

## A (IN)ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS DECORRENTES DO RECONHECIMENTO REALIZADO EM DESACORDO COM O ART. 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

## LA (IN)ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA DERIVADA DEL RECONOCIMIENTO HECHO EN DESACUERDO CON EL ART. 226 DEL CÓDIGO DE PROCESO PENAL

Cleiton Luis Chiodi<sup>1\*</sup>

### RESUMO

O presente trabalho estuda a admissibilidade do reconhecimento informal de pessoas como prova no processo penal brasileiro. Busca analisar criticamente o entendimento firmado pela jurisprudência brasileira sobre a admissibilidade do reconhecimento informal de pessoas, recorrendo aos conceitos de meios de prova e meios de obtenção de prova, a fim de aferir em qual categoria o reconhecimento se encontra e os reflexos probatórios na sua realização em desacordo com o rito legal. Por fim, avalia-se a funcionalidade dos *standards* de prova para controlar os riscos decorrentes do reconhecimento informal, delimitando possibilidades e limites na sua admissibilidade e valoração probatória.

**Palavras-chave:** valoração probatória; reconhecimento de pessoas; *standards* probatórios.

### RESUMEN

Este trabajo estudia la admisibilidad del reconocimiento informal de personas como prueba en lo proceso penal brasileño. Trata de analizar de manera crítica el entendimiento establecido por la jurisprudencia brasileña sobre la admisibilidad del

---

1Juiz de Direito no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, titular da 3ª Vara Criminal e do Tribunal do Júri da Comarca de Caratinga-MG. Especialista em Direito Público. Mestrando em Direito pelas Universidades de Girona – Espanha e Gênova – Itália. *E-mail:* cleiton.chiodi@tjmg.jus.br.

reconhecimento informal de personas, utilizando los conceptos de medios de prueba y medios de obtención de prueba, con el fin de evaluar en qué categoría se encuadra el reconocimiento y los efectos probatorios de su realización en desacuerdo con el rito legal. Finalmente, se valora la funcionalidad de los estándares de prueba para controlar los riesgos derivados del reconocimiento informal, delimitando posibilidades y límites en su admisibilidad y valoración probatoria.

**Palabras-clave:** valoración probatoria; reconocimiento de personas; *standards* probatorios.

## 1 INTRODUÇÃO

No presente artigo, pretende-se verificar os parâmetros interpretativos do art. 226 do Código de Processo Penal (Brasil, 1941) fixados pela jurisprudência. A partir disso, com apoio na doutrina e na jurisprudência, serão discutidos os critérios de inadmissibilidade de provas, com a respectiva repercussão no reconhecimento — pessoal ou fotográfico — realizado sem observância do procedimento legal. Por fim, pretende-se aferir se, e em que medida, o reconhecimento informal pode ser admitido e valorado como prova, bem como as repercussões nas provas dele decorrentes.

## 2 DE MERA IRREGULARIDADE À INADMISSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO INFORMAL: A GUINADA DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

A consequência jurídica para a não observância do procedimento legal estatuído para a realização do reconhecimento pessoal, previsto no art. 226 do Código de Processo Penal (Brasil, 1941), é objeto de discussão na doutrina e na jurisprudência há largo período.

O entendimento que prevalecia de forma consolidada era no sentido de que a realização do reconhecimento pessoal sem observância estrita ao preceito legal que disciplina a matéria caracterizava mera irregularidade, sem consequências jurídicas (nesse sentido: Lima, 2020, p. 787).

Esse entendimento passava incólume da discussão sobre os riscos de

referendar toda a sorte de atos de pretensos reconhecimentos, que dormitam na praxe persecutória ao arrepio da previsão processual antes referida, com o conseqüente potencial de fomentar falsas condenações.

Nada obstante, o Superior Tribunal de Justiça, ao reexaminar a matéria, promoveu verdadeira reviravolta na interpretação do dispositivo legal que trata do tema.

No julgamento paradigmático do *Habeas Corpus* nº 598.886/SC, em que foi Relator o Ministro Rogério Schietti Cruz, realizado em 27.10.2020, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça superou o entendimento de que o art. 226 do Código de Processo Penal trata de mera recomendação e que seu desrespeito não macula a prova (Brasil, 2020).

A partir de então, firmou a compreensão de que, diante dos riscos de um reconhecimento falho e de condenações errôneas, a inobservância do procedimento legal invalida o reconhecimento, pessoal ou fotográfico, não podendo ser utilizado para eventual condenação, ainda que posteriormente confirmado em juízo.

Além disso (e esse é o principal ponto que enseja a presente reflexão), concluiu que o juiz pode —[.]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” (Brasil, 2020).

Outrossim, fixou o entendimento de que o reconhecimento fotográfico não possui valor probatório na ação penal, devendo servir como etapa antecedente do reconhecimento pessoal.

Ainda, o Superior Tribunal de Justiça fixou o entendimento de que provas derivadas do reconhecimento (pessoal ou fotográfico) realizado em desacordo com o rito previsto no art. 226 do Código de Processo Penal não podem embasar o convencimento judicial para lastrear uma sentença penal condenatória, sendo, pois, inadmissíveis (Brasil, 2022b).

No mesmo rumo, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, concedeu *habeas corpus* para invalidar condenação fundamentada exclusivamente em reconhecimento fotográfico — renovado em juízo — realizado sem observância do regime procedimental previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, porquanto ausentes provas independentes e não contaminadas. Na oportunidade, ressaltou, em *obiter dictum*, que o reconhecimento inválido não pode embasar prisão cautelar e —medidas investigativas genéricas e arbitrárias”,

consagrando a interpretação de inadmissibilidade do reconhecimento informal nas mais variadas fases da persecução, inclusive em seu limiar, e para as mais diversas decisões (Brasil, 2022e).

Sem embargo do referido entendimento e da ressalva de aproveitamento de provas independentes e não contaminadas para embasar a decisão sobre os fatos, há sérias lacunas concernentes ao alcance dos efeitos do reconhecimento levado a termo sem a observância da tipicidade processual do seu procedimento, notadamente em relação à possibilidade de utilização de reconhecimento, pessoal ou fotográfico, realizado sem seguir o procedimento legal, para embasar medidas persecutórias e cautelares, em especial, que culminam na colheita de outras provas, como busca e apreensão domiciliar e em pessoas, interceptação telefônica, quebra de sigilos, prisão cautelar, dentre outras, ou, até mesmo, para fins de condenação criminal.

Há, pois, que se debruçar sobre a matéria, a fim de estabelecer se a inobservância do preceito processual penal torna o reconhecimento e as provas dele decorrentes inadmissíveis, sem qualquer graduação, ou, ao reverso, somente diminui seu valor probatório e, nessa segunda hipótese, fixar os consectários legais e possíveis efeitos probatórios passíveis de valoração.

### 3 MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA E MEIOS DE PROVA: UMA (NOVA) DISTINÇÃO NECESSÁRIA

A terminologia linguística acerca do conceito de prova merece atenção, especialmente em ordenamentos jurídicos de tradição da *civil law*, como é o caso de grande parte dos países europeus e latino-americanos.

Nos sistemas da *common law*, essa diferenciação carece de sentido, pois há uma distinção clara entre *evidence* (elemento ou meio de prova) e *proof* (prova como resultado). O primeiro termo está relacionado, de forma abrangente, aos dados, informações e documentos que podem ser utilizados como premissa de uma decisão acerca dos fatos. Já o segundo, diz respeito à conclusão do raciocínio probatório ou das inferências realizadas a partir dos elementos de prova. No entanto, a mesma precisão terminológica geralmente não grassa nos sistemas inspirados na *civil law*, havendo que se fazer uma interpretação ligada ao contexto em que os termos são empregados, na medida em que, na tradição europeia,

termos como *prova*, *preuve*, *prueba* e *beweis* são utilizados ora como *evidence*, ora como *proof*. Não obstante, nos dois sistemas, a noção de *evidence* está ligada indiretamente com a verdade judicial, conferindo dados cognitivos a partir dos quais são realizadas inferências probatórias, enquanto que o *proof* diz respeito ao resultado probatório, diretamente ligado à verdade judicial dos enunciados sobre fatos controvertidos no litígio (Taruffo, 2014, p. 33).

