

O RECONHECIMENTO DE PESSOAS A PARTIR DO HC 598.886/SC: ANÁLISE DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO DESCUMPRIMENTO DO PROCEDIMENTO LEGAL

Eyewitness identification based on HC 598,886/SC: an analysis of the legal consequences of not observing the due process

Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 179/2021 | p. 331 - 352 | Maio / 2021
DTR\2021\7815

Luiz Antonio Borri

Mestre em Ciências Jurídicas pelo CESUMAR. Pós-graduado em Ciências Criminais pela PUC-PR – Campus Maringá. Pós-graduado em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina. Pós-graduado em Direitos Fundamentais pelo IGC-Coimbra e IBCCRIM. Graduação em Direito com láurea acadêmica pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Campus Londrina (2011). Professor de Direito Penal da Unicesumar (Londrina). Professor da Especialização em Direito Penal e Processo Penal Econômico da PUC-PR e da Especialização EAD em Direito Penal e Processo Penal da FACNOPAR. Advogado – Walter Barbosa Bittar & Advogados Associados. ORCID: [<https://orcid.org/0000-0001-7649-1270>] Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/1414046440611495>] luiz@advocaciabittar.adv.br

Gustavo Noronha de Ávila

Professor do Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas do Unicesumar. Professor da PUC-PR (Campus Maringá). Bolsista Produtividade do ICETI. ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-7239-1456>] Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/4220998164028087>] gusnavila@gmail.com

Área do Direito: Constitucional; Penal

Resumo: O presente artigo tem a finalidade de examinar o entendimento fixado pelo STJ no HC 598.886/SC. A decisão alterou a compreensão acerca do reconhecimento de pessoas realizado em desconhecimento com o art. 226 do CPP, passando a admitir a configuração de nulidade processual. No entanto, não restou assentada se a nulidade é relativa ou absoluta. Por isso, pretende-se discutir (i) qual espécie de nulidade subsistiria pela violação ao art. 226 do CPP; (ii) a existência de ilicitude probatória pelo descumprimento de garantias processuais, mas especialmente pelas peculiaridades que circundam o meio de prova (dependente da memória).

Palavras-chave: Reconhecimento pessoal – Nulidade – Ilicitude – Prova

Abstract: This paper aims to examine and understand the reasoning shown on the decision made by Brazilian's Federal Court on HC 598,886/SC. This precedent has changed the view on how eyewitness identification should be carried out in Brazil, establishing the annulment of the procedure if the rules expressed on the Article 226 of Brazilian CPP are not observed. However, there are still serious doubts about the consequences of this interpretation. Therefore, it is intended to debut (i) what kind of nullity would persist due to the violation of art. 226, CPP; (ii) the existence of probative illegality due to non-compliance with procedural guarantees, but especially due to the peculiarities surrounding the evidence (dependent on memory).

Keywords: Eyewitness identification – Nullity – Illegality – Criminal evidence

Para citar este artigo: Borri, Luiz Antonio; Ávila, Gustavo Noronha de. O reconhecimento de pessoas a partir do HC 598.886/SC: análise das consequências jurídicas do descumprimento do procedimento legal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 179. ano 29. p. 331-352. São Paulo: Ed. RT, maio 2021. Disponível em: inserir link consultado. Acesso em: DD.MM.AAAA.

Sumário:

1.Contextualização do caso concreto - 2.Consequências do reconhecimento de pessoas realizado em desconhecimento com o art. 226 do CPP - 3.Sugestão para redução de dores: a declaração de ilicitude probatória - 4.Referências bibliográficas

1.Contextualização do caso concreto

No dia 27.10.2020, ao julgar o HC 598.886/SC, a 6ª Turma do STJ, por unanimidade de votos, estabeleceu novos parâmetros para o reconhecimento de pessoas no Brasil, revisitando tema já consolidado no âmbito da jurisprudência da Corte que, até então, compreendia os procedimentos elencados no art. 226 do CPP (LGL\1941\8) como mera recomendação, cujo descumprimento não gerava consequências processuais.

Da análise dos autos, examinados mediante acesso à íntegra do processo virtual e ao acórdão disponibilizado no *website* do Superior Tribunal de Justiça, observa-se que o caso concreto chegou ao Tribunal por petição elaborada pela Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina. No *habeas corpus*, pretendia-se o reconhecimento da absolvição de um dos pacientes e o reconhecimento da participação de menor importância em relação ao outro, os quais estavam condenados pelo crime de roubo (art. 157, § 2º, II, do CP (LGL\1940\2)) (e-STJ – fls. 03-28).

Os pacientes estavam condenados pelo Juízo de primeira instância a uma pena de cinco anos e quatro meses de reclusão em regime semiaberto. Inconformados, manejaram recurso de apelação ao Tribunal de Justiça, que negou provimento ao recurso. Contra esse acórdão, a Defensoria impetrou *habeas corpus*.

Essa constatação revela dois pontos interessantes e que, frequentemente, acabam esbarrando na denominada jurisprudência defensiva, mormente porque subsiste nos Tribunais compreensão de que é inviável a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso cabível¹ (na hipótese, seria adequada a interposição de recurso especial e/ou extraordinário).

O pleito de absolvição formulado no *writ* tinha por fundamento ser a condenação baseada exclusivamente em reconhecimento fotográfico realizado na fase extrajudicial e não confirmado em juízo. Afirmou-se, igualmente, descumprimento à normativa do art. 226 do CPP (LGL\1941\8). Um ponto interessante trazido na impetração consistiu na afirmação de que duas vítimas admitiram que o autor do assalto teria 1,70 m de altura, enquanto o paciente possuía 1,95 m. Para ilustrar a divergência entre a narrativa da vítima e a estatura do paciente, o defensor público colacionou fotografia dos jogadores de futebol Lionel Messi (1,70 m) e Zlatan Ibrahimovic (1,95 m) na qual ambos se abraçavam durante uma partida, tornando mais nítida a divergência entre a pessoa relatada pelas vítimas e a estatura do paciente (e-STJ – fls. 08-09).

Essa afirmação das vítimas, na visão do impetrante, conduziria à fragilização do reconhecimento e da descrição do paciente. Em acréscimo, na petição, ressaltou-se haver disparidades entre detalhes do rosto captado pelas câmeras do local com o formato do nariz, queixo e cabelo e o perfil do paciente.

Ao enfrentar a matéria, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina entendeu que a divergência entre a altura narrada pelas vítimas e o paciente “não afasta a credibilidade do reconhecimento feito no dia seguinte aos fatos, uma vez que as vítimas apontaram detalhes da face de Vânio, que estava com o rosto apenas parcialmente coberto”². Ademais, a Corte Estadual ressaltou que “pequenas divergências nos relatos dos ofendidos em relação a detalhes da ação criminosa são perfeitamente compreensíveis, seja pelo período de tempo que transcorreu entre os fatos e a audiência, seja pelo trauma que esse tipo de crime causa nas vítimas”³, referendando a condenação do juízo singular.

