

EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA RELATORA DA
REVISÃO CRIMINAL Nº 0069552-52.2020.8.19.0000 EM TRÂMITE NO
E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
(Des. SUELY LOPES MAGALHÃES)

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA - MÁRCIO THOMAZ BASTOS
(IDDD), organização da sociedade civil de interesse público, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 03.983.611-0001-95, com sede na Capital do Estado de São Paulo, na Av. Liberdade, 65, cj. 1.101, neste ato representado pelos Presidentes de sua Diretoria e do Conselho Deliberativo, por seu diretor de litigância estratégica (docs. 1 e 2), por associados membros do grupo de litigância estratégica e por sua assessora de litigância estratégica (doc. 3), todos advogados inscritos na OAB/SP, BA, RJ e MG, com fundamento nos arts. 138 e 950, § 3º, do Código de Processo Civil, vem requerer sua admissão como *amicus curiae* na revisão criminal em epígrafe, expondo adiante as razões pelas quais entende que a ação deve ser provida.

I – O TEMA DA REVISÃO, O IDDD E A ADMISSÃO DO INSTITUTO COMO *AMICUS CURIAE*

A condenação e a prisão de ÂNGELO GUSTAVO, embora pareçam advir de apenas mais um caso de crime patrimonial em que prevaleceu a palavra da vítima, são na verdade emblemas de um sistema que hoje nada faz para impedir o erro judiciário. Por isso mesmo, as condenações que têm como supedâneo central os reconhecimentos fotográficos têm gerado profundas discussões nos Tribunais pátrios, sejam eles embasados em fotografias publicadas em redes sociais e mesmo quando há “ratificação” em Juízo.

No caso concreto, a mera leitura da sentença condenatória mostra que o reconhecimento foi e ainda é a *estrela* do processo. Na delegacia, a primeira aparição de ÂNGELO GUSTAVO no feito ocorreu em razão seu reconhecimento, realizado pela vítima **ao consultar fotos em um perfil de rede social**. Nisso se resumiu toda a investigação (ou a não investigação, em termos mais precisos): o reconhecimento literalmente produzido pela vítima sem respeito a nenhuma espécie de protocolo ou liturgia. E com isso (e apenas isso) o crime foi dado por “solucionado”; o reconhecido foi prontamente indiciado; o inquérito encerrado e incluído nas estatísticas de sucesso policial.

A contradição e falta de lógica são gritantes: o *status* de “rei das provas” dado ao reconhecimento, no qual a polícia e o Judiciário tanto se baseiam para sustentar a solução de crimes, é diametralmente oposto ao descaso e ilegalidade que usualmente marcam a forma como essa (única) diligência costuma ser (e foi aqui) tratada.

O reconhecimento de ÂNGELO GUSTAVO foi aceito em Juízo, referendado e convalidado de forma acrítica. Justamente **onde o erro poderia e deveria ter sido visto**

e rechaçado, ele foi consolidado. Mais: a ratificação judicial concedeu ao erro uma espécie de purgação, como se o brasão do Poder Judiciário fosse suficiente a purificar a condenação de um inocente (ou mesmo se culpado fosse, pois o devido processo legal é inegociável).

A uma, é certo que o art. 226 do CPP não foi respeitado, o que é suficiente para invalidar a certeza de autoria. A duas, por várias razões – técnicas e científicas – a convalidação de tal prova não serve para torná-la segura, nem de longe. Não com os rigores indispensáveis para superar a presunção de inocência e evitar a prisão de inocentes.

O tema das provas e, sobretudo, do reconhecimento, tem especial importância para o INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA e casos como o de ÂNGELO GUSTAVO o mobilizam desde a sua fundação, em 2000.