Desse modo, a polissemia da terminologia afeta à prova, no sistema da *civil law*, como prevalece no Brasil, exige alguns contornos conceituais específicos, sem os quais não será possível avançar em nosso trabalho, restringindo-se, nesse momento, à diferenciação conceitual entre meios de prova e meios de obtenção de prova.

De acordo com Taruffo (2014, p. 33), é possível distinguir meio de prova em sentido amplo e em sentido estrito. Sobre o primeiro aspecto, “[...]em qualquer contexto processual ‘meio de prova’ é tudo aquilo que pode ser usado significativamente para apoiar a prova de um fato [...]”, e, em sentido estrito, “[...] estamos frente a um ‘meio de prova’ somente se esse é relevante e admissível. Um elemento de prova que carece de relevância ou que é inadmissível em um caso específico não é elemento de prova em tal caso”.

Nesse diapasão, de acordo com Abellán (2010, p. 84), meio de prova é tudo aquilo que permite formular ou verificar enunciados sobre fatos, concluindo que: “[...] Los medios de prueba desempeñan así una función cognoscitiva de los hechos que pretenden probar”.

Ainda, de acordo com Badaró (2016, p. 387), “[...]ps meios de prova são aptos a servir, diretamente, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática (por exemplo, o depoimento de uma testemunha, ou o teor de uma escritura pública) [...]”. E prossegue, especificando que os meios de prova são concebidos como “[...] os instrumentos pelos quais se leva ao processo um elemento de prova apto a revelar ao juiz a verdade de um fato” (Badaró, 2016, p. 388), sendo importante ressaltar que o referido autor conceitua elemento de prova “[...]p dado bruto que se extrai da fonte de prova, ainda não valorado pelo juiz” (Badaró, 2016, p. 386).

Quanto aos meios de obtenção de prova ou meios de pesquisa, são “[...] instrumentos para a colheita de elementos ou fontes de prova, estes, sim, aptos a convencer o julgador (por exemplo, um extrato bancário encontrado em uma busca e

apreensão)” (Badaró, 2016, p. 387).

Nos meios de obtenção de prova, para colher o elemento de prova, em regra, é imprescindível restringir direitos fundamentais, como ocorre com a interceptação telefônica, a busca e apreensão, a quebra de sigilos, dentre outros (Badaró, 2016, p. 389).

Como se vê, geralmente, os meios de obtenção de prova restringem a privacidade e, além disso, no mais das vezes, são concretizados por outros servidores públicos, como policiais, que atuam na colheita de elementos de prova (Dezem, 2020, p. 589).

Outra característica destacada pela doutrina quanto aos meios de obtenção de prova é a surpresa, pois a ciência do investigado tornaria inútil a colheita de elementos de prova, de modo que, —[...] nestes casos, o requerimento, a admissibilidade e a efetiva realização de tal meio devem ocorrer sem a ciência da parte investigada, sendo o resultado de tal operação submetido, posteriormente, ao contraditório diferido” (Badaró, 2016, p. 390).

Infere-se, pois, nessa senda, que os meios de obtenção de prova são os procedimentos imprescindíveis para visar a colher elementos de prova que se encontram agasalhados por direitos fundamentais. Ao contrário dos meios de prova, que carregam em si informações que podem ser úteis para a decisão judicial sobre os fatos, os meios de obtenção de prova não possuem, *per se*, informações sobre os fatos apurados na persecução penal, pois somente constituem o caminho necessário para a pretensa obtenção de elementos de prova vinculados — embora não exclusivamente — à esfera da privacidade.

Por adentrar na esfera de proteção dos direitos fundamentais, assume relevância o *iter* seguido para obtenção de determinada prova, sendo que as máculas ocorridas nos meios de obtenção de prova afetam irremediavelmente o direito fundamental subjacente, com consequências específicas no campo probatório, mais precisamente na admissibilidade probatória.

Nos meios de obtenção de prova, em regra, o ordenamento jurídico estipula em quais hipóteses é juridicamente possível abrandar direitos fundamentais e os limites dessa flexibilização.

Tem-se como exemplo a Lei nº 9.296/1996, que disciplina a interceptação das comunicações telefônicas e possibilita a superação do sigilo das comunicações, mediante o cumprimento de requisitos e nos limites legalmente estabelecidos.

O descumprimento desses requisitos legais que margeiam a proteção dos direitos fundamentais gera a ilicitude da prova, por violação ao direito fundamental subjacente e que é o objeto da respectiva tutela legal, com a consequente inadmissibilidade do elemento de prova, nos termos do art. 5º, LVI, da Constituição Federal brasileira (Brasil, [2024]), que expressamente prevê que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Imperioso notar que a ilicitude a que faz referência o preceito constitucional não é da prova, mas sim do meio utilizado para a sua obtenção. Isso se coaduna com a conclusão ora defendida de que os meios de obtenção de prova, por constituírem o procedimento juridicamente legítimo para adentrar na zona normativa abarcada por direito fundamental com o desiderato de colher elementos de prova, estão umbilicalmente ligados à tutela desses direitos básicos. Dessa feita, ocorrendo desvios no caminho jurídico previsto para determinado meio de obtenção de prova percorrer, a prova não pode ser admitida, acarretando no que se convencionou chamar de “prova ilícita”.

Consequentemente, tornam-se, também, inadmissíveis todas as provas decorrentes da prova ilícita, consoante a teoria dos “frutos da árvore envenenada”, positivada pelo Código de Processo Penal brasileiro, em seu art. 157, § 1º (Brasil, 1941).

Ficam salvaguardadas da inadmissibilidade aquelas provas oriundas de fonte independente ou de descoberta inevitável. O preceito legal dispõe, inclusive, que as provas ilícitas e as derivadas devem ser desentranhadas dos autos do processo, o que impede que exerçam qualquer espécie de persuasão às partes e ao juiz.

Deve-se atentar que o dispositivo processual acima indicado tacha de ilícitas não só aquelas provas obtidas em violação a normas constitucionais, mas também “normas legais”, o que leva a indagar se, na segunda hipótese, toda e qualquer violação legal na produção de provas acarreta as mesmas consequências jurídicas decorrentes da ilicitude probatória, o que fatalmente subsumiria a essa categoria todas as provas produzidas sem estrita observância do rito legal correspondente, independentemente de este projetar-se para proteger direito fundamental, as quais passariam a ser igualmente inadmissíveis.

Nesse tocante, a interpretação mais coerente e razoável é a que torna ilícita a prova obtida em violação de normas legais que disciplinam a proteção de direitos fundamentais (meios de obtenção de prova) — v.g. violação às regras legais que



regem a interpretação telefônica —, e não de toda e qualquer regra jurídica que, a despeito de regular a atividade probatória, não possui reflexo imediato e direto em direitos fundamentais (meios de prova).

Ocorre que, diferentemente dos meios de obtenção de prova, em que há restrição a um direito fundamental para possibilitar a colheita do elemento de prova subjacente, o qual normalmente encontra-se na esfera da intimidade e da vida privada do titular desse direito, nos meios de prova, isso não ocorre necessariamente, conforme será visto adiante.

Deve-se compreender que, nos meios de obtenção de prova, sob o aspecto jurídico, não há como se chegar validamente ao elemento de prova sem fiel observância às balizas legais que permitem essa atividade em restrição ao direito fundamental subjacente, sob pena de ilicitude e inadmissibilidade probatória. Não porque os elementos colhidos em desrespeito aos limites legais não correspondem à verdade dos fatos, e sim porque são angariados com infringência a direitos fundamentais. Daí por que ilícitos e inadmissíveis.

Nessa linha de ideias, pode-se afirmar que uma interceptação telefônica realizada sem autorização judicial, ou após o prazo judicialmente fixado, é ilícita porque realizada sem observância da reserva de jurisdição, em descompasso com as normas constitucionais e legais que norteiam rigidamente a flexibilização dos direitos fundamentais atingidos por esse procedimento probatório, razão pela qual não pode ser admitida como prova.

