecimento pessoal por fotografia (visual e por imagem) e tampouco para o reconhecimento pessoal por voz (auditivo).

Nestes casos, por inexistir procedimento expresso na lei, deve-se valer de procedimento análogo, pois, conforme desenvolvido no capítulo I deste trabalho, a realização dos meios de prova atípicos deve se dar de acordo com procedimentos análogos existentes.

Vale dizer que o reconhecimento de pessoas deve ser feito, preferencialmente, de forma visual e presencial. O reconhecimento de vozes pode ser utilizado quando o contato com o envolvido foi apenas auditivo e não visual. Daí, a busca de sua identificação pode ser feita por meio de sua voz. Quanto ao reconhecimento pessoal por meio de imagem (fotografia, vídeo etc.), somente pode ser aceito em casos excepcionais e quando não for possível a realização do reconhecimento presencial.

A lei brasileira deveria prescrever que, no caso de outras espécies de reconhecimento, observa-se o rito existente para o reconhecimento de pessoas visual e presencial, no que for possível.

Tal norma existe apenas para o reconhecimento de coisas. Ocorre que esta mesma norma deveria ser estendida a qualquer outra espécie de reconhecimento, inclusive o reconhecimento de pessoas por meio de fotografia e o reconhecimento de pessoas por meio de voz.

A simples aplicação analógica soluciona o problema.

4.6. Previsão de utilização de outras formas de identificação somente de forma subsidiária

O reconhecimento de pessoas e coisas apresenta um procedimento bastante específico, com quatro fases. Cada uma dessas fases tem sua razão de existir, tendo em vista implicações não apenas jurídicas, mas também psicológicas.

Quando houver a necessidade de se identificar uma pessoa, deve-se sempre preferir a realização do reconhecimento típico (pessoal e presencial) àqueles outros em que estaria ausente a pessoa a ser reconhecida.

Os outros métodos de reconhecimento devem ser utilizados sempre de forma subsidiária, sendo que somente o Juiz pode se valer deles, se não for possível a realização do reconhecimento pessoal e presencial.

Assim, o reconhecimento pessoal por meio de fotografia, voz ou videoconferência, devem ser realizados somente na hipótese em que não é possível a presença física do acusado.

A nossa lei deveria prever regra determinando que o reconhecimento de pessoas seja feito, preferencialmente, de forma presencial e que somente se admite a utilização de outros métodos de identificação pessoal de forma subsidiária.

4.7. Da previsão da condução coercitiva

A lei brasileira atual permite a condução coercitiva para o interrogatório, sendo tal norma muito criticada. De fato, a lei deve prever a possibilidade de condução coercitiva. No entanto, deve restar claro que não se pode exigir do acusado comportamentos ativos, ou seja, poderá ser conduzido coercitivamente apenas para que esteja presente ao ato, como mero objeto de prova, não podendo exigir da pessoa a ser reconhecida nenhuma ação, como abaixar, virar a cabeça, sorrir etc..

4.8. Da previsão de nulidade para os reconhecimentos realizados em desrespeito ao procedimento legal

O procedimento para a realização do reconhecimento deve ser respeitado em sua inteireza. Isto porque cada uma das fases do reconhecimento tem um motivo para sua existência.

É um meio de prova que deve estar rodeado de cautelas na sua produção. Na legislação italiana, portuguesa e argentina, há previsão expressa de nulidade para o reconhecimento que não se realizar de acordo com o rito legal.

Esta regra aplica-se também com relação ao procedimento para a produção dos demais meios de provas. Se houver procedimento previsto, deverá ser respeitado, sob pena de nulidade.

Ressalte-se que o reconhecimento da nulidade gera a necessidade de reprodução do ato, quando isto for possível. Constituem exceção a esta regra os atos irrepetíveis. Sendo irrepetível, o ato não poderá ser refeito. Neste caso, deverá ser excluído dos autos e não poderá ter valor algum no processo.

Deveria, portanto, haver previsão expressa na legislação brasileira de que o desrespeito ao procedimento para a realização de um reconhecimento leva à sua nulidade.

A realização do reconhecimento sem qualquer uma das suas quatro fases ou sem a participação do Juiz e das partes gera a sua nulidade, pois cada uma dessas etapas tem uma razão lógica de existir, conforme disposto no capítulo III deste trabalho.

A violação do rito do reconhecimento é falha gravíssima, pois pode conduzir a erros irreparáveis dentro de um processo. Nem a liberdade probatória, nem o livre convencimento, autorizam o descumprimento das formas e garantias impostas na produção de um meio de prova.

Assim, o legislador brasileiro deve prescrever como causa de nulidade absoluta a realização de um reconhecimento sem o respeito ao procedimento legal.

4.9. Da necessária reformulação do dispositivo que trata da primeira fase

A primeira fase existe para testar a memória do reconhecedor. Nesta, o sujeito ativo descreverá as características da pessoa a ser reconhecida, ativando a sua memória.

Nesta etapa, aspectos importantes podem levar à invalidade de um reconhecimento.

Na Itália, Portugal e Argentina, deve o Juiz perguntar ao reconhecedor se ele teve algum contato com a pessoa a ser reconhecida após a data dos fatos, como, por exemplo, se o viu na mídia impressa ou televisiva ou até mesmo nos corredores das Delegacias ou Tribunais. Se a resposta for positiva, o reconhecimento terá um valor diferenciado.

Em Portugal, além desta pergunta, deve-se também indagar ao reconhecedor se ele já tinha visto a pessoa a ser reconhecida antes dos fatos e em quais condições.

Estas duas perguntas são extremamente importantes.

A lei brasileira é muito genérica ao dispor apenas que o reconhecedor indicará as características da pessoa a ser reconhecida. Deveria exigir que se perguntasse ao reconhecedor se teve algum tipo de contato com o acusado antes ou após dos fatos e em quais condições, incluindo contato por meio da imprensa, bem como se o conhecia antes dos fatos.