O IDDD é organização não governamental cujo objetivo institucional é a “defesa do direito de defesa, em sua dimensão mais ampla” (art. 3º de seu Estatuto, doc. 3). Para consecução da citada finalidade social, por meio também de sua atuação em litigância estratégica, o peticionário busca “difundir e fortalecer, por todos os meios ao seu alcance, a noção de que a defesa constitui um direito do cidadão, contribuindo para a conscientização da população quanto ao significado prático das garantias penais e processuais do art. 5º da Constituição Federal, tais como presunção de inocência, o contraditório e o devido processo legal” (doc. X).

Desde sua fundação em 2000, o requerente desenvolve diversos projetos ligados ao direito de defesa e ao devido processo legal, como a organização de diversos mutirões carcerários, a celebração de convênios e parcerias com Defensorias Públicas e variadas

entidades¹. E desde 2018, o IDDD também desenvolve o projeto PROVA SOB SUSPEITA, que se debruça sobre a precariedade e invalidade das provas admitidas pelo Poder Judiciário no sistema de justiça criminal, diante do rotineiro desrespeito aos direitos e garantias individuais advindo de práticas institucionais das polícias e da justiça brasileiras². O projeto, portanto, volta-se a combater a utilização indiscriminada de indícios coletados sem respeito às regras constitucionais e legais, e até mesmo epistemológicas, e que, usualmente, tornam-se o principal ou mesmo único fundamento de condenações criminais.

Com o PROVA SOB SUSPEITA, o IDDD pretende incidir no sistema de Justiça, para reduzir consideravelmente as chances de condenações ilegais e, portanto, injustas.

Os processos criminais partem mais frequentemente de abordagens policiais do que de trabalhos de investigação e descoberta. Não se trata de mera análise sobre o início dos procedimentos, mas do alcance que essa realidade tem no desfecho das ações penais: as condenações são muitas vezes impostas com base em elementos frágeis, em especial os dependentes da memória, comprovadamente falha. Em boa parte dos casos, a testemunha é o agente policial, o mesmo que pratica abordagens discriminatórias, impulsionadas por racismo estrutural; noutra, igualmente relevante, está o reconhecimento pessoal feito sem nenhum respeito ao art. 226 do Código de Processo Penal, que estabelece parâmetros que, conquanto já obsoletos, são o mínimo exigível em processo penal.

¹. Cf. https://iddd.org.br/?post_type=projetos

². Cf. <https://iddd.org.br/projetos/prova-sob-suspeita/> e <http://www.provasobsuspeita.org.br/> (doc. 4).

Por diferentes frentes de atuação como litigância estratégica, *advocacy* e formação, o PROVA SOB SUSPEITA quer contribuir para transformar o sistema de Justiça, auxiliando na criação de condições para minimizar condenações arbitrárias.

Por meio de litígio estratégico em cortes nacionais e internacionais, a iniciativa busca alterar a jurisprudência em temas como: a validade inconteste do testemunho policial; prisões decorrentes de abordagens discriminatórias³ e reconhecimento pessoal de suspeitos sem observância da lei. O último é o exato objeto da presente revisão criminal, com cuja discussão o peticionário tem muito a contribuir.

Na frente de *advocacy*, o PROVA SOB SUSPEITA acompanha projetos de lei e atividade parlamentar, impulsionando avanços e evitando retrocessos, propondo ainda a criação de protocolos para reconhecimento e tomada de testemunhos. Quanto à formação, o projeto discute com advogados, defensores públicos e pesquisadores a elaboração e aplicação de teses institucionais para o exercício de defesa efetiva e para a compreensão de que uma atividade probatória racional é condição necessária a um sistema de justiça democrático, que não ceda ao decisionismo.

De maneira ampla, a iniciativa visa melhorar a qualidade das provas e das sentenças a partir do direito, mas também da Psicologia do Testemunho. E, nesse âmbito, o debate em torno da validade e valor do reconhecimento fotográfico, cerne da presente discussão, tem inegável importância.