Contudo, isso não quer dizer que o conteúdo interceptado ilicitamente é inverídico ou irrelevante para a elucidação dos fatos. A toda evidência, a ilicitude da captação das informações telefônicas não possui interferência no conteúdo do diálogo mantido pelos interlocutores e do correspondente potencial de elucidação de um crime.

Disso se depreende que, em regra, a ilicitude da prova não possui correlação direta com a veracidade dos elementos de informação ínsitos à prova ilícita, e destes com o fato ocorrido, objeto da prova.

Percebe-se, assim, que a inadmissibilidade da prova ilícita está atrelada ao âmbito de proteção de direitos fundamentais, conquanto possa ser, ao menos do ponto de vista epistêmico, relevante para esclarecer os fatos. Sua inadmissibilidade consiste em exceção à regra de que todo elemento relevante para a tomada de decisão deve ser admitido como prova no processo, ou seja, é uma regra que



sacrifica o valor epistêmico da atividade probatória (Ferrer-Beltrán, 221a, p. 115-116).

Ainda no campo dos meios de obtenção de prova, porém, podem ocorrer situações em que, além da ilicitude, que torna a prova inadmissível, o meio utilizado para a sua obtenção demonstra que seu valor probatório é inexistente, ínfimo ou reduzido. É o caso da confissão colhida sob tortura, expediente comumente incorporado em regimes de exceção.

Em tais circunstâncias, além de a prova ser inadmissível em decorrência da violação de direitos fundamentais durante a sua produção (com a necessidade de incidência da tutela penal em face do torturador), a confissão ou os depoimentos advindos de tortura, isoladamente, possuem pouca ou nenhuma confiabilidade. Afinal, não é necessário muito esforço intelectual para concluir pela propensão do torturado em admitir o que lhe é sugerido, com o fito de fazer cessar a violência abjeta desse expediente hediondo.

Há, nessa situação, uma dupla repercussão no campo probatório: a inadmissibilidade jurídica da prova produzida sob tortura, em razão da ilicitude, e ausência de confiabilidade, que opera na esfera da valoração. Tem-se, portanto, na esfera dos meios de obtenção de prova, que a violação do rito legal gera a consequência jurídica de inadmissibilidade, indiferentemente do grau de confiabilidade epistêmica da prova.

De outro giro, os meios de prova não possuem o efeito imediato de vulnerar direitos fundamentais. Pelo contrário, as testemunhas, por exemplo, em regra, prestam o depoimento cingidas ao dever de veracidade (art. 203 do Código de Processo Penal), sob pena de cometimento de crime de falso testemunho (art. 342 do Código Penal). Destarte, são obrigadas a dizer tudo que sabem sobre os fatos apurados na persecução penal, sob pena de responsabilização criminal.

Nessa classe de provas, há um dever de colaboração e produção probatórias, porque essas práticas persecutórias não colidem diretamente com direitos fundamentais para a obtenção dos elementos factuais que enunciam.

Incide, portanto, o direito das partes quanto à produção de todos os meios de provas, desde que lícitos, relevantes e úteis, propiciando amplo acervo de elementos válidos de informação, a fim de minorar os riscos de decisões errôneas — condenações falsas (falsos positivos) ou absolvições falsas (falsos negativos) (Ferrer-Beltrán, 2021a, p. 22).

Nos meios de prova, a disciplina legal para sua produção probatória está atrelada a assegurar confiabilidade das informações, e não a evitar a violação direta e imediata a direitos fundamentais, função esta jungida aos meios de obtenção de prova.

Essa diferenciação não é simplesmente conceitual, pois tem o condão de excluir os meios de prova do âmbito das provas ilícitas, no qual se situam os meios de obtenção de prova levados a cabo em desacordo com o respectivo regramento jurídico.

Por corolário lógico, as repercussões jurídicas da não observância dos ritos legais porventura previstos para a obtenção de meios de prova também são distintas da não observância para os meios de obtenção de prova.

A produção de meios de prova em descompasso com os procedimentos legais — quando previstos pelo legislador — desencadeiam a diminuição ou a exclusão da confiança de que as informações deles advindas correspondem à verdade factual. De acordo com Badaró (2019, p. 391): —~~N~~s casos em que a lei estabelece um determinado procedimento para a produção de uma prova, o respeito dessa disciplina legal assegura a genuidade e a capacidade demonstrativa de meio de prova”.

Não se desconhece a corrente que sustenta que a prova irritual é nula (Dezem, 2020, p. 663-664). Contudo, se o procedimento legal não visa a proteger direitos fundamentais, mas sim conferir qualidade à prova, disso se extrai a conclusão lógica de que sua inobservância afeta negativamente o último escopo, cuja repercussão pode ser gradativa, dependendo da valoração probatória.

Com isso, defende-se, neste trabalho, que a diminuição da confiabilidade da prova não retira a sua natureza de prova e a possibilidade de sua utilização, não se tratando de prova “nula”, portanto, especialmente quando, em razão de sua natureza, a prova torna-se irrepitível. Aliás, em tais casos, a única razão de ser da declaração de nulidade é a possibilidade de repetir a colheita da prova com maior qualidade. No entanto, se a prova for irrepitível, nada impede que a prova irritual seja admitida e valorada.

Uma concepção aberta da prova, como a aqui adotada, entende que a prova é um fenômeno pertencente à esfera da lógica e da racionalidade, sendo assim considerado qualquer elemento que sirva para estabelecer um fato, de modo que a regulação jurídica deve incidir o mínimo possível. Portanto, a definição de prova se

situa mais bem em uma perspectiva epistemológica do que jurídica, sendo largamente admissíveis, por via de consequência, as provas atípicas (Taruffo, 1992, p. 346).

A inadmissibilidade de elementos de informação pode ir de encontro à constatação da veracidade ou falsidade dos enunciados fáticos que norteiam o processo. Em outras palavras: pode sacrificar a verdade em sua perspectiva epistemológica, a ser definida, no processo, pelo Judiciário; e pode impedir que, a partir de elementos de prova fracos, as partes cheguem a outras fontes de prova que possam contribuir na tomada de decisão sobre os fatos. Razões estas que carregam forte apelo em prol da admissibilidade, dosada racionalmente, de meios de prova produzidos em descompasso com o regramento jurídico, ou seja, que tenham a fiabilidade comprometida, mas, mesmo assim, em algum momento da persecução, possam ser úteis ao desenvolvimento da atividade epistêmica processual de apurar a verdade sobre os enunciados fáticos.

Com efeito, a produção de meios de prova à revelia do procedimento legal não repercute de forma imediata e negativa na admissibilidade probatória, que deve ser reservada aos meios ilícitos de obtenção de prova.

Fixadas essas premissas, deve-se buscar definir se há alguma utilidade e relevância na utilização dos meios de prova colhidos sem estrita observância ao rito legal e, portanto, com baixa fiabilidade, sem que isso desencadeie a potencialização de riscos de decisões errôneas, incursionando-se no horizonte dos padrões de prova, a fim de encontrar, ou não, alguma resposta.

#### **4 O PAPEL DO *STANDARD* PROBATÓRIO NA VALORAÇÃO DOS MEIOS DE PROVA COM FIABILIDADE DEFICIENTE**

Se os meios de prova produzidos sem a estrita observância do rito legal correspondente não se situam no âmbito de incidência de provas ilícitas e, conquanto tenham sua fiabilidade maculada, podem conter informações relevantes e úteis, devem ser admitidos na persecução penal, ainda que dentro de certos limites e para determinadas finalidades, porque podem contribuir para a reconstrução histórica e racional dos fatos, diminuindo-se os riscos de erros.

A verdade é objetivo institucional do processo, imprescindível para o direito lograr êxito como mecanismo apto a dirigir a conduta de seus destinatários, a ser

alcançado mediante a prova no processo judicial. Por isso mesmo, a atividade probatória possui a função de determinar o valor de verdade das proposições fáticas e cumpre esse desiderato quando as proposições sobre fatos declaradas provadas são verdadeiras (Ferrer-Beltrán, 2021a, p. 44-45).