Deve-se também prever sobre a necessidade de que o juiz, para ativar a memória do reconhecedor, lhe peça para recriar em sua mente toda a situação fática, tudo que sentiu ou viu no momento do crime.

Bastaria um simples adendo ao artigo 226, I, do Código de Processo Penal, fazendo constar que "deve o juiz solicitar ao reconhecedor que faça uma retrospectiva do momento dos fatos, procurando lembrar de todos os detalhes daquele momento e, após esta restrospectiva, deve o juiz perguntar a ele se teve algum contato com a pessoa a ser reconhecida, antes ou depois dos fatos, seja na mídia impressa ou televisiva, rua, corredor do fórum, delegacia etc., ou a pessoa era do seu convívio."

4.10. Da necessária reformulação do dispositivo que trata da segunda fase

Prevê a lei brasileira que a pessoa a ser reconhecida será colocada ao lado de outras com características semelhantes. Tal semelhança deverá se referir a aspectos identificadores da pessoa, como sexo, idade , cor da pele, tipo de cabelo etc.. Não se exige identidade, mas semelhança.

As legislações da Espanha, Itália e Portugal dispõem que, nessa fase, as pessoas colocadas em comparação, devem utilizar, sempre que possível, a mesma roupa ou vestuário semelhante. Na Espanha, há norma que prevê a apreensão das roupas usadas no dias dos fatos, para serem utilizadas no momento do reconhecimento.

Na Itália, a pessoa a ser reconhecida pode escolher o lugar onde será colocada: se prefere ficar no meio das outras duas, à esquerda ou à direita.

Em geral, o reconhecedor não acompanha esta fase. Ele somente aparece em momento posterior, no reconhecimento propriamente dito. O texto italiano traz norma específica sobre essa necessidade.[42]

Assim, afastando-se o reconhecedor dos atos preparatórios ao reconhecimento, deve o Juiz escolher, em primeiro lugar, pessoas semelhantes (Brasil e Itália falam em, no mínimo, duas pessoas de características semelhantes). Semelhança não significa identidade das pessoas, mas se deve procurar a mais semelhante possível.

Conforme ressaltado, o reconhecimento é um exame comparativo de duas percepções tidas em momentos diferentes. Assim, não havendo semelhança entre as pessoas, este momento poderá ser criticado pelas partes, requerendo a sua invalidade.[43]

Deveriam constar da lei brasileira dispositivos semelhantes aos existentes na Espanha, Itália e Portugal.

Deveria prever que as pessoas submetidas ao reconhecimento utilizassem roupas semelhantes àquelas do dia dos fatos. De igual maneira, os sujeitos de comparação deveriam usar vestes similares às do acusado no dia dos fatos.

Em suma, a lei deveria dispor que as semelhanças referem-se ao sexo, cor, idade, altura, peso e também que as pessoas deveriam estar vestidas com roupas semelhantes àquelas usadas no dia dos fatos.

---

[42] TRIGGIANI, Nicola, *Ricognizione...*, p. 80.
[43] TRIGGIANI, Nicola, *Ricognizione...*, p. 82.

CONCLUSÕES

O Código de Processo Penal brasileiro prevê determinados meios de prova, não utilizando, para tanto, de um rol taxativo. Vige no sistema brasileiro o princípio da liberdade dos meios de prova.

Um dos meios de prova previstos expressamente no Código brasileiro é o reconhecimento de pessoas e coisas, tema objeto deste trabalho.

Trata-se de um meio de prova bastante polêmico, tendo em vista diversos aspectos que podem influenciar no seu resultado efetivo e ser considerado como um dos meios de prova mais falíveis existentes dentro do sistema probatório. Torna-se importante estudar com mais afinco o reconhecimento, tendo em vista ser frequentemente utilizado para fundamentar uma sentença condenatória.

Este trabalho foi dividido em 5 partes. A primeira estudou a teoria geral da prova e inseriu o reconhecimento em uma das categorias probatórias. Em um segundo momento, apresentou-se alguns aspectos gerais e conceituais acerca do reconhecimento. Em terceiro lugar, passou-se ao esclarecimento de questões polêmicas envolvendo o tema, para, assim, como um quarto momento, estudar o reconhecimento no direito estrangeiro. Finalmente, estudou-se a figura no direito brasileiro, bem como foram apresentadas algumas propostas de reformulação das normas existentes no Código de Processo Penal brasileiro.

As conclusões encontram-se no decorrer de todo o trabalho, após o desenvolvimento das teses. No entanto, as principais delas serão a seguir sintetizadas, conclusões estas que não dispensam a leitura do trabalho, para que possam ser melhor compreendidas.

Em apertada síntese, as conclusões são as seguintes:

1. Meio de prova é definido como sendo a atividade por meio da qual se introduz no procedimento um elemento de prova. Tal atividade exige sempre a participação do Juiz e das partes, sob o crivo do contraditório, para produzir elemento de prova e, assim, poder ser considerado na sentença.

2. Orientando-se pela teoria ampliativa, meio de prova típico é aquele que está nominado na lei e acompanhado de um procedimento para sua realização. O meio

de prova atípico se dá quando não possuir previsão legal ou, ainda, quando estiver previsto apenas de forma nominada, sem qualquer dispositivo que trate do seu procedimento.

3. Deve existir regulamentação sobre o modo de realização de cada um dos atos do processo, como regras para o interrogatório, para a oitiva de testemunhas, para a realização de perícia, para o ato do reconhecimento e demais meios de prova previstos em lei.

4. Quando há procedimento estabelecido para a prática de algum meio de prova, este deve ser respeitado, sob pena de se atentar contra o devido processo legal e acarretar a nulidade do ato.