Na Corte Cidadã, o Ministério Público Federal lançou parecer pela denegação da ordem, sob o fundamento de que o reconhecimento pessoal, confirmado judicialmente, não constituía a única prova a sustentar a condenação, amparada também nas imagens das câmeras de segurança e, na visão do *Parquet*, nos depoimentos contraditórios e inconsistentes dos réus, os quais deixaram de produzir contraprova (e-STJ – fls. 650-660).

Como a impetração chegou à Corte no período do recesso e a Presidência do Tribunal não examinou a liminar, os autos foram encaminhados diretamente para parecer do Ministério Público Federal sem análise do requerimento de urgência. Por essa razão, posteriormente ao protocolo do parecer ministerial, a Defensoria Pública elaborou pedido de exame do pleito de liminar, apontando a iminência do início do cumprimento da pena pelo paciente (e-STJ – fls. 661-665).

A seguir, o Ministro Relator Rogerio Schietti Cruz deferiu a liminar em relação ao paciente que questionava a fragilidade do reconhecimento realizado, justificando que “as instâncias ordinárias, ao que tudo indica, concluíram pela condenação do paciente Vânio com base, tão somente, em

reconhecimento fotográfico realizado na fase inquisitorial e não corroboradas por outros elementos de provas” (e-STJ – fl. 672). O Julgador também acentuou que “as vítimas relataram que um dos autores do assalto teria altura de, aproximadamente, 1,70 m, sendo que, conforme documento constante dos autos, o paciente Vânio teria cerca de 1,95 m, discrepância que, ao menos *primo oculi*, reforça a fragilidade do reconhecimento fotográfico [...]” (e-STJ – fls. 672-673).

Em 21.10.2020, o *Innocence Project Brasil* formulou pedido de ingresso no feito na condição de *amicus curiae*, tendo por objetivo contribuir para discussão e minimização de risco de condenações baseadas em reconhecimento equivocados, principal fonte de condenações errôneas, segundo informou no requerimento (e-STJ – fls. 695-699). No dia 26.10.2020, o Instituto de Defesa do Direito de Defesa postulou seu ingresso no feito como *amicus curiae* (e-STJ – fls. 741-749), ressaltando possuir atuação com o escopo de contribuir para criar condições tendo em vista minimizar condenações arbitrárias, entre outras hipóteses, nos casos que versam sobre reconhecimento pessoal de suspeitos em desacordo com os ditames legais. Ambos os pleitos foram deferidos (e-STJ – fls. 730-731 e fls. 807-809).

Nesse contexto, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça concedeu a ordem de *habeas corpus*, por unanimidade, absolvendo o paciente Vânio da Silva Gazola, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, assim como reconheceu a participação de menor importância do segundo paciente, fazendo incidir causa de diminuição no patamar de 1/6. Ressalte-se que se busca examinar os fundamentos da decisão quanto ao paciente absolvido, considerando as fragilidades em torno do reconhecimento pessoal.

Do voto do Ministro Relator Rogerio Schietti Cruz, observa-se que a Corte assentou as seguintes conclusões: (i) o reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime; (ii) à vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo; (iii) pode o magistrado realizar, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório, bem como pode ele se convencer da autoria delitiva a partir do exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento; (iv) o reconhecimento do suspeito por simples exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo⁴.

Essas conclusões fixaram diretrizes gerais e apontam para importante mudança jurisprudencial no assunto, mas é relevante também apontar quais os fundamentos e elementos considerados pelo Ministro Relator para concluir pela viabilidade de concessão da ordem no caso concreto.

Em primeiro lugar, o julgador compreendeu ser nulo o elemento informativo consistente no reconhecimento formal do paciente, conduzindo à sua invalidade para sustentar a condenação⁵. Na sequência, assentou-se que, na jurisprudência da Corte, o reconhecimento produzido na fase inquisitorial exige a observância das formalidades legais e corroboração por outras provas colhidas sob o crivo do contraditório, com eventual admissão da imprestabilidade do meio de prova quando desrespeitada a exigência do art. 226 do CPP (LGL1941\8)⁶.

A seguir, o Ministro Relator passou a tecer considerações acerca da memória humana e sua relação com o processo penal, notadamente o tema das falsas memórias⁷, admitindo que o reconhecimento “deve ser visto com muito cuidado, justamente em razão da sua alta suscetibilidade de falhas e distorções. Justamente por possuir, quase sempre, um alto grau de subjetividade e de falibilidade é que esse meio de prova deve ser visto com reserva”⁸.

O julgador examinou também as consequências do erro de reconhecimento, ressaltando que ele tem sido uma das principais fontes do erro judiciário, com a consequente prisão de inocentes, citando, inclusive, exemplos de casos nacionais⁹. Noutra passagem, cuidou-se do reconhecimento de pessoas e da seletividade do sistema penal. Nessa oportunidade, o Ministro mencionou relatório, de setembro de 2020, da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro que identificou a existência de 53 pessoas acusadas com base em reconhecimento fotográfico falho nos últimos seis anos. Outro dado do relatório foi de que o perfil dos injustiçados, em sua grande maioria, é de pessoas negras,

periféricas, pobres e de baixa escolaridade¹⁰.

Feita essa análise envolvendo aspectos teóricos e casos nos quais o reconhecimento de pessoas foi fonte de injustiças e erro na realidade brasileira, o Ministro passou ao exame do caso concreto, salientando tratar-se de hipótese que se ajusta aos relatos de falhas e inconsistências no meio de prova¹¹. No ponto, o Ministro salientou que “o paciente Vânio foi condenado, exclusivamente, com base em reconhecimento fotográfico realizado e confirmado em juízo por somente uma das quatro vítimas acima referidas e sem que nenhuma outra prova (apreensão de bens em seu poder, confissão, relatos indiretos etc.) desse o mínimo amparo ao reconhecimento”¹².

Da mesma forma, observa-se que não houve clara delimitação pela autoridade policial dos critérios utilizados para chegar à fotografia do paciente, o que motivou a seguinte constatação do Ministro Relator:

“na espécie, ainda que conste, dos autos, a informação de que foram examinadas as câmeras do estacionamento e perceberam que duas pessoas com vestimentas similares às dos assaltantes passaram no local horas antes, não há indicativo de que foi a partir dessas filmagens que se extraíram as fotografias que importaram no reconhecimento de um dos suspeitos, até porque estavam eles encapuzados, o que tornaria inócua ou, pelo menos, frágil a identificação de ambos apenas porque estavam com roupas parecidas – sequer descritas pela autoridade policial – com as dos autores do roubo.”¹³

Ainda sobre esse tema, ao reproduzir excerto do depoimento de uma das vítimas, o Relator fez observações acerca da ausência de qualquer critério para alcançar-se à fotografia do paciente como possível autor do crime: “note-se que não se afirmou terem sido os réus reconhecidos pelo rosto, mas pela roupa”. Tal circunstância “indica que as duas pessoas que estiveram antes seriam as mesmas a cometer o roubo, mas como se chegou à pessoa do primeiro paciente – o outro nem mesmo foi reconhecido – não houve a menor explicação”¹⁴.