O conceito de verdade útil para dar conta dessa relação, em um modelo cognotivista, é o de verdade como correspondência, que preconiza a ideia basilar de que um enunciado fático formulado no processo somente é verdadeiro se, e somente se, corresponder ao fato (Taruffo, 2014, p. 28), —[.]y no la de aceptación justificada ni la coherencia del conjunto de los enunciados” (Abellán, 2010, p. 67).

O raciocínio probatório é necessariamente probabilístico. Decidir se um enunciado fático está provado é afirmar que é provavelmente verdadeiro (em determinado nível), diante das provas disponíveis. O fato ocorreu ou não, porém, o grau de certeza da sua ocorrência ou a forma como se desenvolveu é probabilístico, sendo que a decisão do grau de corroboração considerado suficiente para dar por provada uma hipótese não é epistemológico, e sim jurídico-político (Ferrer-Beltrán; Vázquez, 2021a, p. 18, 23).

Não se trata, contudo, da adoção de um modelo de probabilidade estatística ou matemática. Considerando que a estrutura do raciocínio probatório está conferida pela probabilidade lógica ou indutiva, ou seja, não matemática, o nível de suficiência probatória não pode ser estabelecido mediante a utilização de números ou fórmulas quantitativas estatísticas, mas sim de critérios qualitativos e lógicos. É o que explica Michelle Taruffo:

*Probabilidade lógica.* Por outro lado, as teorias bayesianas ou quantitativas de probabilidade não são as únicas teorias possíveis da inferência probatória. Uma concepção alternativa consiste em tomar em conta as teorias lógicas (ou "baconianas") da probabilidade, i. e., os modelos lógicos de argumentação que podem ser usados como meios de prova para racionalizar as inferências em situações nas quais a credibilidade de um enunciado de fato precisa ser testada com base em alguns elementos de prova. Nessa perspectiva, a questão principal é determinar quais inferências sejam possíveis a partir dos elementos de prova relevantes, e como esses sustentam as inferências que conduzem a conclusões acerca de um fato controvertido. Inferências conectando provas e fatos não são desenvolvidas conforme os cálculos quantitativos de probabilidade, mas sobre as bases de padrões lógicos de argumentação. Os elementos de prova consideram-se como premissas a partir das quais é possível extrair inferências: as inferências seguem modelos lógicos; as distintas situações podem ser analisadas de acordo com padrões lógicos que representam características típicas de cada caso; a conclusão acerca de um fato é logicamente provável, como a uma função dos argumentos jurídicos baseados nas provas disponíveis [...].

Esse enfoque não usa graus numéricos de probabilidade e tampouco oferece medidas quantitativas exatas do peso da prova. Entretanto, a teoria da probabilidade lógica (ou da *–evidence and indifference–*, como por vezes é rotulada) parece ser muito mais eficiente como uma interpretação analítica da prova judicial (Tarrufo, 2014, p.31-32).

Se o raciocínio probatório é probabilístico e a certeza absoluta sobre uma hipótese é inalcançável, as decisões devem ser tomadas em contextos de incertezas, o que remete à necessidade de estabelecer regras que delimitam o grau de probabilidade necessário para considerar uma hipótese provada — e provada na graduação exigida para a respectiva fase processual em que a decisão é proferida —, a fim de superar um modelo subjetivista e ir ao encontro de uma concepção racionalista da prova (Ferrer-Beltrán; Vázquez, 2021a, p. 18; Peixoto, 2021, p. 58-59).

Nessa toada, *standard* de prova nada mais é do que uma regra que determina o nível de corroboração de probabilidade exigido para considerar uma hipótese fática provada (Ferrer-Beltrán; Vázquez, 2021a, p. 18; Peixoto, 2021, p. 58).

Uma das funções do *standard* é distribuir o risco de erro entre as partes (Ferrer-Beltrán; Vázquez, 2021a, p. 115 *et seq.*). Para diminuir tal risco, deve-se, também, propiciar a produção de acervo probatório diversificado (dentro dos limites de admissibilidade — vedação de provas ilícitas, por exemplo — e de relevância, limitando-se o acervo probatório aos elementos relevantes para determinar a veracidade das hipóteses sobre os fatos, sendo dispensados aqueles elementos de prova que, embora relevantes, não são necessários para esse fim, sob pena de hipertrofia do acervo probatório, aplicar o ônus probatório e as presunções (como a presunção de inocência). Se o nível de exigência probatória para condenação for elevado, haverá menos inocentes condenados (porque é mais difícil reunir acervo probatório incriminador). Porém, haverá mais culpados absolvidos. Em sentido inverso, quando se reduz o nível de exigência probatória, é previsível que existam menos culpados absolvidos (porque a exigência probatória é menor), porém, mais inocentes serão condenados. Um *standard* probatório mais exigente não diminui o risco de erro. Diminui o risco de falsas condenações, porém, aumenta o risco de falsas absolvições, desprotegendo de forma suficiente bens jurídicos penalmente tutelados (como a vida, dignidade sexual, etc.). A escolha de *standard* é uma opção político-moral, a ser realizada preferencialmente pelo legislador, sendo salutar sopesar a gravidade do erro em caso de condenação falsa (por exemplo, uma

sanção pecuniária possui menor gravidade que uma pena privativa de liberdade), a natureza do direito material (nem sempre as consequências de um erro na esfera cível são menores que as decorrentes de um erro na criminal, sendo suficiente citar que a destituição do poder familiar é algo muito mais grave do que uma sanção penal pecuniária ou restritiva de direitos), o custo do erro por absolvições falsas (se o *standard* for altamente exigente, aumenta-se o risco de absolvição de culpados, o que, entretanto, causaria a desproteção estatal de bens jurídicos penalmente tutelados e redundaria na ineficácia da capacidade dissuasória do sistema), a dificuldade probatória dos tipos de casos em face da forma como estão caracterizados pelo legislador (isso é potencializado quando as dificuldades probatórias vêm acompanhadas de consequências altamente graves em caso de erro, como a previsão de penas altas e/ou privativas de liberdade) (Ferrer-Beltrán, 2021b, p. 253 *et seq.*).

Ademais, ao menos no momento da sentença penal, o *standard* probatório é necessário para tornar a presunção de inocência — enquanto regra de julgamento ou *in dubio pro reo* — operativa. Ocorre que, para se decidir pela aplicação da presunção de inocência, quando não ficar comprovada de forma suficiente a culpabilidade, é necessário o estabelecimento de um nível de exigência intersubjetivamente controlável de corroboração probatória da hipótese acusatória. Portanto, a presunção de inocência não indica esse nível, pelo contrário, pressupõe um *standard* probatório compatível com a condenação, sem o qual ela é ineficaz. Lado outro, não atingido o grau de suficiência probatória, o resultado vai recair sobre a parte que possuía o ônus probatório — regra que também depende da formulação de *standard* probatório (Ferrer-Beltrán, 2018, p. 173-176).

Todo processo judicial requer diversos estândares probatórios, que devem fixar distintos níveis de exigência de suficiência probatória, de forma gradual e progressiva. Assim, —[...]solo el avance del procedimiento, com la incorporación de todas las pruebas y su práctica en contradicción puede permitir, en su caso, satisfacer los estándares de prueba más exigentes” (Ferrer-Beltrán; Vázquez, 2021a, p. 102).

De mais a mais, o *standard* probatório também permite traçar balizas intersubjetivamente controláveis no que se refere à utilização de meios de provas com comprometimento de sua qualidade e confiabilidade em razão de terem sido produzidos sem fiel observância ao rito legal, sem que se recorra a uma regra de —*tudo ou nada*”.



Perfeitamente possível, assim, que a utilização do mesmo meio de prova, pautada na maior ou menor confiabilidade, tenha diferentes respostas a depender do *standard* exigido para a decisão a que se presta. Quanto menor o *standard*, maior será a tolerância em relação à qualidade da prova comprometida pela não observância do procedimento legal de sua produção.

Ainda que um elemento de prova permita extrair uma confirmação fraca de uma conclusão, um conjunto de elementos de provas com baixo grau de corroboração, porém, pode levar a confirmação global bastante forte, considerando-se, para tanto, a confiabilidade de cada elemento de prova e a quantidade de elementos de prova (Taruffo, 2016, p. 252).