5. Para tornar possível a utilização de meios de prova atípicos, deve-se socorrer da analogia, observando-se procedimentos análogos já existentes para a realização de outros meios de prova semelhantes.

6. O reconhecimento é meio de prova utilizado com a finalidade de obter a identificação de pessoa ou coisa, por meio de um processo psicológico de comparação com elementos do passado.

7. Existem somente duas espécies de reconhecimento: o de pessoas e o de coisas. As variações podem ocorrer sempre dentro destas duas categorias.

8. O reconhecimento de pessoas visual e presencial é aquele cuja evocação da memória é feita na presença da pessoa investigada, que é colocada ao lado de outras semelhantes a ela.

9. O reconhecimento de pessoas visual e não presencial é feito por meio de imagem da pessoa, ou seja, fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de reprodução.

10. O reconhecimento de pessoas auditivo tem por finalidade obter declaração de testemunha, vítima ou co-imputado no sentido de identificar positivamente determinada pessoa, por meio da audição de sua voz, como sendo aquela que teria sido ouvida no momento dos fatos.

11. O reconhecimento de objetos é um meio de prova cujo objetivo é fazer com que uma testemunha, vítima ou co-imputado aponte determinada coisa como aquela que teria sido utilizada no momento dos fatos.

12. O reconhecimento tem a finalidade de identificar uma pessoa ou coisa supostamente envolvida na prática de um delito. Não se trata do único meio existente para identificação, mas deve ser utilizado preferencialmente em relação aos outros meios.

13. O reconhecimento apresenta natureza jurídica de meio de prova irrepetível, tratando-se de um ato irreprodutível porque não pode ser reproduzido nas mesmas condições.

14. O reconhecimento é um meio de prova que deve ser produzido antecipadamente, tendo em vista os efeitos negativos que o tempo gera em seu resultado.

15. Tendo em vista os riscos do tempo na realização do reconhecimento, que pode dar causa ao esquecimento ou às falsas memórias, deve este meio de prova ser realizado como um dos primeiros atos da investigação, respeitando-se o rito da realização antecipada de prova, com a participação do Juiz e das partes.

16. O procedimento para a realização do reconhecimento como meio de prova passa por quatro fases: 1. indicação das características da pessoa ou da coisa pelo reconhecedor; 2. escolha e colocação das pessoas ou coisas de características semelhantes; 3. indicação da pessoa ou coisa por parte do reconhecedor; 4. elaboração do auto de reconhecimento.

17. Há, apenas, dois resultados possíveis para o reconhecimento. São eles: 1. o positivo, quando o reconhecedor tem plena certeza tratar-se da pessoa investigada ou acusada; 2. o negativo – quando o reconhecedor diz que nenhuma daquelas pessoas correspondem àquela que teria visto no dia dos fatos ou se ele tiver alguma dúvida a respeito da pessoa.

18. O reconhecimento admite restrição ao princípio do nemo tenetur se detegere, pois se inclui na categoria de provas que não implicam intervenção corporal no acusado e dentre aquelas que tampouco exigem colaboração ativa por parte dele. Depende tão-somente de colaboração passiva por parte da pessoa a ser submetida ao ato, sem intervenção corporal. O imputado transforma-se em objeto de prova no caso do reconhecimento.

19. Tratando-se de meio de prova que não implica intervenção corporal no acusado e tampouco colaboração ativa na sua produção, pode-se permitir a condução coercitiva do acusado para fins de reconhecimento. O que não se permite é exigir dele comportamentos ativos como levantar a cabeça, agaixar, virar de lado etc. no momento do reconhecimento.

20. Por ser meio de prova irrepetível, deve o reconhecimento realizar-se, não importando o momento, na presença das partes e do Juiz, em respeito ao contraditório, e para poder formar elementos de prova.

21. Levando em conta a influência que a memória pode gerar no resultado efetivo de um reconhecimento, constitui-se em verdadeira prova que deve ser realizada antecipadamente. Constatando-se urgência na produção do meio de prova devido ao risco de perda dos seus elementos, deve ser produzido de forma antecipada em um processo, ou seja, em momento anterior ao previsto.

22. Os reconhecimentos por indicação realizados em sala de audiência não podem ser admitidos por se tratar de meio de prova irritual, pois se procura fazer um reconhecimento, sem observar o rito existente para sua realização.

23. A identificação fotográfica se diferencia do reconhecimento pessoal por meio de fotografia, pois tem a estrita finalidade de buscar indícios de identificação de autoria, quando ainda não se tem um suspeito.

24. Como regra, não se pode admitir o reconhecimento por videoconferência, pois esta não traz uma imagem gravada, mas simultânea, em que se exige a presença física do réu na sala que conterá os meios audiovisuais. Assim, para a sua realização, sabe-se onde está o réu, pois estará presente no local. Sendo possível a presença física do réu, o reconhecimento não pode ser feito por imagem, mas, sim, presencialmente. Diante disto, seria inadmissível o reconhecimento por videoconferência, pois representaria uma hipótese em que o réu estaria presente e poderia ser reconhecido presencialmente, sem a utilização de meios tecnológicos. Há possibilidade de exceções.

25. Como regra, o desrespeito ao procedimento previsto para o reconhecimento leva à nulidade do meio de prova, sem a possibilidade de ser refeito, por ser ato irrepetível. Deve, portanto, ser excluído dos autos. Entretanto, em situações excepcionais, quando a falha envolver aspectos específicos de uma das fases do reconhecimento, deverá ser analisado caso a caso se o vício é grave o suficiente para gerar prejuízo às partes. Esta análise caberá ao Juiz, casuisticamente. Caso se verifique a inexistência de prejuízo, poderá o ato ser convalidado no processo, podendo ter valor reduzido de prova.