Na percepção do Ministro, foram relevantes para a fragilização do reconhecimento ao menos quatro circunstâncias: (i) os autores do crime estavam encapuzados; (ii) o assaltante reconhecido como sendo o paciente Vânio possuiria aproximadamente 1,70 m, enquanto o paciente tem 1,95 m de altura; (iii) os assaltantes teriam dito para as vítimas não olharem para eles; (iv) o reconhecimento fotográfico foi induzido, pois, diante das descrições das vítimas, os policiais militares simplesmente mostraram imagens do paciente, sem realizar qualquer formalidade do art. 226 do CPP (LGL\1941\8)¹⁵.

Por seu turno, o Ministro abordou os requisitos mínimos para a validade do reconhecimento de pessoas, asserindo, ainda, que a jurisprudência da Corte, até então, vislumbrava na previsão do art. 226 do CPP (LGL\1941\8) simples recomendação legal, inexistindo nulidade por seu descumprimento, tornando necessário rever o entendimento consolidado¹⁶. Por último, afirmou a necessidade de adoção de novas rotinas pela Polícia Civil. Para tanto, ressaltou ser imperiosa a iniciativa das próprias Polícias e do Ministério Público para a devida conformidade da prova ao modelo legal, sinalizando para uma mudança jurisprudencial no sentido de evitar que situações similares àquela enfrentada no caso sejam reproduzidas em outros julgamentos penais¹⁷.

2. Consequências do reconhecimento de pessoas realizado em descompasso com o art. 226 do CPP

O presente texto pretende discutir as consequências jurídicas decorrentes de um reconhecimento realizado em descompasso com a legislação processual penal. Para tanto, será examinada a compreensão firmada no julgado, bem como apresentada proposta para avanço sobre a matéria.

O estudo é feito reconhecendo íntima conexão entre os direitos de personalidade e o processo penal¹⁸, seja porque se admite que tais direitos são uma categoria aberta¹⁹, mas especialmente porque, conforme Gustavo Badaró “o processo criminal representa, por si só, um dos maiores dramas para a pessoa humana; sacrifica os direitos da personalidade, atinge a intimidade do indivíduo e, frequentemente, a dignidade mesma.”²⁰

No item anterior, mencionaram-se as diretrizes fixadas pelo Ministro Rogerio Schietti, seguidas à unanimidade pela 6ª Turma, as quais apontavam para importante mudança jurisprudencial no assunto²¹. Mas é relevante também indicar quais os fundamentos e elementos considerados pelo

Ministro Relator para concluir pela viabilidade de concessão da ordem no caso concreto.

Da análise do voto do Ministro Relator, é perceptível que houve distinção entre provas ilícitas e ilegítimas, com uma diferença substancial entre as consequências do reconhecimento de uma ou outra. Aquela implicando a inadmissibilidade de ingresso no processo, enquanto estas serão consideradas nulas e, por essa razão, “não produzirão resultados no processo, o que, todavia, não impede que sejam refeitos os atos, em conformidade com a lei, de modo a possibilitar, assim, o aproveitamento da fonte de prova”²². Daí por que, enfrentando a questão do reconhecimento realizado em descompasso com os ditames legais o Ministro Relator afirma que “induz à nulidade de tal elemento informativo e, por conseguinte, de sua invalidade para amparar juízo de condenação”²³.

É preciso consignar que a despeito da unanimidade de votos, o Ministro Nefi Cordeiro salientou divergir do Relator quanto à tese de invalidade em decorrência de qualquer defeito na forma do reconhecimento, observando que essa consequência seria reservada “ao que considere o julgador como grave descumprimento de rito”²⁴. De toda sorte, a Ministra Laurita Vaz consignou não vislumbrar a aventada divergência “com relação às conclusões do voto do Exmo. Ministro Rogerio Schietti Cruz, sendo certo que, no caso, houve um grave descumprimento ao disposto no art. 226 do CPP (LGL\1941\8), por tratar-se de mero reconhecimento fotográfico”²⁵.

Diante disso, duas questões podem ser levantadas: (i) qual a espécie de nulidade estaria configurada pelo descumprimento do art. 226 do CPP (LGL\1941\8)? (ii) é possível refazer validamente o reconhecimento pessoal produzido anteriormente em descompasso com o art. 226 do CPP (LGL\1941\8)?

Para responder ao primeiro questionamento, sem descurar para as diversas críticas que circundam a matéria, mas considerando as premissas assentadas no voto, necessário buscar na doutrina a classificação das nulidades processuais. Segundo Gustavo Badaró, a nulidade absoluta visa à proteção de interesse processual de ordem pública, restando configurada sempre que for violada regra constitucional sobre o processo. Por isso, podem ser reconhecidas *ex officio* e são identificadas por exclusão. Assim, aquelas que não são sanáveis em decorrência da ausência de arguição tempestiva serão absolutas. Nessa linha, as nulidades absolutas estão previstas no art. 564, I, II, III, a, b, c, d, primeira parte, e, primeira e terceiras partes, f, i, j, k, l, m, n, o e p²⁶.

Por seu turno, as nulidades relativas decorrem da violação de norma que objetiva a proteção de um interesse privado, submetendo-se à preclusão e dependendo de provocação da parte para seu reconhecimento. Dessa forma, são relativas as nulidades vertidas no art. 564, III, d e e, segunda parte, g e h, IV²⁷.

Outra distinção estabelecida por parcela da doutrina diz respeito à necessidade de demonstração do prejuízo para a declaração de nulidade (*pas de nullité sans grief*)²⁸. Assim, com base no art. 563 do CPP (LGL\1941\8), sustenta-se ser a regra do prejuízo a “espinha dorsal” ou a “viga-mestra” que alicerça o capítulo das nulidades. Dessa forma, “se a despeito de imperfeito, o ato atingiu o seu fim, sem acarretar-lhes prejuízo, não há cuidar-se de nulidade. A não ser que se trate de nulidade absoluta, cujo prejuízo é presumido”²⁹.