Assim, se não há violação a direitos fundamentais na inobservância do rito para a produção do meio de prova, de modo que, ainda que tenha sido colhido sem a observância do rito legal específico, a depender da finalidade a que se destina, pode ser admitido e valorado, ainda que gradualmente, de acordo com a maior ou menor exigência de corroboração para determinada decisão ou ato de persecução penal (Vázquez, 2021, p. 243-244).

Já nos meios de obtenção de prova, a consequência da ilicitude da prova produzida ao arrepio da disciplina legal é a inadmissibilidade, de modo que a prova produzida por meio ilícito não deve ser valorada, indiferentemente do grau de corroboração exigido para a decisão. Nesse âmbito, o *standard* probatório é inoperante e não cumpre nenhuma função na atividade probatória.

Por conseguinte, enquanto as provas ilícitas são inadmissíveis e não podem ser valoradas — ainda que possam ter informações importantes para o deslinde dos fatos (valor epistêmico) —, os meios de prova produzidos sem estrita observância do rito legal podem ser valorados, ainda que, neste caso, conclua-se pela baixa confiabilidade probatória, o que não exclui sua utilização para embasar decisões que exigem menor grau de corroboração ou quando são corroborados por provas fiáveis.

Além do mais, no primeiro caso (provas ilícitas), as provas derivadas são, em regra, igualmente inadmissíveis, sob pena de a prova ilícita ser aproveitada por via oblíqua. Consequentemente, a inadmissibilidade independente do *standard* probatório (a exceção reside na possibilidade de utilizar prova ilícita para a defesa do acusado, conforme defende parcela da doutrina e jurisprudência, hipótese em que o grau de corroboração da prova ilícita será valorado para fins de analisar se a tese alternativa da defesa, por exemplo, encontra-se amparada a ponto de ensinar



uma absolvição, ainda que por força não superação da presunção de inocência enquanto regra de julgamento, o que, como visto, necessariamente exige a incidência de *standard* de prova).

No segundo (meios de prova produzidos em descompasso com o procedimento legal), as provas derivadas são admissíveis e passíveis de valoração se a menor confiabilidade decorrente da inobservância ao rito legal é suficiente para preencher o *standard* utilizado em determinada fase da *persecutio criminis*, como para o deferimento da produção das provas decorrentes, desde que estas não sofram contaminação direta da prova originária no que concerne à confiabilidade.

Assim, criam-se condições de construir um acervo probatório completo e confiável, o qual é indispensável para a diminuição dos riscos de uma decisão errônea, que possa resultar em falsa condenação ou em falsa absolvição (Ramos, 2022, p. 49).

Dito isso, é necessário volver ao reconhecimento informal de pessoas para verificar se se trata de meio de obtenção de prova ou de meio de prova, sistematizando, neste último caso, os limites e possibilidade de sua utilização dentro de um sistema probatório pautado em estândares.

## 5 RECONHECIMENTO INFORMAL: POSSIBILIDADES E LIMITES DE SUA UTILIZAÇÃO PROBATÓRIA

Depois de traçar que os meios de prova colhidos sem estrita observância do procedimento legal, embora possuam a qualidade probatória afetada, são admissíveis como provas, ainda mais numa valoração calcada em diferentes estândares, cumpre, agora, verificar se o reconhecimento de pessoas também pode ser admitido quando realizado sem a exata observância do procedimento legal e, eventualmente, em que medida isso pode se dar.

### 5.1 Reconhecimento de pessoas: meio de obtenção de prova ou meio de prova?

A importância de verificar se o reconhecimento de pessoas é meio de obtenção de prova ou meio de prova reside nas consequências jurídicas atreladas à admissibilidade probatória do reconhecimento informal ou irritual. Pelo que restou

exposto anteriormente, em sendo meio de obtenção de prova, o desvio do rito legal na sua produção acarreta a ilicitude probatória e sua inadmissibilidade jurídica; já se for meio de prova, poderá ser admitida e valorada, sendo sua relevância epistêmica constatada em graus diversos, em contraposição ao padrão de prova correspondente, que passa a servir como mecanismo de controle para evitar erros decorrentes da utilização do reconhecimento informal.

O Código de Processo Penal (Brasil, 1941) não distingue, com clareza, os meios de prova dos meios de obtenção de prova, cuja diferenciação foi tratada anteriormente.

Sem pretensão de esgotar o rol, podem ser apontados, como meios de prova, o exame de corpo delito e perícias, perguntas ao ofendido, acareação e documentos (Badaró, 2020, p. 388).

Já a busca e apreensão e o interrogatório, em razão da imprescindibilidade da restrição dos direitos fundamentais para a colheita das informações deles decorrentes, são meios de obtenção de prova. Além do mais, em ambos os casos, os procedimentos que lhes correspondem podem, ou não, resultar na colheita de algum meio de prova, como a apreensão de prova documental, na busca, e a ocorrência de confissão, no interrogatório, que pode ser usado unicamente com meio de autodefesa, sem que ocorra confissão, ou seja, sem relevância probatória (em sentido semelhante, porém, tratando o interrogatório como meio de prova: Badaró, 2016, p. 388).

Por sua vez, de acordo com o critério aqui defendido, o reconhecimento de pessoas é meio de prova, tendo em vista que a realização do procedimento de reconhecimento, por si só, não restringe e tampouco viola direitos fundamentais (classificando o reconhecimento como meio de prova, por outras razões: Badaró, 2019, p. 388).

As regras legais do reconhecimento visam a evitar ou, pelo menos, a minimizar riscos de reconhecimentos errôneos. Tanto é assim que as cautelas exigidas pelo legislador visam a evitar sugestionabilidade a quem realiza o reconhecimento, e não delimitar a licitude desse meio de prova, ou seja, balizar a restrição de um direito fundamental que possa ser diretamente afetado durante o ato de reconhecimento.

É necessário esclarecer que o direito de não produzir provas contra si e a privação ou restrição da liberdade em razão de condenação errônea não são insitos

ao procedimento do reconhecimento.

A pessoa a ser reconhecida não é obrigada a participar do reconhecimento, por força do princípio *nemo tenetur se detegere*. Isso não significa que o reconhecimento visa a proteger esse direito fundamental, o que o posicionaria conceitualmente como meio de obtenção de prova. O exercício do direito constitucional de não produzir prova contra si deve ocorrer antes de iniciado o reconhecimento pessoal (ao contrário disso, no interrogatório, o exercício ao direito ao silêncio é ínsito ao ato, e sua observância é condição de licitude, razão pela qual se situa conceitualmente na categoria meio de obtenção de prova).

Sem embargo, mesmo que haja recusa do suspeito em participar do procedimento de reconhecimento de pessoas, não há óbices jurídicos para a realização do reconhecimento por meio de fotografias (Brasil, 2022e), tendo em vista a similitude com o reconhecimento por videoconferência, admitido pelo art. 185, § 8º, do Código de Processo Penal (Brasil, 1941), podendo ser valorado, racional e logicamente, em cotejamento com o conjunto probatório validamente produzido.

No entanto, o reconhecimento fotográfico não é passível de ser utilizado como etapa antecedente ao reconhecimento pessoal, sendo esse procedimento rechaçado pela psicologia do testemunho, em razão do potencial de sugestionabilidade ao reconhecedor.

Por outro giro, a falsa condenação, na qual um inocente é condenado por erro judicial, com a conseqüente violação ao direito à liberdade — dentre outros direitos fundamentais que são violados em decorrência de uma condenação penal errônea — não está necessariamente atrelada ao desrespeito ao procedimento legal que disciplina o reconhecimento, mas sim à inadequação da valoração probatória.

Conclui-se, pois, nessa senda, que o reconhecimento pessoal ou fotográfico informal não pode ser conceitualmente colocado no campo da inadmissibilidade probatória, ao menos como decorrência da categoria —prova ilícita—. Sua produção e inserção no leque de provas devem ser objeto de valoração probatória, a fim de aferir o grau de confiabilidade epistêmica.