26. O reconhecimento tem valor reduzido de prova, tendo em vista a alta probabilidade de erro no seu resultado.

27. Países como a Espanha, Itália, Argentina e Portugal tratam do reconhecimento de forma mais específica que a legislação brasileira e podem ser utilizados como modelos para a reformulação do sistema brasileiro.

28. No Brasil, o reconhecimento está previsto nos artigos 226 a 228 do Código de Processo Penal, indicando um procedimento específico para o reconhecimento de pessoas visual e presencial, que servirá de modelo para a realização do reconhecimento de objetos.

29. No sistema brasileiro, a possibilidade de reconhecimento vem prevista em dois momentos diferentes: na fase de investigação, conforme se extrai do artigo 6º, VI, do Código de Processo Penal e na audiência de instrução, conforme artigo 400 e 411 do Código de Processo Penal.

30. O Código de Processo Penal brasileiro prevê quatro fases para a realização do reconhecimento, em semelhança ao procedimento previsto nos países estudados para fins de comparação.

31. O texto do Projeto de lei 159, prevê procedimento praticamente idêntico ao existente no Código de 1942, salvo um ponto: 1. torna obrigatório que o reconhecimento seja realizado sem que o acusado veja o reconhecedor.

32. Há necessidade de reformulação do sistema brasileiro quanto ao tratamento dado ao reconhecimento, bem como a aspectos gerais dos meios de prova que influenciam a sua realização.

33. O artigo 155, do Código de Processo Penal, apesar de prever a possibilidade de provas antecipadas, cautelares ou irrepetíveis, não as define e tampouco estabelece um procedimento para a sua realização. Tendo em vista ser o reconhecimento uma prova irrepetível e antecipada, importa que este artigo seja alterado, de forma a conceituar prova antecipada, irrepetível ou cautelar ou, o que seria mais adequado, utilizar somente as expressões meio de prova urgente ou meio de prova irrepetível. Deve a lei indicar o conceito, bem como o procedimento a ser respeitado para cada um desses meios de prova.

34. Para a realização antecipada do reconhecimento, propõe-se, por aplicação analógica, a utilização de uma das duas normas previstas na lei processual brasileira: 1. aplicação do artigo 255, do Código de Processo Penal, que trata da oitiva das testemunhas enfermas ou no leito de morte; 2. aplicação do artigo 846, do Código de Processo Civil, que trata da produção antecipada de prova.

35. Por ser um meio de prova irrepetível, o legislador pátrio deveria prever expressamente que o reconhecimento somente pode ser realizado uma única vez, por ser meio de prova irrepetível, contando sempre com a participação das partes e do Juiz.

36. O Direito brasileiro deveria prever a necessidade de realização do reconhecimento na fase de investigação. Somente na impossibilidade de realização nesta etapa, poderia se permitir a realização do reconhecimento em juízo, mas com menor valor probatório, tendo em vista o seu comprometimento pelo transcurso do tempo.

37. Para que a lei se torne mais clara, há necessidade de alteração do texto dos artigos 400 e 411 do Código de Processo Penal, para que se faça constar que o reconhecimento, quando realizado em juízo, deva ocorrer antes do início da audiência, quando o reconhecedor ainda não tenha mantido qualquer contato com o réu.

38. A lei brasileira deveria prescrever que, no caso de outras espécies de reconhecimento, observa-se o rito existente para o reconhecimento de pessoas visual e presencial, no que for possível.

39. A lei deve prever a possibilidade de condução coercitiva. No entanto, deve restar claro que não se pode exigir do acusado comportamentos ativos, ou seja, poderá ser conduzido coercitivamente apenas para que esteja presente ao ato, como mero objeto de prova, não podendo exigir da pessoa a ser reconhecida nenhuma ação, como abaixar, virar a cabeça, sorrir etc..

40. O legislador brasileiro deve prescrever como causa de nulidade absoluta a realização de um reconhecimento sem o respeito ao procedimento legal das suas quatro fases.

41. A lei brasileira é muito genérica ao dispor apenas, quanto à primeira fase do reconhecimento, que o reconhecedor indicará as características da pessoa a ser reconhecida. Deveria exigir que se perguntasse ao reconhecedor se teve algum tipo de contato com o acusado antes ou após dos fatos e em quais condições, incluindo contato por meio da imprensa.

42. Quanto à segunda fase, deveria a lei brasileira prever que as pessoas submetidas ao reconhecimento, bem como os elementos de comparação, utilizassem roupas semelhantes àquelas do dia dos fatos. A lei deveria dispor que as semelhanças referem-se ao sexo, cor, idade, altura, peso e também que as pessoas deveriam estar vestidas com roupas semelhantes àquelas usadas no dia dos fatos.

BIBLIOGRAFIA

ABELLÁN, Marina Gascón. *Los Hechos em El Derecho, bases argumentales de la prueba*, Madrid/Barcelona: Marcial Pons e Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1999.

ACHUTTI, Daniel Silva e RODRIGUES, Roberto da Rocha. "Tempo, memória e direito no século XXI: o delírio da busca da verdade real no processo penal" *in Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias*, 4 (1):137-152, jan/dez de 2005.

ALTAVILLA, Enrico *Psicologia guidiziaria – Il processo psicologico e la verità giudiziale*. Turim: Editora Unione Tipográfico Editrice Torinese, 1948, Tomo I.

AMAYA, José de la Mata. "La utilización de la videoconferencia en las actuaciones judiciales" *in Revista Actualidad Penal*, n.º 47/48, dezembro de 2002.

AMBOS, Kai e CHOUKR, Fauzi Hasan. *Processo Penal e Estado de Direito*, São Paulo: Editora Edicamp, 2002.

AMODIO, Enio. Liberto Convincimento e tassatività dei mezzi di prova: un approccio comparativo, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, ano XLII, 1999.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, Coimbra Editora, Reimpressão, 2006.