Num viés crítico, Aury Lopes Junior rechaça o critério do prejuízo como adequado para distinguir nulidades absolutas e relativas, mormente pela indevida transmissão de categorias do processo civil ao processo penal³⁰, “desprezando-se que a violação da forma processual implica grave lesão ao princípio constitucional que ela tutela, constituindo um defeito processual insanável (ou uma nulidade absoluta, se preferirem)”³¹.

Por outro lado, há quem admita que, independentemente da espécie de nulidade, impõe-se sempre a demonstração de prejuízo para a sua declaração: “excepcionalmente, mesmo em umas das hipóteses em que a lei considere que haverá nulidade absoluta, se for demonstrado que a atipicidade não causou prejuízo, o ato deverá ser considerado válido.”³²

A principal preocupação dessa perspectiva diz respeito à dificuldade de controlar e definir quando se está diante de um prejuízo e a quem incumbe a sua demonstração. Afinal, há prejuízo maior do que sofrer uma condenação criminal?

Nesse contexto, Gustavo Badaró defende que deve ocorrer uma inversão de sinais. Assim, quer se trate de nulidade absoluta ou relativa, “a atipicidade do ato, em regra, prejudicará a sua finalidade [...]”

a parte que alega uma nulidade, e demonstra que o ato foi praticado de forma atípica, não terá que demonstrar ou 'provar' o prejuízo³³.

Note-se que a jurisprudência tem exigido a demonstração de prejuízo em ambas as espécies de nulidades³⁴, contudo, "esse entendimento só se aplica quando é logicamente possível a prova do gravame". Por esse motivo, em alguns casos, "é muito difícil, senão impossível, a produção da prova do prejuízo. Pelo que o recebimento da denúncia e a condenação dos pacientes passam a operar como evidência de prejuízo à garantia da ampla defesa (HC 84.835, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence)"³⁵.

Diante das classificações apresentadas, a leitura proposta por Gustavo Badaró implica reconhecer que o descumprimento das formalidades do reconhecimento acarretaria nulidade relativa, uma vez que estaríamos diante da hipótese do art. 564, IV, do CPP (LGL\1941\8).

Ademais, temática pertinente à luz das nulidades processuais consiste no entendimento jurisprudencial, ressaltando que as nulidades ocorridas no inquérito policial não repercutem na futura ação penal³⁶. É verdade que esse posicionamento tem sido excepcionado em alguns casos, especialmente quando se está diante do tema das ilicitudes havidas na fase de investigação³⁷. De todo modo, é corriqueiro que o reconhecimento pessoal se concretize na fase investigatória, sendo, eventualmente, repetido em juízo.

Esse contexto indica que, a vingar a compreensão de que o reconhecimento realizado sem observar o art. 226 do CPP (LGL\1941\8) configura nulidade – como vimos, segundo a compreensão tradicional da doutrina, de cunho meramente relativo³⁸ –, sua formalização na fase investigatória sequer teria o condão de contaminar a futura ação penal, especialmente se o ato fosse refeito em juízo³⁹ (característica das nulidades é a possibilidade de refazer o ato anulado).

Para responder à segunda indagação, acerca da possibilidade de refazer o reconhecimento, é preciso discutir o tema das provas ilícitas. Partindo da doutrina de Nuvolone, diferenciam-se provas ilegítimas das provas ilícitas. Por seu turno, "a prova é ilegal toda vez que sua obtenção caracterize violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material". Dentro do gênero provas ilegais, afirma-se que, "quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova será ilegítima (ou ilegitimamente produzida); quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilicitamente obtida"⁴⁰.

Acresce Luiz Francisco Torquato Avolio uma outra distinção, atinente ao momento da transgressão, de sorte que "enquanto na prova ilegítima a ilegalidade ocorre no momento de sua produção no processo, a prova ilícita pressupõe uma violação no momento da colheita da prova, anterior ou concomitantemente ao processo, mas sempre externamente a este"⁴¹.

Essa classificação tem repercussões práticas porque a prova ilegítima conduz à nulidade, enquanto a prova ilícita é inadmissível, inviabilizando sua própria juntada ao processo⁴². Mas deve-se observar que, examinando o art. 157 do CPP (LGL\1941\8) e as definições anteriormente apresentadas, o dispositivo legal "deixou de incluir qual tipo de norma violada gera a prova ilícita, ou seja, deixou de incluir-se se é caso de violação apenas do Direito Material ou também do Direito Processual"⁴³.

Com efeito, Gustavo Badaró reconhece a ausência de distinções entre prova ilícita e ilegítima no CPP (LGL\1941\8), construindo um conceito de ilicitude probatória que abarca aquelas provas produzidas em violação a garantias constitucionais que assegurem as liberdades públicas ou garantias processuais. Destarte, admite que "entre os direitos constitucionais cuja violação caracteriza uma prova ilícita, devem ser incluídos os direitos processuais, em especial as garantias constitucionais dos acusados, que integram o devido processo legal: juiz natural, contraditório, ampla defesa [...]"⁴⁴.

Trazendo-se a discussão para o tema do reconhecimento pessoal, é necessário ressaltar que depois da realização do reconhecimento mediante *show-up* (apresentação de um único suspeito para a testemunha ou vítima)⁴⁵ ou por álbum fotográfico de suspeitos⁴⁶, por exemplo, a memória humana não permanece indene⁴⁷. Nesse contexto, "o contraditório constitucional, por exemplo, só faz sentido e produzirá os efeitos desejáveis em uma matriz dialética de processo, caso exista lembrança a ser evocada por vítima/testemunha"⁴⁸.

Com efeito, embora não se concorde com a proposta do Ministro Nefi Cordeiro de transferir ao

Julgador a análise do que seria ou não um vício grave capaz de acarretar invalidade processual, é coerente sua observação no sentido de que a realização posterior da prova em regra afaste eventual vício no ato anteriormente realizado; “no caso do reconhecimento isso não se pode permitir pelo natural vício da memória já identificadora de pessoa inicial com erro – a fixação da imagem do reconhecido tende a substituir aquela memória do dia do crime”. Por esse motivo, “não serve como prova independente e idônea o reconhecimento posterior em juízo, após grave falha no reconhecimento inicial”⁴⁹.

O efeito preclusivo do reconhecimento (faz-se referência àquele realizado por fotografia) é sustentado por Giovanni Dean ao assinalar que:

“sotto altro profilo, inoltre, non può trascurare l’effetto preclusivo che una ricognizione fotografica esercita su un successivo riconoscimento di persona, poiché, com’è stato efficacemente rilevato, ‘tra la immagine originariamente ritenuta nella memoria e quella successivamente osservata si insinuerebbe l’elemento estraneo della visione fotografica, in grado di modificare sostanzialmente il ricordo della prima immagine’.”⁵⁰

Em sentido semelhante, Flávio da Silva Andrade assere que a realização de oitivas de testemunhas e o reconhecimento de suspeitos ou acusados “precisam seguir determinados protocolos ditados pela lei e por modernas pesquisas em torno do assunto, justamente para se evitar injustiças decorrentes das distorções da memória humana”⁵¹. Por isso mesmo, William Weber Ceconello e Lilian Milnitsky Stein admitem que “os procedimentos utilizados pelo sistema de justiça também podem aumentar a probabilidade de um falso reconhecimento [...]”⁵². Além disso, o primeiro reconhecimento de um suspeito é o único livre de interferência⁵³, o que justifica máxima cautela na sua realização.