## 5.2 Reconhecimento informal e (in)suficiência probatória no processo penal brasileiro

Estabelecido que o reconhecimento pessoal ou fotográfico, ainda que

realizado sem observância da ritualística prevista, não padece de ilicitude, deve-se delimitar, sem pretensão exaustiva, possíveis incidências para alicerçar decisões judiciais ao longo da persecução penal, partindo-se da premissa anteriormente fixada de que são diversos os graus de corroboração exigidos no *iter* processual, não sendo a pretensão deste trabalho, contudo, esboçar modelo de estândares probatórios, mas somente tornar operativo um sistema processual baseado em diversos níveis de corroboração de uma hipótese sobre fato no que tange ao reconhecimento informal.

### **5.2.1 Da (in)suficiência probatória para condenação fundada em reconhecimento formal**

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de definir que a observância do rito do reconhecimento pessoal, por si só, não permite extrair grau de certeza condizente com a condenação penal (Brasil, 2022c).

Essa conclusão reflete a melhor compreensão a respeito do tema, porque nenhuma prova possui valor epistêmico absoluto, devendo ser valorada individual e conjuntamente, a fim de viabilizar a reconstrução histórica dos fatos que melhor se aproxima ao que realmente ocorreu, sendo que, para fins de condenação penal, deve ser observado um *standard* probatório exigente.

Outro aspecto que merece destaque é que, conforme demonstrado por estudos da psicologia (Manzanero, 2021, p. 149-176), a falibilidade da memória humana é impossível de ser superada pelo reconhecimento, ainda que este seja realizado em conformidade com os melhores e mais fiáveis protocolos.

E, no Brasil, esse risco se agudiza. O simples fato de ser aplicado estritamente o procedimento legal disposto no ordenamento jurídico brasileiro não confere necessariamente maior fiabilidade ao reconhecimento formal se comparado ao informal (por todos: Manzanero, 2021, p. 149-176). O procedimento do reconhecimento de pessoas estabelecido pelo Código de Processo Penal (Brasil, 1941) vigente carece de muitos aperfeiçoamentos epistêmicos, distanciando-se de um modelo confiável e apto a minorar os riscos de reconhecimentos errôneos, desenhado pelos mais diversos estudos da psicologia do testemunho.

Destarte, não é exagero afirmar, ao menos do ponto de vista epistêmico, que o reconhecimento formal vigente não se diferencia substancialmente do informal.

pois não oferece condições para minorar os riscos de erros (falsos positivos e falsos negativos).

### **5.2.2 Da (in)suficiência probatória para condenação fundada em reconhecimento informal**

Lado outro, no mesmo julgado referido no item anterior, constou que o reconhecimento informal deve ser considerado inválido, —[.]. o que implica a impossibilidade de seu uso para lastrear um juízo de certeza da autoria do crime, *mesmo que de forma suplementar*” (Brasil, 2022c, grifo nosso).

Em primeiro lugar, se o respeito restrito ao procedimento de reconhecimento não é suficiente para amparar uma condenação, quando isoladamente considerado, a mesma conclusão se aplica quanto ao reconhecimento produzido à revelia da disciplina legal.

Por outro vértice, no entanto, não há justificativa jurídica ou epistêmica para o reconhecimento informal não ser utilizado —*de forma suplementar*”. Pelo que se argumentou alhures, não se pode desprezar que o reconhecimento informal pode contribuir para atingir a suficiência probatória para a prolação de uma condenação, desde que seja corroborado por outras provas fiáveis e relevantes, sejam elas decorrentes ou não do reconhecimento informal.

### **5.2.3 Da (in)suficiência probatória do reconhecimento informal para lastrear decisões interlocutórias no processo penal — recebimento da denúncia, medidas cautelares pessoais e pronúncia**

Por outro vértice, constou no voto condutor do acórdão antes referido que, —[.]. inválido o reconhecimento, não poderá ele servir nem para lastrear outras decisões, ainda que de menor rigor quanto ao *standard* probatório exigido, tais como decretação de prisão preventiva, recebimento de denúncia, pronúncia” (Brasil, 2022c).

Todas as decisões referidas no julgado (prisão preventiva, recebimento de denúncia e pronúncia), em linha de princípio, requerem outros elementos de prova que possam corroborar o reconhecimento informal e atingir o *standard* probatório exigido para cada uma delas.

Quanto ao recebimento da denúncia, é necessária a comprovação, dentre outras condições da ação e pressupostos processuais, de justa causa para a ação penal (art. 395, III, do Código de Processo Penal).

Por justa causa, sob seu ângulo positivo, entende-se como a existência de fundamento de fato e de direito para demonstrar a mínima probabilidade da acusação e, sob o aspecto negativo, a inviabilidade do ajuizamento ou do recebimento da denúncia pelo juiz na ausência desses elementos (Moura, 2001, p. 99).

Portanto, o *standard* probatório do recebimento da denúncia deve ser mínimo, ou seja, de mera e reduzida probabilidade.

Seguindo essa linha de ideias, o reconhecimento informal é suficiente para constituir justa causa para a propositura de uma ação penal. Primeiro, porque não se pode ter um *standard* tão exigente para iniciar a *persecutio criminis in judicio*, sendo certo que, na fase judicial, poderão ser produzidas provas em contraditório, não se podendo impedir que o titular da ação penal produza provas durante a fase processual com o escopo de comprovar as hipóteses acusatórias. Segundo, porque se não forem produzidas outras provas, no momento da sentença, será possível evitar erro judicial e afastar a condenação lastreada somente no reconhecimento informal, por não atingir o padrão de corroboração probatório mínimo exigido, operando-se o *in dubio pro reo* como consectário da presunção de inocência. Terceiro, porque se o reconhecimento informal não for corroborado por outros meios de provas colhidos no processo que possam embasar o grau de certeza necessária para uma condenação, não haverá erro judicial, já que, a despeito dos efeitos negativos do processo suportados pelo acusado, a ação penal não redundará na aplicação de qualquer sanção criminal, pois a solução deve ser a absolvição.

De seu turno, de acordo com o art. 413 do Código de Processo Penal brasileiro (Brasil, 1941), a decisão de pronúncia exige indícios suficientes de autoria ou de participação.

Nesse tocante, apesar da semelhança com os requisitos da decisão de recebimento da denúncia, há uma nuance que agrava o risco de erro na utilização de reconhecimento informal como única prova apta a levar o caso para julgamento perante o tribunal do júri.

O rito do júri é bifásico: a primeira fase é o chamado juízo de formação de culpa ou *judicium accusationis*, o qual se presta para examinar a admissibilidade ou



não da acusação e remessa para julgamento pelo tribunal do júri; a segunda fase, denominada juízo da causa ou *judicium causae*, ocorre perante o tribunal do júri e vai da preparação da sessão até o julgamento do caso (Dezem, 2020, p. 1.111).

Apesar de ser permitida nova instrução probatória perante o júri (arts. 422 e 473 do Código de Processo Penal), não há nenhuma exigência que sejam produzidas provas novas, o que pode ocasionar a situação de a única prova apresentada para embasar a condenação consistir no reconhecimento informal.

Afora isso, deve-se considerar que, no sistema processual brasileiro, por força de cláusula constitucional pétrea, a decisão do conselho de sentença é soberana — [...] não pode ser mudada em seu mérito por um tribunal formado por juízes técnicos [...], mas apenas por outro Conselho de Sentença, quando o primeiro julgamento for manifestamente contrário às provas dos autos” (Campos, 2015, p. 10) — e ocorre por meio de votação sigilosa (art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal de 1988). Assim, por ausência de fundamentação da decisão do conselho de sentença, não há como incidir controle em sede recursal acerca da observância do padrão mais elevado exigido para lastrear uma condenação criminal, o qual, como visto, não pode ser preenchido unicamente pelo reconhecimento informal.

Por conseguinte, embasar uma decisão de pronúncia exclusivamente em reconhecimento informal acarreta um risco muito elevado e imune de controle efetivo de ser proferida uma condenação errônea (falso positivo), razão pela qual se conclui que esse meio de prova, *per si*, não é suficiente para comprovar os “indícios suficientes de autoria” exigidos para a prolação da pronúncia.