³. Tema recentemente discutido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em processo no qual o IDDD foi admitido como *amicus curiae* e no qual o Estado da Argentina foi condenado em virtude de abordagens policiais ilegais (Caso 12.315 - Alberto Fernández Prieto & Carlos Alejandro Tumbeiro vs. Argentina).

No horizonte que impulsiona o PROVA SOB SUSPEITA, em seus diversos âmbitos de atuação, está o desenvolvimento de uma cultura jurídica que respeite a forma e valorize a maior correspondência possível entre prova e realidade dos fatos, bem como a consciência de que fato e alegação sobre os fatos não se confundem.

Nesse estudo, o conflito entre os problemas que cercam a memória humana, de testemunhas e vítimas, e a credibilidade epistêmica que essas provas historicamente recebem dos julgadores têm merecido especial atenção. A aceitação de indícios frágeis e tantas vezes contrários aos direitos e garantias individuais para sustentar condenações ultrapassa os limites subjetivos da causa, o que legitima a atuação do amigo da Corte.

Ao tomar conhecimento da presente revisão, em tema tão importante ao seu escopo e a seus projetos atuais, o IDDD se apresenta a esse E. Tribunal de Justiça requerendo sua admissão como *amicus curiae*, possibilidade que decorre diretamente dos arts 138 e 950, § 3º, do Código de Processo Civil. Seu objetivo é contribuir para o debate das questões em julgamento sob o viés das garantias constitucionais da ampla defesa, do devido processo legal e da presunção de inocência, questões que se identificam com a finalidade social do Instituto.

Não há dúvidas de que o peticionário pode contribuir, e muito, ao debate colocado nos presentes autos. Seja pela importância do tema trazido na presente ação; por se tratar de matéria à qual se dedica com afinco, com projeto de estudo e ações específicas que já duram mais de dois anos; ou pelo valor da contribuição que o *amicus curiae* traz às questões jurisprudenciais mais tormentosas, como amplamente reconhecido.

O eminente Min. GILMAR MENDES já destacou ser “evidente (...) que essa fórmula procedimental constitui um excelente instrumento de informação para a Corte Suprema.

Não há dúvida, outrossim, de que a participação de diferentes grupos em processos judiciais de grande significado para toda a sociedade cumpre uma função de integração extremamente relevante no Estado de Direito”. E, por fim, concluiu que “a admissão de *amicus curiae* confere ao processo um colorido diferenciado, emprestando-lhe caráter pluralista e aberto, fundamental para o reconhecimento de direitos e a realização de garantias constitucionais em um Estado Democrático de Direito”⁴.

A representatividade do Requerente está clara nas diversas oportunidades em que já foi admitido como *amicus curiae*, especialmente pela C. Corte Suprema⁵ e pelo E. Superior Tribunal de Justiça – inclusive no HC 598.886, recentemente julgado e que também teve como alvo central o reconhecimento fotográfico no processo penal⁶.

Por fim, trate-se com clareza da questão da tempestividade do pleito ora apresentado. CÁSSIO SCARPINELLA BUENO ensina que “a maior parte da doutrina tende a um entendimento amplo da questão, pugnando pela admissão do *amicus* a qualquer tempo, desde que antes do início do julgamento”⁷.

Não custa anotar que o critério adotado quanto ao momento da apresentação do requerimento da intervenção do *amicus curiae*, se antes teve por parâmetro um

⁴. STF, ADI 2548/PR, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe 24.10.2005.

⁵. Cf. julgamentos da Proposta de Súmula Vinculante nº 1 (Pleno, rel. Min. MENEZES DIREITO, j. em 2.2.2009, cf. voto Min. MARCO AURÉLIO, p. 37, DJe 6.6.2007), do HC 85.969 (1ª T., rel. Min. MARCO AURÉLIO, j. em 4.9.2007, p. 384, DJe 14.9.2007) e, na ADI 4.163, às vésperas do julgamento da referida ação direta, em 24.2.2012, o eminente Min. CEZAR PELUSO, ainda que rejeitando a admissão do Instituto como “amigo da Corte” por entender ter sido o pedido formulado a destempo, ressaltou estar “demonstrada a capacidade [do IDDD] de contribuir para o debate da matéria” (DJe 29.2.2012).