ANTÓN Y BARBERÁ, Francisco de. *Tática Policial*. Barcelona: Tirant no Blanch, 2006.

APRILE, Ercole, "La prova penale", *in Pratica Giuridica, Dottrina e giurisprudenza nella casuistica*. Seconda serie diretta da O. Fanelli, 2ª edição, Giuffrè editore, Milão, 2002.

AROCENA, Gustavo A. “El reconocimiento por fotografia, las atribuciones de la Policía Judicial y los actos definitivos e irreproductibles” *in Temas de derecho procesal penal (contemporâneos)*, Córdoba: Editorial Mediterránea, 2004.

AROCENA, Gustavo A. *La prueba en proceso penal*, Buenos Aires, Depalma, 2ª edição, 1994.

AROCENA, Gustavo A., NORES, Jose´ I. Cafferata. *Temas de derecho procesal penal (Contemporâneos)*, Córdoba: Editorial Mediterrânea, 1ª edição, 2004.

ARTES, Carmen Ordoño. *La prueba de reconocimiento judicial en el proceso civil español*, Madrid: Editorial Montecorvo, 1987.

BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. “Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileira” *in Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 65, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº, 65, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, março-abril 2007.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro/São Paulo: Elsevier/Campus Jurídico, 2008, Tomo I.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro/São Paulo: Elsevier/Campus Jurídico, 2008, Tomo II.

BARONA VILAR, Silvia. Valor probatorio de la diligencia de reconocimiento en rueda: doctrina constitucional. *Poder Judicial*. Madrid, n.38, p. 7-24, jun. 1995.

BECCARIA, Cesare Bonesama. *Dos delitos e das penas*. Trad. De Flávio de Angelis. São Paulo: Edipro, 1999.

BERNASCONI, Alessandro. *La ricognizione di persone nel processo penale. Struttura e procedimento probatorio,* Turim, G. Giappichelli Editore, 2003.

BOBILLO, Julio C. Picatoste. Cuestiones em torno a la diligencia de reconocimiento em rueda: practica y jurisprudência. *Revista Actualidad Penal* nº XXXII, Madrid.

CAFERRATA NORES, José I. *La prueba en el proceso penal. Principios generales*. Córdoba: Marcos Lerner Editora, 1996.

CAFERRATA NORES, José I. *Reconocimiento de personas (rueda de presos)*. Córdoba: Marcos Lerner Editora, 1980.

CAPITTA, Anna Maria. *Ricognizioni e individuazioni di persone nel diritto delle prove penali*, Università degli studi di Milano, Milão: Editora Giuffrè, 2001.

CARBONE, Carlos A. *La prueba ante La coerción del imputado*, Rosário: Nova Tesis Editorial Juridica, 1ª edição, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Ejea, 1950, Tomo IV.

CATENA, Vitor Moreno, Garantia de los derechos fundamentales en la investigación penal, *Poder Judicial, Número Especial 2 (Justicia penal)*, Madrid, Espanha, 1987.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. La prueba videográfica en el proceso penal : validez y límites. *Poder Judicial*. Madrid, n.38, p. 47-78, jun. 1995.

COELHO, Nuno. "Memória e quotidiano judiciário" *in Revista Sub Judice*, n.º 25, abril/junho de 2003.

COLOMA, Aurélia Maria Romero. "La psicologia judicial y la prueba de testigos en el ordenamiento procesal penal italino: los ultimos avances científicos" *in Revista Actualidad Penal*, n.º 2, semana 7, janeiro de 1991.

COLOMA, Aurélia Maria Romero. "La valoración judicial de la prueba testifical y la psicología del testimonio" *in Revista Actualidad Penal*, n.º 38, outubro de 1998.

COSTA, Helena Regina Lobo da. "Projeto de Lei 4215/2001. Provas" *in Código de Processo Penal, Comentários aos projetos de reforma legislativa.* FERRARI, Eduardo Reale (org.). São Paulo: Millenium, 2003.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Contribuições das teorias de prevenção geral positiva limitadoras ao Direito Penal contemporâneo, in *Estudos jurídicos criminais*, coordenado por Luciano Nascimento Silva, Curitiba: Editora Juruá, 2008.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Interrogatório *on line* fere garantias constitucionais, Separata F 80, disponível em www.mundo jurídico. ad. vr. Acesso em 16 ago. 2007, Mundo Jurídico, 2007.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Projeto de Lei 4215/2001. Provas, in Código de Processo Penal, *Comentários aos projetos de reforma legislativa*, organizador Eduardo Reale Ferrari, Campinas/São Paulo: Millenium, 2003.

DEAN, Giovanni. In tema de libertá e tassativitá delle forme nell'acquisizione probatoria : a proposito delle ricognizioni fotografiche [Comentário de jurisprudência]. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano, v.32, 1989.

DEU, Teresa Armenta. *Lecciones De Derecho Procesal Penal*, 3ª edição, Madrid: Marcial Pons, 2007.

DEU, Teresa Armenta. *Nuevas Tendências em Matéria de prueba ilícita – relatorio general – civil Law*. XIII Congresso Mundial de Direito Processual, organizado por Ada Pellegrini Grinover e Petrônio Calmon. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal*, Campinas/São Paulo: Editoras Millenium e Conceito Editorial, 2008.

DIEGO DIEZ, Luis Alfredo de. *Identificación Fotográfica y reconocimiento en rueda del inculpado*. Barcelona: Editorial Bosh, 2003.

DIEZ, Luis Alfredo de Diego. "La voz como elemento identificador del delincuente" *in Revista del Poder Judicial*, n.º 69, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Espanha, Primer Trimestre 2003.

DIEZ, Luis Alfredo de Diego. *Identificación fotográfica y reconocimiento en rueda del inculpado*. Barcelona: Editora Bosh, 2003.