Logo, o reconhecimento realizado em desconformidade com a legislação jamais poderá ser refeito regularmente, seja pelo decurso do tempo⁵⁴, seja pelas marcas que o primeiro reconhecimento deixou. Em realidade, é possível comparar a memória à cena de um crime⁵⁵. Isto porque, no processo de recuperação da memória, é possível a inserção e o armazenamento de novos elementos com a memória original⁵⁶. Vale dizer, uma vez acessada, alterada ou sugerida a memória, é impossível saber quais informações foram inseridas posteriormente ao fato delituoso. Daí por que, de todo inútil, compreender caracterizada nulidade processual, com o consequente refazimento do reconhecimento, quando a memória já foi alterada.

3. Sugestão para redução de dores: a declaração de ilicitude probatória

A discussão estabelecida⁵⁷ no item anterior ganha relevo ainda maior em um sistema de valoração da prova como o brasileiro, que se alicerça no livre convencimento motivado do julgador, conforme preconiza o art. 155 do CPP (LGL\1941\8). Isso ocorre porque, esse sistema tem conduzido à falta de controle dos atos jurisdicionais, frequentemente, admitindo decisões arbitrárias, de sorte que limitações de admissão da prova podem contribuir para evitar condenações de inocentes.

Ada Pellegrini Grinover reconhece que, no momento da valoração da prova, caberá ao juiz valorar todas as provas lícitas admitidas e produzidas. Ocorre que, nos sistemas de *civil law*, “houve uma profunda degeneração do livre convencimento”, pois, embora historicamente ele tenha sido resgatado pela Revolução Francesa como uma forma de rechaçar o sistema de prova legal, “na cultura pós-iluminista se transformou, acriticamente, em um método discricionário de valoração da prova”.⁵⁸

Também numa perspectiva crítica, Lenio Streck sustenta que “livre convencimento, discricionariedade e ausência de fundamento jurídico para a decisão judicial podem ser lidos como sinônimos”⁵⁹. Em sentido similar, Vinicius Vasconcellos salienta que a “adoção majoritária do ‘livre convencimento motivado’ tem acarretado leituras abusivas”⁶⁰. Por sua vez, Gustavo Badaró identifica que a superação do sistema de prova legal pelo livre convencimento libertou o juiz de uma hierarquia probatória e, na cultura pós-iluminista, passou a ser compreendido como valoração livre, ou seja, “tornou-se um processo intelectual e particular de cada julgador e, conseqüentemente, intransferível e incontrolável por outro sujeito”⁶¹.

Nesse sentido, Giovanni Dean, em comentário à decisão judicial que reconheceu que o emprego do reconhecimento fotográfico, mesmo quando realizado na fase policial sem a observância de alguma

formalidade, constitui fonte de convencimento para o juiz, desde que ofereça garantia de certeza e seja examinado com referência a outras provas, constata que a conclusão parte de duas premissas: (i) admissibilidade de meios de prova atípicos; e (ii) utilização de meios probatórios obtidos em violação às formalidades prescritas. Ocorre que, consoante registrado, a jurisprudência admite, com base no livre convencimento motivado, a utilização de qualquer meio de prova, condicionada apenas à inexistência de proibição legal⁶².

Essa observação possibilita identificar correlação entre o livre convencimento e a liberdade de produção de meios de prova atípicos e mesmo irracionais, demonstrando a necessidade de estabelecer claras limitações à admissão e produção dos meios de prova no processo penal.

Em estudo empírico, Sabrina Schmidt, Júlia Schneider Krimberg e Lilian Stein constataram que o conhecimento de juristas sobre o relato de testemunhas tem se mostrado semelhante ao de pessoas leigas. Para tanto, examinaram o conhecimento dos magistrados brasileiros sobre o processo de memória envolvido no reconhecimento de pessoas e relatos de testemunhos, comparando com a literatura científica e com o conhecimento do público leigo. A pesquisa envolveu a participação de 119 juízes e 115 leigos. Entre o grupo de perguntas relativas ao reconhecimento de pessoas, 32% dos magistrados ofereceram respostas em consonância com a literatura e com a *expert* em Psicologia do Testemunho⁶³.

O estudo constatou, ainda, que 80% dos juízes admitiram ter algum conhecimento prévio sobre Psicologia do Testemunho. Entre eles 59% afirmaram que esse conhecimento tem origem na experiência profissional, contudo, quando comparados o tempo de experiência e o conteúdo das respostas apresentadas, refutou-se a existência dessa correlação. Diante dos dados obtidos, as autoras concluem que a discrepância entre conhecimento científico e as crenças dos juízes pode acarretar erros e injustiças nos processos judiciais, salientando que os conhecimentos de juízes e de público leigos não são significativamente diferentes no que tange ao funcionamento da memória e a fatores que podem prejudicar a sua fidedignidade⁶⁴.

Os dados reportados na pesquisa indicam que, ao menos em relação ao reconhecimento de pessoas, ainda é muito incipiente o contato dos julgadores com o conhecimento proporcionado pela Psicologia do Testemunho. A preocupação é ainda maior quando se percebe que, à luz da dogmática processual, o livre convencimento pode propiciar que os julgadores profiram decisões incontroláveis do ponto de vista jurídico, valorando provas que, segundo os conhecimentos consolidados em outros ramos do saber, são imprestáveis.

Nessa perspectiva, como forma de potencializar a tutela das garantias constitucionais, inibir práticas violadoras da legislação processual penal e preservar as particularidades do meio de prova, deve-se reconhecer configurada ilicitude probatória quando realizado o reconhecimento pessoal em desobediência ao art. 226 do CPP (LGL\1941\8), com o desentranhamento da prova ilícita e de todas as derivadas conforme preconiza o art. 157 do CPP (LGL\1941\8). Justifica-se esse ponto de vista porque o contraditório, compreendido como conhecimento e possibilidade de reação, torna-se inócuo depois de a memória humana ser acessada e indevidamente sugestionada.

A jurisprudência defensiva dos Tribunais Superiores seria severamente impactada e os resultados práticos seriam promissores. Ainda que se saiba sobre a reversibilidade das argumentações jurídicas que visem à redução de dores/diminuição de privações de liberdades, é medida que pretende superar a dualidade “nulidade absoluta” x “nulidade relativa”.