O reconhecimento informal, por si só, é suficiente para atingir o padrão de corroboração mínimo exigido em relação à autoria para a aplicação de medidas cautelares pessoais diversas da prisão, dispostas no art. 319 do Código de Processo Penal brasileiro (Brasil, 1941), desde que sejam necessárias e adequadas. Como referidas medidas apenas restringem a liberdade ou outros direitos, eventual erro epistêmico poderá ensejar a reversibilidade.

Por fim, a decisão que decreta a prisão preventiva, igualmente, exige indícios suficientes de autoria, a teor do art. 312 da Lei Penal adjetiva, os quais, na linha que se sustenta neste trabalho, podem ser atingidos pelo reconhecimento informal.

Sem embargo, tendo em vista os elevados danos advindos de possível erro na decretação dessa medida cautelar extrema, uma vez que, como se sabe, a prisão cautelar possui como efeito imediato a privação do direito fundamental à liberdade



de locomoção, deve ser analisado concretamente, de forma fundamentada, se os riscos de erros do reconhecimento informal superam ou não os riscos decorrentes da não decretação da prisão, ou seja, a necessidade da prisão como a única medida adequada e suficiente.

Em algumas situações, em que medidas cautelares diversas são insuficientes, a prisão temporária — que, diferentemente da prisão preventiva, possui prazo certo de duração (cinco dias para crimes comuns e trinta para crimes hediondos, admitindo uma única prorrogação), parece ser expediente mais adequado para ser decretado quando o pedido é embasado exclusivamente em reconhecimento informal, desde que preenchidos os demais requisitos legais.

A prisão temporária possui como um dos objetivos a colheita de elementos de provas, podendo-se, assim, aliar a necessidade da restrição temporária da liberdade de locomoção para produzir provas e apurar a prática delitiva com a limitação temporal dos riscos de erro decorrentes de uma medida aplicada somente com base em reconhecimento com menor grau de fiabilidade. Não sendo colhidas outras provas para corroboração do reconhecimento durante o prazo da referida prisão, esta perde sua eficácia; produzidas outras provas relevantes e fiáveis, abre-se a possibilidade da conversão em prisão preventiva, se esta for necessária e forem satisfeitos os requisitos e fundamentos legais, para instrumentalizar a eficácia do processo penal e também —[...] a tutela do direito material” (Dezem, 2020, p. 849).

### 5.3 Reconhecimento informal e provas derivadas

Imagine-se a seguinte situação: a vítima de um roubo aciona a polícia e narra que acabara de ter o seu telefone celular subtraído, e que o autor do fato exerceu ameaça com emprego de arma de fogo. Diante disso, os policiais mostram-lhe fotografia de um suspeito conhecido no meio policial por atuar em crimes da mesma espécie na região em que o fato se deu, sendo realizado o reconhecimento sem nenhuma observância do rito legal. A vítima responde que reconhece o suspeito como autor do crime, diante do que a polícia, sabendo do local em que o suspeito costumeiramente vende os pertences para receptadores, desloca-se para essa direção e o avista na via pública, caminhando normalmente, razão pela qual realiza busca pessoal e, finalmente, encontra em seu poder o aparelho telefônico subtraído e a arma utilizada no crime. O suspeito é preso em flagrante, vem a confessar a

prática delitiva tanto na fase investigativa como em juízo e, no bojo da ação penal, é condenado pela prática do crime de roubo.

Nesse caso hipotético, se se considera que o reconhecimento pessoal, da forma como realizado, é absolutamente inadmissível — igualando-o à categoria das provas ilícitas —, a busca pessoal empreendida a partir dele também padece do mesmo vício, tal qual a confissão, resultando na inadmissibilidade de todas as provas.

Chegar-se-ia ao mesmo termo se, durante a investigação, fosse deferida, por meio de decisão judicial calcada em reconhecimento informal, busca domiciliar, e na residência do suspeito fossem encontradas provas da materialidade e da autoria; ou se fosse determinada interceptação telefônica ou quebra de sigilo bancário ou fiscal e fossem colhidas provas da autoria e materialidade do delito. E, ainda que houvesse confissão do autor do fato, se esta ocorresse diante da colheita de provas contaminadas, seria igualmente inadmissível, consoante o entendimento jurisprudencial alhures mencionado.

Contudo, não parece ser essa a melhor compreensão do tema.

Conforme se buscou demonstrar, por força da sua natureza jurídica (meio de prova), a violação das regras do procedimento de reconhecimento não ocasiona sua ilicitude — esta somente reservada para os meios de obtenção de prova que tutelam direitos fundamentais cuja flexibilização é ínsita à produção do elemento de prova. O reconhecimento informal, portanto, pode gozar de algum grau de credibilidade probatória.

Portanto, para resolver situações como as elencadas, deve-se situar as respostas no campo da valoração probatória, a fim de aferir se o grau de exigência de comprovação foi atingido e se há desvinculação do vício de confiabilidade que acomete o reconhecimento realizado em desacordo com o rito legal.

No caso hipotético apresentado (inspirado em muitos casos reais), tanto a busca pessoal como a domiciliar exigem somente “fundadas suspeitas” e “fundadas razões”, respectivamente, nos termos do art. 240, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Penal (Brasil, 1941).

Ao contrário da sentença condenatória, cujo crivo probatório deve ser pautado por elevado grau de probabilidade, a busca e apreensão é extremamente menos exigente quanto ao *standard* probatório, que pode ser facilmente atingido pelo reconhecimento informal.

O mesmo ocorre quanto à decisão que defere interceptação das comunicações telefônicas ou determina a quebra de sigilo telefônico, bancário ou fiscal, sendo suficientes, para tanto, meros indícios de materialidade e autoria.

Se assim não fosse, criar-se-ia um paradoxo, pois se exigiria, no limiar da investigação, elevada carga probatória, própria da fase de sentença, para realizar diligências que possuem a finalidade de angariar fontes e elementos de provas da materialidade e autoria de crimes.

No caso do reconhecimento realizado sem observância do rito legal, não se pode desprezar por completo as informações que dele decorrem. Malgrado não goze da mesma confiabilidade do reconhecimento formal, realizado em consonância com as prescrições legais, certamente é suficiente para preencher o *standard* da busca domiciliar ou pessoal, ou para levantar o sigilo telefônico, bancário ou fiscal.

Conseqüentemente, as provas porventura angariadas a partir dessas decisões são válidas e devem ser valoradas, inclusive, para fins de condenação criminal, pois esta já não estará fundada no reconhecimento informal, mas sim em outros elementos de prova validamente produzidos e sem afetação da qualidade probatória, o que, quando não afasta, diminui o risco de erro inerente ao reconhecimento informal.

Sem embargo disso, há que se distinguir as provas derivadas que não são contaminadas pela baixa fiabilidade do reconhecimento informal daquelas que irremediavelmente padecem do mesmo defeito de qualidade.

A título de ilustração do primeiro caso, pode-se concluir que não há comunicabilidade do menor grau de confiabilidade que permeia o reconhecimento informal às fontes de provas colhidas durante buscas na residência do autor do fato ou na colheita de informações abarcadas por sigilo telefônico, bancário ou fiscal. Em tais situações, o reconhecimento serve como elemento válido e relevante para atingir o grau de corroboração exigido para a decisão que culminou em novas e derivadas fontes de provas, sendo, portanto, juridicamente válida a colheita de provas decorrentes desse crivo. Além disso, as informações sobre os fatos que se situam nas provas derivadas não são contaminadas pelo reconhecimento informal, pois este não exerce qualquer reflexo negativo da fiabilidade da conversa telefônica interceptada em que o suspeito admite que cometeu o crime ou na apreensão da *res furtiva* na residência do suspeito.

Por outro vértice, se a vítima ou a testemunha realizaram um reconhecimento informal, não é possível, a partir disso, deferir a realização de um novo reconhecimento, ainda que venha a ser realizado com estrita observância do rito legal.