DIEZ, Luiz Alfredo de Diego. "La voz como elemento identificador del delincuente" *in Revista del Poder Judicial*, n. 69, Primer Trimestre 2003, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Espanha: Dott. A. Giuffrè Editore, 1998.

DUCLERC, Elmir. *Prova Penal e Garantismo: Uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

COSTA ANDRADE, Manuel da et al. (Org.). *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

ESPARZA, Julio Muerza; SEGOVIA, Rafael Hinojosa; MARTINEZ, Sara Aragoneses; SANTOS, Andrès de la Oliva; GARCÍA, Jose Antonio Tomé. *Derecho Procesal Penal*, Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 8ª edição, 2007.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. *atualizado por José Geraldo da Silva e Wilson Lavorenti*. Campinas: Editora Bookseller, 2000, Vol. III.

FEITOZA, Denílson, *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2010.

FEIX, Leandro da Fonte, NYGAARD, Maria Lucia Campani e STEIN, Lilian Milnistsky "Contribuições da psicologia cognitiva para a oitiva da testemunha" *in Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 61, São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/agosto de 2006.

FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERNANDES, Antonio Scarance. Prova e sucedâneos da prova no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 66, maio-junho, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria Geral do Procedimento e O Procedimento no Processo Penal.* 1ª edição. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*, 10ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FERNANDES. Antonio Scarance. "Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal" *in Sigilo no processo penal. Eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FERNANDES, Fernando Andrade e GARCÍA, Nicolás Rodríguez. Orientações fundamentais da fase preliminar do processo penal – Uma análise comparativa. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, fasc. 3/4, jul./dez. 1996.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. *Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FLORES, Marcelo Marcante. "Prova Testemunhal e Falsas Memórias: Entrevista Cognitiva como meio (eficaz) para redução de danos (?)" *in Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, Ano XI, n.º 61, abril/maio de 2010.

FRANCO, Ary Azevedo. *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto Editora, 1946, Vol. I.

FRASCAROLI, Maria S. La dignificación de las formalidades del reconocimiento. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires: Editora Lexis Nexis, 2007.

FRONDIZI, Román Julio; DAUDET, Maria Gabriela S.. *Garantias y eficiência em la prueba penal*, La Plata: Libreria Editora Platense, 2000.

MARTINEZ, Sara Aragoneses; SANTOS, Andrès de la Oliva. *Derecho Procesal Penal*, Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 8ª edição, 2007.

GARZON REAL, Baltasar. Análisis específico de la doctrina constitucional respecto a determinadas diligencias sumariales : ruedas de reconocimiento, toma de huellas, toma de fotografías. *Actualidad Penal*. Madrid, n.1, p. 1359-1364, 1989.

GASTALDO. Massimo Ceresa. "La ricognizione personale "ativa" all'esame della Corte costituzionale: facoltà di astensione o incompatibilità del coimputado?" *in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, anno XXXVIII, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1995.

GESU, Cristina Carla di e LOPES JR., Aury Celso. Falsas memórias e prova testemunhal no processo penal em busca de redução de danos, *Revista de Estudos Criminais* nº 7, de Porto Alegre, 2007.

GESU, Cristina Carla di e LOPES JR., Aury Celso. Prova penal e falsas memórias: em busca da redução de danos, *Boletim IBCCrim* nº 175, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GESU, Cristina Carla di e LOPES Jr., Aury. "Falsas memórias e prova testemunhal no processo penal: em busca da redução de danos" *in Revista de Estudos Criminais*, n.º 25, abril/junho 2006.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães e BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy. "Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileira" *in Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 65, São Paulo, 2007.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães e BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº, 65, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, março-abril 2007.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. "Provas. Lei 11.690, de 09.06.2008" *in As reformas no Processo Penal*. MOURA, Maria Thereza Rocha de (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GOMES Filho, Antonio Magalhães. "Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)" *in Estudos em homenagem á Professora Ada Pellegrini Grinover*. YARSHELL, Flávio Luiz e MORAES, Maurício Zanoide de (orgs.). São Paulo: DPJ, 2005.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*, 1ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro), Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover, São Paulo: DPJ Editora, 2004.

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

HABER, Carolina Dzimidas. “A produção da prova por videoconferência” *in Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 82, São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro/fevereiro 2010.

HAIRABEDIÁN, Maximiliano; NORES, José I. Cafferata. *La prueba en el proceso penal, con especial referencia a los códigos procesales penales de na Nación y de la provincia de Cordoba*, Buenos Aires: Editora Lexis Nexis, 6ª edição, 2008.

JAUCHEN, Eduardo M. *Tratado de la prueba en materia penal*, Santa Fé: Rubinzal Culzoni Editores, 2ª edição, 2009.

JUNOY, Juan Pico i; MARTIN José Delgado. *Problemas Actuales de la Justicia Penal*. Barcelona, Espanha: J.M.Bosh Edictor, 2001.

LARONGA, Antonio. *Le prove atipiche nel processo penale*. Milão: CEDAM, 2002.

LEITE, Gisele. *Breves considerações sobre a história do processo penal brasileiro e habeas corpus*. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br, último acesso em 31 de dezembro de 2009.

LOFTUS. Elizabeth. “Criando falsas memórias” *in* http://ateus.net/artigos/miscelanea/criando-memorias-falsas/, acessado em 31 de dezembro de 2010.

LOPES JR., Aury Celso e GESU, Cristina Carla di. Falsas memórias e prova testemunhal no processo penal em busca de redução de danos, *Revista de Estudos Criminais* nº 7, de Porto Alegre, 2007.

LOPES JR., Aury Celso e GESU, Cristina Carla di. Prova penal e falsas memórias: em busca da redução de danos, *Boletim IBCCrim* nº 175, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LOPES JR., Aury Celso. *A crise do inquérito policial: breve análise dos sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Revista Ibero-Americana de Ciências Penais, n.º 0, mai./ago. 2000.