Finalmente, retomando os problemas de pesquisa formulados inicialmente, constata-se que, embora o acórdão do STJ não tenha admitido o refazimento do ato, as premissas nele assentadas conduzem ao reconhecimento de nulidade meramente relativa pelo descumprimento das formalidades do art. 226 do CPP (LGL\1941\8). Nada obstante, consideradas as particularidades do meio de prova (dependente da memória), notadamente a impossibilidade de refazimento do ato, deve-se admitir a configuração de ilicitude probatória em tais circunstâncias.

4.Referências bibliográficas

ALTOÉ, Rafael; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Aspectos cognitivos da memória e a antecipação da prova testemunhal no processo penal. *Revista Opinião Jurídica*, v. 20, p. 255-270, 2017.

ANDRADE, Flávio da Silva. *Julgamentos criminais na perspectiva da psicologia: heurísticas e vieses*,
Página 8

dissonância cognitiva, falsas memórias e comparticipação. Salvador: JusPodivm, 2020.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal: a prova penal em xeque*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ÁVILA, Gustavo Noronha de; BORRI, Luiz Antonio. A cadeia de custódia da prova no “projeto de lei anticrime”: suas repercussões em um contexto de encarceramento em massa. *Direito Público*, Porto Alegre, v. 16, n. 89, p. 114-132, 2019.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

BADARÓ, Gustavo. A valoração probatória da colaboração premiada. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luís Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Coord). *Altos Estudos Sobre a Prova no Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 649-677.

BADARÓ, Gustavo. *Epistemologia Judiciária e prova penal*. São Paulo: Ed. RT, 2019.

BADARÓ, Gustavo. A inferência probatória e a justificação do juízo de fato no processo penal. In: MALAN, Diogo et al. (Coords.). *Processo Penal Humanista – Escritos em homenagem a Antonio Magalhães Gomes Filho*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019.

BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.

CECCONELLO, William Weber; ÁVILA, Gustavo Noronha de; STEIN, Lilian Milnitsky. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, p. 1057-1073, 2018.

CECCONELLO, William Weber; STEIN, Lilian Milnitsky. Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos. *Avances en Psicología Latinoamericana*, 38(1), 172-188. Doi: [http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/apl/a.6471].

CHRISTIE, Nils. *Limites à dor – O Papel da Punição na Política Criminal*. Trad. Gustavo Noronha de Ávila, Bruno Silveira Rigon e Isabela Alves. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016.

DEAN, Giovanni. In tema di “libertà” e “tassatività” delle forme nell’acquisizione probatoria (a proposito delle “ricognizione fotografica”). *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, nuova serie, anno XXXII, p. 826-842, 1989.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017.

FENOLL, Jordi Nieva. *La valoración de la prueba en el proceso penal*. Estado de México: Editorial Magister, 2017.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal – Introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

GROKSKREUTZ, Hugo Rogério; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Da correlação entre os direitos da personalidade e o processo penal: um estudo introdutório In: CARVALHO, Gisele Mendes; ÁVILA, Gustavo Noronha de; MOREIRA, Camila Virissimo Rodrigues da Silva (Orgs). *Violência e Direitos da Personalidade*. Birigui: Editora Boreal/Unicesumar, 2020. p. 61-70.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo: III série*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MAZZONI, Giuliana. *Psicología del Testimonio*. Trad. Amparo Moreno Hernández. Madrid: Editorial Trotta, 2019.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Ampliando os direitos de personalidade*. Disponível em

<https://www.academia.edu/9689598/Ampliando_os_direitos_da_personalidade>. Acesso em 05 de abril de 2021.

PASCHOAL, Jorge Coutinho. *O prejuízo e as nulidades processuais penais: um estudo à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SCHMIDT, Sabrina; KRIMBERG, Júlia Schneider; STEIN, Lilian. Conhecimento dos magistrados sobre processos de memória nos relatos testemunhais e no reconhecimento de pessoas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 173, ano 28, p. 201-243, nov. 2020.

SILVA, Rodrigo Fauz Pereira e; JAEGER, Antonio. Memória e conformidade: a confiabilidade da prova testemunhal e o transcurso de tempo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 171, ano 28, p. 281-312, set. 2020.

STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de et al. *Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses*. Brasília, DF, 2015. Disponível em: [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf]. Acesso em: 11.04.2020.

STRECK, Lenio Luiz. Exorcizando o livre convencimento! À guisa de prefácio. In: NUNES, Dierle; LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio (Orgs.). *O fim do livre convencimento motivado*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 2.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise de possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro*. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 16, n. 2, p. 1-26, 2020.

VIEIRA, Antonio. Riscos epistêmicos no reconhecimento de pessoas: contribuições a partir da neurociência e da psicologia do testemunho. *Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal*, Salvador, ano 2, n. 3, p. 13-16, jun. 2019.

VIEIRA, Antonio. Riscos epistêmicos no reconhecimento de pessoas: o que aprender com a reforma do código processual penal uruguaio. In: PAULA, Leonardo Costa de. *Reflexiones brasileñas sobre la reforma procesal penal en Uruguay. Hacia la justicia penal acusatoria en Brasil*. CEJA/Observatório da Mentalidade Inquisitória, p. 355-367, 2019.

1 .A divergência existente sobre o tema no âmbito do próprio Superior Tribunal de Justiça foi consolidada no julgamento do HC 529.095/SC, pela 3ª Seção, no dia 28.10.2020. Disponível em: [www.conjur.com.br/2020-out-29/stj-consolida-divergencia-inconciliavel-conhecimento-hc]. Acesso em: 01.11.2020.

2 .TJSC, Apelação Criminal n. 0001199-22.2019.8.24.0075, de Tubarão, rel. Norival Acácio Engel, 2ª Câmara, j. 02.06.2020.

3 .TJSC, Apelação Criminal n. 0001199-22.2019.8.24.0075, de Tubarão, rel. Norival Acácio Engel, 2ª Câmara, j. 02.06.2020.

4 .HC 598.886/SC, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª T., j. 27.10.2020, DJe 18.12.2020.

5 .HC 598.886/SC, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz.

6 .HC 598.886/SC, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz.

7 .HC 598.886/SC, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz.

8 .HC 598.886/SC, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz.

9 .HC 598.886/SC, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz.

10 .HC 598.886/SC, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz.

11 .HC 598.886/SC, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz.

12 .HC 598.886/SC, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz.

13 .HC 598.886/SC, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz.

14 .HC 598.886/SC, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz.

15 .HC 598.886/SC, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz.

16 .HC 598.886/SC, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz.

17 .HC 598.886/SC, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz.