Nessa situação, o segundo reconhecimento (formal) não possui o condão de eliminar o risco de erro decorrente do primeiro (informal), sendo este, pelo contrário, potencializado diante da elevada sugestionabilidade advinda do reconhecimento informal. Ocorre que, ao realizar novo reconhecimento, ainda que em total observância ao rito legal, este pode ocorrer por familiaridade, e não por ser condizente com a memória do reconhecedor, sendo latente o risco de uma condenação errônea (Manzanero, 2021, p. 151).

Portanto, nessas circunstâncias, diante da contaminação epistêmica que o reconhecimento informal pode gerar na realização do novo reconhecimento, desencadeando liame negativo de fiabilidade e elevada possibilidade de falso positivo, tendo em vista a impossibilidade de realizar controle objetivo da valoração da prova, a realização de novo reconhecimento é inadmissível, por não ser útil e relevante ao objetivo institucional probatório de estabelecer a verdade fática correspondente aos enunciados sobre fatos apresentados no processo, bem como porque não permite —[...]fundar (direta ou indiretamente) inferências sobre a confiabilidade de outra prova [...]” (Ferrer-Beltrán, 2021a, p. 132).

A partir disso, infere-se que, para ser utilizado para o deferimento de medidas persecutórias tendentes e produzir novas provas e propiciar a admissibilidade das provas derivadas, o reconhecimento informal deve passar por um duplo grau de admissibilidade: jurídico e epistêmico.

O primeiro é preenchido pela razão de o reconhecimento informal não ser uma prova ilícita, sendo, pois, juridicamente admissível, já que, como visto, a não observância do procedimento legal não o expurga do acervo probatório e tampouco retira a sua natureza de prova, em sua concepção ampla, tratada anteriormente.

Já o segundo requer, por um lado, um juízo positivo de suficiência e aptidão do reconhecimento informal para preencher o *standard* exigido pela decisão judicial de produção de novas provas e, por outro, relevância epistêmica superveniente e independente da prova derivada do reconhecimento informal, a fim de que esta possa corroborá-lo, elevando, portanto, a qualidade e diversidade do acervo

probatório, com possibilidade de superação do vício de confiabilidade ínsito ao reconhecimento.

Destarte, são estabelecidos critérios intersubjetivos para a utilização do reconhecimento informal como prova, evitando-se, a um só tempo, elevação de riscos de condenações e de absolvições errôneas, pois se evita sacrificar o valor epistêmico de elementos de informação que, embora sozinhos tenham baixa confiabilidade e eficácia probatória, quando unidos a outras provas — inclusive as derivadas — permitem galgar a satisfação de estândares mais elevados.

## 6 CONCLUSÃO

No presente trabalho, verificou-se que a jurisprudência atual dos Tribunais Superiores confere às provas decorrentes do reconhecimento informal o mesmo tratamento de inadmissibilidade disciplinado para as provas ilícitas, embora não possuam a mesma natureza jurídica.

A partir disso, buscou-se analisar a (in)admissibilidade do reconhecimento realizado sem a observância do procedimento legal, inclusive no que diz respeito às provas dele decorrentes.

Concluiu-se pela possibilidade de juízo positivo de admissibilidade do reconhecimento informal e das provas decorrentes, desde que se satisfaça o *standard* de prova exigido para cada etapa da persecução em que o reconhecimento informal é utilizado e que as provas que o sucedem possuam relevância epistêmica superveniente e independente.

## REFERÊNCIAS

- ABELLÁN, Marina Gascón. *Los hechos em el derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- AUILO, Rafael Stefanini. *A valoração judicial da prova no direito brasileiro*. São Paulo: Juspodivm, 2021.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília-DF, 25 jul. 1996. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9296.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm). Acesso em: set. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: set. 2024.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2024a.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2024b.

BRASIL. Presidente da República. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro-RJ, 13 out. 1941, retificado em 24 out. 1941. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Agravo Regimental no Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 721.963/SP. Agravo regimental em agravo regimental em *habeas corpus*. Roubo majorado. Violação do art. 226 do CPP. Tese de nulidade. Inobservância do procedimento de reconhecimento pessoal. [...]. Agravante: E.F.P.A. (preso). Agravado: Ministério Público Federal. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 19 de abril de 2022. Brasília-DF, *DJe*, nº 3.412, 13 jun. 2022a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 730.232/SP. Agravo regimental no *habeas corpus*. Roubo. Reconhecimento de pessoas. Inobservância do procedimento previsto no art. 226 do CPP. [...]. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: G.B.S. (preso). Interessado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, 19 de dezembro de 2022. Brasília-DF, *DJe*, 21 dez. 2022b. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/?documento\\_tipo=integra&documento\\_sequencial=174187562&registro\\_numero=202200776832&publicacao\\_data=20221221&peticao\\_numero=202200892565](https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=174187562&registro_numero=202200776832&publicacao_data=20221221&peticao_numero=202200892565). Acesso em: 17 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Habeas Corpus* nº 598.886/SC. *Habeas corpus*. Roubo majorado. Reconhecimento fotográfico de pessoa realizado na fase do inquérito policial. Inobservância do procedimento previsto no art. 226 do CPP. [...]. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Paciente: V.S.G. (preso). Paciente: I.T.F. (preso) Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, 27 de outubro de 2020. Disponível em:



<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/27102020%20HC598886-SC.pdf>. Acesso em: 17 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Habeas Corpus* nº 712.781/RJ. Habeas corpus. Roubo majorado e corrupção de menores. Reconhecimento fotográfico de pessoa realizado na fase do inquérito policial. Inobservância do procedimento previsto no art. 226 do CPP. [...]. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Paciente: W.C.S. (preso). Interessado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator Min. Rogério Schietti Cruz, 15 de março de 2022. Brasília-DF, DJe, 22 mar. 2022c. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/HC%20712781%2017032022.pdf>. Acesso em: set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 215.160/SP*. Agravo Regimental no *Habeas Corpus*. Crime de extorsão. Writ sucedâneo de recurso ou revisão criminal. Reconhecimento fotográfico. Nulidade. Inocorrência. Ratificação em juízo. [...]. Agravante: D.A.S. Agravado: Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Min. Rosa Weber, 13 de junho de 2022d. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=761342987>. Acesso em: set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 206.846/SP*. Recurso ordinário no *habeas corpus*. Conhecimento. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite o manejo excepcional do *habeas corpus* como substitutivo de revisão criminal, em casos de manifesta ilegalidade. Condenação fundamentada exclusivamente no reconhecimento fotográfico, embora renovado em Juízo, ambos em desacordo com o regime procedimental previsto no art. 226 do CPP. [...]. Recorrente: R.R.S. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes, 22 de fevereiro de 2022e. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=760929630>. Acesso em: set. 2024.

CAMPOS, Walfredo Cunha. *Tribunal do Júri: teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 2015.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

FERRER-BELTRÁN, Jordi. Uma concepção minimalista e garantista da presunção de inocência. Tradução de Janaina Matida. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 149-182, jan./abr. 2018.

FERRER-BELTRÁN, Jordi; VÁZQUEZ, Carmem. *Del Derecho al razonamiento probatório*. Madrid: Marcial Pons, 2020.

FERRER-BELTRÁN, Jordi; VÁZQUEZ, Carmem. *Prueba sin convicción: estándares de prueba y debido proceso*. Madrid: Marcial Pons, 2021a.



FERRER-BELTRÁN, Jordi; VÁZQUEZ, Carmem. *Valoração racional da prova*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Salvador: Editora JusPodivm, 2021b.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2020.

MANZANERO, Antonio L. *Psicología del testimonio*. Madrid: Ediciones Pirámide, 2021.

MAZZONI, Giuliana. *Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*. Madrid: Editorial Trotta, 2021.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PACELLI, Eugenio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2017.

PEIXOTO, Ravi. *Standards probatórios no Direito Processual brasileiro*. São Paulo: Juspodivm, 2021.

RAMOS, Vitor de Paula. *Prova testemunha: do subjetivismo ao objetivismo*. Salvador: Juspodivm, 2022.

TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

VÁZQUEZ, Carmem. *Prova pericial: da prova científica à prova pericial*. São Paulo: Juspodivm, 2021.