LOPES JR., Aury Celso. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

LOPES Jr., Aury e GESU, Cristina Carla di. "Falsas memórias e prova testemunhal no processo penal: em busca da redução de danos" *in Revista de Estudos Criminais*, n.º 25, abril/junho 2006.

LOPES Jr., Aury, "Reforma processual penal e o reconhecimento de pessoas: entre a estagnação e o grave retrocesso" *in Boletim do IBCCrim*, n.º 200, São Paulo, julho 2009.

LOPES, Ignácio Cubillo. El reconocimiento judicial. Cien cuestiones controvertidas sobre la prueba en el proceso civil. *Revista de la Universidad Complutense de Madrid*, Madrid: Editorial Colex, 2004.

LUNA, Fernando Aguilera. *La identificación del delincuente en rueda de reconocimiento y por exhibición fotográfica*, Sevilha: Prá & Alvarez Editores, 1998.

MANZINI, Vincenzo. *Derecho Procesal Penal.* Buenos Aires: Sentis Melendo, 1953, t. IV.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Obra revista e atualizada por Eduardo Reale Ferrari e Guilherme Madeira Dezem. Campinas/São Paulo: Editora Millenium, 2010.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1961, Vol. 3.

MARTÍNEZ, Sara Aragoneses e outros. *Derecho Procesal Penal*. 8 ed.. Madrid: Editora Universitária Ramón Areces, 2007.

MARTINEZ, Sara Aragoneses; SANTOS, Andrès de la Oliva; SEGOVIA, Rafael Hinojosa; ESPARZA, Julio Muerza; GARCÍA, Jose Antonio Tomé. Derecho Procesal Penal, Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 8ª edição, 2007.

MARTY, Mireille Delmas. *Processo Penal e Direitos do Homem – Rumo à Consciência Européia*. São Paulo: Editora Manole, 2004.

MAZZONI, G. *Si puó credere a um testimoni? La testimonianza e la trappole della memoria*, Bolonha: Il Mulino, 2003.

MEZZETI, Enrico. Ricognizione sui recenti sviluppi delle tecniche di contrasto delle frodi comunitarie. *Rivista Trimestrale di Diritto Penale Dell'economia*, ano XI, n. 1, janeiro/março 1998, Roma: Editora Cedam, 1998.

MORAES, Mauricio Zanoide. *Presunção de Inocência no processo penal brasileiro. Análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. São Paulo: Lumen Juris, 2010.

MORENO, Faustino Cordón. *Las Garantias Constitucionales Del Proceso Penal*, 2ª edição, Navarra: Editora Aranzadi, A. Thomson Company, 2ª edição, 2002.

MOSCARINI, Paolo. In: *Enciclopedia Giuridica – Istitvto Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani*. Roma: Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 2003. vol. XVII.

NEUFELD, Carmen Beatriz, BRUST, Priscila Goergen e STEIN, Lilian Milnitsky. "Compreendendo o fenômeno das falsas memórias" i*n Falsas Memórias – fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. MILNISTSKY, Lilian (org.). Porto Algre: Artmed, 2010.

NORES, José I. Cafferata, Temas *de derecho procesal penal (Contemporâneos)*, Córdoba: Editorial Mediterrânea, 1ª edição, 2004.

NORES, José I. Cafferata. *Reconocimiento de personas (rueda de presos)*. 3ª ed.. Cordoba: Editorial Mediterránea, 2005.

NORES, José I. Cafferata; HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *La prueba en el proceso penal, con especial referencia a los códigos procesales penales de na Nación y de la provincia de Cordoba*, Buenos Aires: Editora Lexis Nexis, 6ª edição, 2008.

NUÑEZ, Eloy Velasco. El reconocimiento o identificación del autor de una infracción delictiva. *Poder Judicial*, 2ª época, número 24, Consejo General del Poder Judicial, dezembro 1991.

NUÑEZ, Ricardo C.. *Código Procesal Penal Anotado*. Córdoba: Marcos Lerner Editora, 1986.

NYGAARD, Maria Lúcia Campani e STEIN, Lilian Milnitsky. "A memória em julgamento: uma análise cognitiva dos depoimentos testemunhais" *in Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 43, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abril/junho de 2003.

NYGAARD, Maria Lucia Campani, FEIX, Leandro da Fonte e STEIN, Lilian Milnistsky "Contribuições da psicologia cognitiva para a oitiva da testemunha" *in Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 61, São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/agosto de 2006.

ORTEGA, Juan José López, Prueba y proceso equitativo. Aspectos actuales de la jurisprudencia europea. *Cuadernos de Derecho Judicial – La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.* Madrid, 1993.

PACHECO, José Maria Tuerino. *Derecho de defensa y médios de prueba en America Latina. Prueba y Proceso Penal*, Valencia: Editora Tirant lo Blanch, 2008.

PALAZZI, Pablo Andrés. *Código Procesal Penal de la Nación. Anotado com jurisprudência*. Buenos Aires: Depalma, 1999.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. *Da exclusividade constitucional da investigação criminal*. Arquivos da Policia Civil, vol. XLVI, 2001.

PEREIRA, Thaís Aroca Datcho. *A valoração do reconhecimento de pessoas no processo penal brasileiro*. Tese de láurea apresentada na Universidade de São Paulo. Orientadora: Maria Thereza Rocha de Assis Moura. 2004.

PIACENTINI, Claudio. "In tema di rifiuto dell'imputato a sottostare allá ricognizione personale. Tribunale de Torino. Uficio istruzione – 17 ottobre 1978" *in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, anno XXIII, Editora Milano, Giuffrè Editore.

PIACENTINI, Claudio. In tema di rifiuto dell'imputato a sottostare alla ricognizione personale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano, v.23, p. 326-336, 1980.