18 .GROKSKREUTZ, Hugo Rogério; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Da correlação entre os direitos da personalidade e o processo penal: um estudo introdutório *In: CARVALHO, Gisele Mendes; ÁVILA, Gustavo Noronha de; MOREIRA, Camila Virissimo Rodrigues da Silva (Orgs). Violência e Direitos da Personalidade*. Birigui: Editora Boreal/Unicesumar, 2020. p. 66.

19 .MORAES, Maria Celina Bodin de. *Ampliando os direitos de personalidade*. Disponível em [https://www.academia.edu/9689598/Ampliando_os_direitos_da_personalidade]. Acesso em: 05.04.2021.

20 .BADARÓ, Gustavo. A valoração probatória da colaboração premiada. *In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luís Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Coord). Altos Estudos Sobre a Prova no Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 667.

21 .Insta salientar que havia na 6ª Turma ao menos dois julgados sinalizando a necessidade de observância às regras do art. 226 do CPP (LGL\1941\8) cf. HC 232.960/RJ, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª T., j. 15.10.2015, DJe 06.11.2015; HC 335.956/SP, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª T., j. 15.12.2015, DJe 02.02.2016. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, há decisão monocrática do Ministro Alexandre de Moraes, na qual o paciente foi absolvido porque a condenação estava lastreada apenas em reconhecimento fotográfico realizado na fase inquisitorial, registrando também problemas no procedimento empregado no aludido reconhecimento (i) mediante apresentação de fotografias de vários indivíduos que já haviam sido autuados e flagrante delito ou apenas indiciados pela prática de crimes patrimoniais; (ii) o paciente reconhecido como roubador, no entanto, não possuía registro de roubo em seus antecedentes; (iii) os ofendidos não reconheceram os réus; (iv)

embora conste do auto de reconhecimento que as vítimas foram colocadas diante de diversas fotografias, em juízo, uma das vítimas admitiu que o reconhecimento se deu com base em fotos publicadas no *Facebook*. (HC 172.606/SP, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 31.07.2019).

22 .HC 598.886/SC, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz.

23 .HC 598.886/SC, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz.

24 .HC 598.886/SC, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz.

25 .HC 598.886/SC, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz.

26 .*Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 793. Criticando essa posição e admitindo que o art. 564 do CPP (LGL\1941\8) é imprestável para qualquer tentativa de definir as invalidades processuais, além de incorrer em erro ao pretender estabelecer um rol de nulidades cominadas cf. LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 1014.

27 .*Processo Penal*, p. 794. Distinguindo nulidade absoluta e relativa, respectivamente, em insanável e sanável cf. TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 2, p. 296.

28 .Tramitou no STF a ADPF 612 a qual pretendia, entre outros requerimentos, reconhecer a não recepção parcial do art. 563 do CPP (LGL\1941\8), na parte em que menciona a não declaração de nulidade sem prejuízo, todavia, a ação foi julgada extinta, sem resolução de mérito, por ausência de requisito legal. De toda sorte, no julgamento de agravo regimental interposto em face da decisão monocrática do relator, os Ministros Gilmar Mendes e Edson Fachin ressaltaram que o mérito da questão é relevante e deverá ser analisado pelo Plenário por meio da via adequada (ADPF 612 – AgRg, rel. Min. Ricardo Lewandowski, TP, j. 08.09.2020).

29 .TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 505.

30 .*Direito Processual Penal*, p. 1017.

31 .*Direito Processual Penal*, p. 1018.

32 .BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*, p. 795.

33 .BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*, p. 795. Nessa mesma perspectiva, cf. LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*, p. 1019.

34 .HC 191.613 – AgRg, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª T., j. 20.10.2020; HC 615.607/SP, rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., j. 17.11.2020, *DJe* 24.11.2020.

35 .HC 103094, rel. Min. Ayres Britto, 2ª T., j. 02.08.2011.

36 .“A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal afirma inviável a anulação do processo penal em razão das irregularidades detectadas no inquérito, pois as nulidades processuais concernem,

tão-somente, aos defeitos de ordem jurídica que afetam os atos praticados na ação penal condenatória” (RHC 134.182, rel. Min. Cármen Lúcia, 2ª T., j. 28.06.2016). E ainda “nos moldes do entendimento consolidado esta Corte, eventual irregularidade ocorrida na fase do inquérito policial não contamina a ação penal dele decorrente, quando as provas são renovadas em juízo, com a devida observância do contraditório e da ampla defesa” (AgRg no HC 462.030/SP, rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., j. 05.03.2020, *DJe* 13.03.2020).

37 .“Ademais, a tese de que ‘vícios do inquérito policial não contaminam a ação penal’ deve ser lida com ressalvas [...] Por outro, os elementos informativos produzidos no inquérito orientam a formação da *opinio delicti* pelo acusador público e também o juízo de admissibilidade da denúncia. Em certas situações, inclusive, há elementos irrepetíveis que continuaram no processo posterior e, eventualmente, poderiam embasar a sentença. Portanto, resta claro que deve haver um controle sobre irregularidades praticadas na fase de investigação preliminar.” (HC 163.461, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T., j. 05.02.2019).

38 .Deve-se admitir, no entanto, que no caso concreto julgado pelo STJ não houve determinação de refazimento do ato, chamando-se a atenção apenas para o fato de que os argumentos empregados podem conduzir à compreensão de existir nulidade relativa no reconhecimento realizado em descompasso com os ditames do art. 226 do CPP (LGL\1941\8).

39 .No HC 96.161, foi debatida a ilegalidade de condenação criminal que estava amparada em reconhecimento fotográfico realizado na fase investigatória rechaçando-se a sua configuração porque, na fase judicial, o Magistrado novamente realizou o reconhecimento pessoal (HC 96.161, rel. Min. Ellen Gracie, 2ª T., j. 09.12.2008).

40 .GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 131.

41 .*Provas ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 50. Na doutrina, identificam-se dificuldades na distinção entre provas ilícitas e ilegítimas, seja porque nem sempre a prova ilícita cuida de vícios incidentes fora do processo (exemplo disso seria um interrogatório judicial realizado mediante tortura), seja porque a nulidade pode ocorrer externamente ao processo; por existirem situações em que subsistem vícios de ordem material e procedimental, surgindo dúvidas se estaríamos diante de prova ilícita ou ilegítima, seja porque é questionável a diferenciação entre nulidade e ilicitude baseada na possibilidade de repetição do ato. Por conseguinte, afirma-se que, embora não seja viável um tratamento unitário entre ilicitude e nulidade, deve ser superado o entendimento que busca tratá-las como coisas absolutamente distintas cf. PASCHOAL, Jorge Coutinho. *O prejuízo e as nulidades processuais penais: um estudo à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 302-312. Da mesma forma, identifica-se íntima conexão entre ilicitude e nulidade, como acontece, ilustrativamente, no efeito de contaminação das provas derivadas e no princípio da causalidade. Por isso, haveria uma relação de gênero (nulidade) e espécie (ilicitude) entre as categorias examinadas, de modo que a prova ilícita é uma modalidade de ato processual nulo cf. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal – Introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 436-451.