PRADILLO, Juan Carlos Ortiz, "El uso de la videoconferência em el proceso penal español" *in Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 67, 2007.

PRIETO RODRÍGUEZ, Javier Ignacio. La identificación del delincuente mediante la diligencia de reconocimiento en rueda (I). *Actualidad Penal*. Madrid, n.2, p. 451-466, 1992.

QUEIJO, Maria Elizabeth, *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003.

QUIROGA, Jacobo López Barja de. *Instituciones de derecho procesal penal*. Madrid: Akal/Iure, 1999.

REAL, Garzon Baltasar. Analisis especifico de la doctrina constitucional respecto a determinadas diligencias sumariales. Ruedas de reconocimiento. Toma de huellas. Toma de fotografias. Revista Actualidad Penal, Madrid, 1/26, vol. 1, p. 1359/1364, 1989.

RICCI, Gian Franco. "Atipicità della prova, processo ordinario e rito camerale" *in Rivista Trimestrale de Procedura Civile,* vol. 56, n.º 2, Milão, 2002.

RICCI, Gian Franco. *Le prove atipiche*, Milão: Giuffrè Editore, 1999.

RODRIGUES, Roberto da Rocha e ACHUTTI, Daniel Silva. "Tempo, memória e direito no século XXI: o delírio da busca da verdade real no processo penal" *in Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias*, 4 (1):137-152, jan/dez de 2005.

RODRIGUEZ, Javier Ignácio Prieto. La identificación del delincuente mediante la diligencia de reconocimento en rueda, *Revista Actualidad Penal* nº 45/7, dezembro 1992, Madrid, 1992.

ROSA, Borges da. *Comentários ao Código de Processo Penal*. 3ª ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982.

ROSAL, Manuel Cobo del. *Tratado del Derecho Procesal Penal Español*, Madrid: Editora Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas (CESEJ), 2008.

ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003.

SÁ, Alberto Medina de. "Legalidade da prova e reconhecimentos 'atípicos' em processo penal" *in Líber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. ANDRADE, Manuel da Costa, COSTA, José de Faria, RODRIGUES, Anabela Miranda e ANTUNES, Maria João (orgs.). Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

SAAD, Marta. *O Direito de Defesa no inquérito policial*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SANNA, Alessandra. In tema do ricognizione personale mediante incidente probatorio [Comentário de jurisprudência]. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano, v.33, p. 1669-1675, 1990.

SANTORO, A. "Ricognizioni e confronti" *in Novissimo Digesto italiano*, vol. XV, Turim: Utet, 1968.

SANTOS, Andrès de la Oliva; MARTINEZ, Sara Aragoneses; SEGOVIA, Rafael Hinojosa; ESPARZA, Julio Muerza; GARCÍA, Jose Antonio Tomé. Derecho *Procesal Penal*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 8ª edição, Madrid, 2007.

SCHATER, Schater. *Os sete pecados da memória: como a mente esquece e lembra*, Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

SCHIAVO, Nicolás, "El álbum de sospechosos. Del reconocimiento impropio a los impropios reconocimientos" *in Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, fascículo 2, Buenos Aires: Editora Lexis/Nexis, 2006.

SEGOVIA, Rafael Hinojosa; MARTINEZ, Sara Aragoneses; SANTOS, Andrès de la Oliva; ESPARZA, Julio Muerza; GARCÍA, Jose Antonio Tomé. *Derecho Procesal Penal*, Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 8ª edição, 2007.

SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal*, volume 2, Lisboa, Editorial Verbo, 1999.

SOGGIU, Silvia. Sul valore probatorio delle ricognizione fotografiche nell'interpretazione della giurisprudenza e della dottrina [Comentário de jurisprudência]. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano, v.32, p. 428-439, 1989.

SOUZA, Diego Fajardo de Maranha Leão de. *O anonimato no processo penal. Proteção a testemunha e o direito à prova*, dissertação de Mestrado apresentada perante a Universidade de São Paulo, 2010.

STEIN, Lilian Milnistsky, NYGAARD, Maria Lucia Campan e FEIX, Leandro da Fonte "Contribuições da psicologia cognitiva para a oitiva da testemunha" *in Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 61, julho/agosto de 2006, São Paulo: Revista dos Tribunais.

STEIN, Lilian Milnitsky e NYGAARD, Maria Lúcia Campani. "A memória em julgamento: uma análise cognitiva dos depoimentos testemunhais" *in Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 43, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abril/junho de 2003.

SUANNES, Adauto, *Os fundamentos éticos do devido processo*, 2ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TAORMINA, Carlo. *Il regime della prova nel proceso penale*, Turim: G. Giappichelli Editore, 2007.

TARUFFO, Michelle. *La prova dei fatti giuridici*, Milão: Editora Giuffrè, 1992.

TONINI, Paolo. "*A prova no processo penal italiano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TONINI, Paolo. *La prova penale*, Roma: Editorial Cedam, 2000.

TONINI, Paolo. Manuale de Procedura Penale, 4ª edição. Milão: Editora Dott. A. Giuffrè, 2002.

TRIGGIANI, Nicola. La ricognizione personale: strutura ed efficacia, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Ano XXXIX, Milão: Editora Giuffrè, 1996.

TRIGGIANI, Nicola. *Ricognizioni mezzo di prova nel nuovo processo penale*. Milão: Editora Giuffrè, 1998.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes Valente. *Regime Jurídico da Investigação Criminal*, 3ª edição, Coimbra: Editora Almedina, 2006.

VILAR, Silvia Barona. *Valor probatório de la diligencia de reconocimiento em rueda: Doctrina constitucional*. Consejo General del Poder Judicial. Poder Judicial nº 38, 2ª época, junho, 1995.

WILLIAMS, Anna Virginia, *Implicações psicológicas no reconhecimento de suspeitos: avaliando o efeito da emoção na memória de testemunhas oculares.* Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Psicologia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2003.