42 .DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 520-521.

43 .DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*, p. 522. É preciso salientar que, a despeito da constatação do autor quanto à ausência de distinção entre provas ilegítimas e ilícitas no art. 157 do CPP (LGL\1941\8), ele adota a compreensão de que essas diferenciações são importantes e devem continuar a ser aplicadas.

44 .*Processo Penal*, p. 411.

45 .“o show-up é um procedimento indutivo pois dadas as limitações da memória humana descritas na seção de variáveis de estimação, o suspeito inocente pode ser reconhecido simplesmente por ser semelhante ao criminoso.” (CECCONELLO, William Weber; STEIN, Lilian Milnitsky. Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos. *Avances en Psicología Latinoamericana*, 38(1), 177. Doi: [http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/apl/a.6471]).

46 .“Se por um lado apresentar apenas um rosto pode ser indutivo, apresentar muitos rostos também pode ser prejudicial. Quando são apresentados um grande número de rostos, os processos cognitivos ficam sobrecarregados, devido às múltiplas comparações que devem ser feitas, e a capacidade de reconhecer corretamente o criminoso é dificultada.” (CECCONELLO, William Weber; STEIN, Lilian Milnitsky. Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos, p. 177.)

47 .Destacando as contribuições da neurociência e da psicologia do testemunho na identificação de fatores que podem contribuir para um falso reconhecimento cf. VIEIRA, Antonio. Riscos epistêmicos no reconhecimento de pessoas: o que aprender com a reforma do código processual penal uruguaio. In: PAULA, Leonardo Costa de. *Reflexiones brasileñas sobre la reforma procesal penal en Uruguay. Hacia la justicia penal acusatoria en Brasil*. CEJA/Observatório da Mentalidade Inquisitória, p. 357-359, 2019. No mesmo sentido, cf. VIEIRA, Antonio. Riscos epistêmicos no reconhecimento de pessoas: contribuições a partir da neurociência e da psicologia do testemunho. *Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal*, Salvador, ano 2, n. 3, p. 13-16, jun. 2019. Abordando como a percepção, conhecimentos e crenças interferem nos processos de identificação cf. MAZZONI, Giuliana. *Psicología del Testimonio*. Trad. Amparo Moreno Hernández. Madrid: Editorial Trotta, 2019. p. 53-57.

48 .ÁVILA, Gustavo Noronha de; BORRI, Luiz Antonio. A cadeia de custódia da prova no “projeto de lei anticrime”: suas repercussões em um contexto de encarceramento em massa. *Direito Público*, Porto Alegre, v. 16, n. 89, p. 129, 2019.

49 .HC 598.886/SC, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª T.

50 .In tema di “libertà” e “tassatività” delle forme nell’acquisizione probatoria (a proposito delle “ricognizione fotografica”). *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, nueva serie, anno XXXII, p. 839, 1989.

51 .*Julgamentos criminais na perspectiva da psicologia*: heurísticas e vieses, dissonância cognitiva, falsas memórias e participação. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 98.

52 .Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos, p. 174.

53 .Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos, p. 178. O grau de confiança não necessariamente indica maior acurácia do reconhecimento, nessa perspectiva, reforçando a importância do primeiro reconhecimento, acentua-se que “*repetir varias veces la identificación mediante ruedas repetidas o sucesivas peticiones de que se indique cuál de las personas allí presentes es el culpable aumenta el nivel de confianza en la identificación, aunque esta sea equivocada*” (MAZZONI, Giuliana. *Psicología del Testimonio*, p. 59). Por conseguinte, “*Una primera identificación equivocada puede, pues, resultar fatal para un individuo inocente cuya fotografía sea elegida en una rueda mal realizada*” (MAZZONI, Giuliana. *Psicología del Testimonio*, p. 60).

54 .ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal: a prova penal em xeque*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 72; ALTOÉ, Rafael; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Aspectos cognitivos da memória e a antecipação da prova testemunhal no processo penal. *Revista Opinião Jurídica*, v. 20, p. 255-270, 2017; CECCONELLO, William Weber; ÁVILA, Gustavo Noronha de; STEIN, Lilian Milnitsky. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, p. 1057-1073, 2018; FENOLL, Jordi Nieva. *La valoración de la prueba en el proceso penal*. Estado de México: Editorial Magister, 2017. p. 15; BADARÓ, Gustavo. *Epistemologia Judiciária e prova penal*. São Paulo: Ed. RT, 2019. p. 61; SILVA, Rodrigo Faucz Pereira e; JAEGER, Antonio. Memória e conformidade: a confiabilidade da prova testemunhal e o transcurso de tempo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 171, ano 28, p. 281-312, set. 2020.

55 .STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de et al. Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses. Brasília, DF, 2015, p. 31 Disponível em:
[http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf]. Acesso em: 11.04.2020.

56 .CECCONELLO, William Weber; STEIN, Lilian Milnitsky. Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos, p. 175.

57 .Cf. CHRISTIE, Nils. *Limites à dor – O Papel da Punição na Política Criminal*. Trad. Gustavo Noronha de Ávila, Bruno Silveira Rigon e Isabela Alves. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

58 .*O processo*: III série. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 254-255.

59 .Exorcizando o livre convencimento! À guisa de prefácio. In: NUNES, Dierle; LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio (Orgs.). *O fim do livre convencimento motivado*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 7.

60 .*Standard* probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise de possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 16, n. 2, p. 5, 2020.

61 .BADARÓ, Gustavo. A inferência probatória e a justificação do juízo de fato no processo penal. MALAN, Diogo et al. (Coords.). *Processo Penal Humanista – Escritos em homenagem a Antonio Magalhães Gomes Filho*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 75.

62 .In tema di “libertà” e “tassatività” delle forme nell’acquisizione probatoria (a proposito delle “ricognizione fotografica”), p. 826-827.

63 .SCHMIDT, Sabrina; KRIMBERG, Júlia Schneider; STEIN, Lilian. Conhecimento dos magistrados sobre processos de memória nos relatos testemunhais e no reconhecimento de pessoas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 173, ano 28, p. 201-243, nov. 2020.

64 .SCHMIDT, Sabrina; KRIMBERG, Júlia Schneider; STEIN, Lilian. Conhecimento dos magistrados sobre processos de memória nos relatos testemunhais e no reconhecimento de pessoas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 173, ano 28, p. 201-243, nov. 2020.