⁶. Valendo ainda menção do Incidente de Inconstitucionalidade em *habeas corpus* n. 239.363/PR, de relatoria do eminente Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, e que tratou da inconstitucionalidade do preceito secundário do crime previsto no art. 273, § 1º-B do Código Penal, por violação ao disposto no art. 5º, incs. XLVI e LIV, ambos da Carta da República

⁷. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro*, 3ª ed., Saraiva, 2012, p. 171, grifamos.

dispositivo vetado que o limitava (art. 7º, § 1º, da Lei nº 9.868/1999), hoje deve levar em conta a nova disciplina do instituto trazida pelo art. 138 do CPC, que alarga as hipóteses de cabimento⁸.

Diante da importância e do alcance do tema objeto da presente ação revisional, é certo que o IDDD poderá, se admitido, trazer para o julgamento o viés do Direito de Defesa, da advocacia criminal e, sobretudo, do que a ciência tem a nos ensinar sobre o reconhecimento de pessoas. Assim, uma vez preenchidos os requisitos legais de relevância da matéria e representatividade adequada e sendo essa intervenção “um excelente instrumento de informação para a Corte Suprema”⁹, ela há de ser admitida a qualquer momento, tomando o interveniente o processo no estado em que se encontra.

Pois, de fato, o feito que ora será decidido mostra cenário mais que oportuno para se tratar dos *contornos epistemológicos e garantistas* que o reconhecimento de pessoas merece ter no Estado Democrático de Direito – não mais servindo, vale dizer, como porta aberta à seletividade penal que encarcera preferencialmente negros e pobres¹⁰. Isso porque, não é demais dizer, as já importantes mudanças de tratamento que a decisão HC n. 598.886 conferiu ao reconhecimento requerem continuidade e merecem ser aceitas e incorporadas pela jurisprudência dos Tribunais de Apelação, como é o caso dessa C. Corte, e, principalmente, pelos magistrados de primeiro grau.

II – QUESTÕES SOBRE O RECONHECIMENTO NO PROCESSO PENAL

⁸. Cf., nesse sentido, NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, em *Comentários ao Código de Processo Civil – Novo CPC – Lei 13.105/2015*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015, pp. 576-577.

⁹. Decisão proferida na ADPF 97, em 1º de fevereiro de 2007.

¹⁰ Preto/as e pardo/as compõem cerca de 52,7% da população carcerária segundo dados do Infopen relativos a jun/2020. Ainda é preciso destacar a falta de informações quanto à raça de 20,4% dos custodiados. Acesso por: <https://bit.ly/3fh2SFb>

“Minha raça tem um álbum” – a frase, com sua simplicidade, traz à luz uma realidade, confortavelmente, mantida nos porões.

A forma de “solucionar” crimes no Brasil é bem conhecida e se baseia em conta nada aritmética ou lógica: **pouca ou nenhuma investigação, mas resultados rápidos ou imediatos**. Essa conta, por óbvio, não “fecha”. E o erro, aqui, não é matemático, mas ético: a inegável quantidade de condenações equivocadas que, muitas vezes, se originam em inquéritos vazios e se baseiam nos erros que, em regra, caracterizam o arbitrário tirocínio policial, como se alguém pudesse ser condenado com base em intuição.

Outras realidades também são bem conhecidas e têm por base números e estatísticas: a população alvo dessas investigações quase instantâneas é formada, em sua grossa maioria, por negros e pobres (basta analisar os números do sistema carcerário, onde preto/as e pardo/as compõem cerca de 52,7% da população carcerária)¹¹. Outro dado: o reconhecimento está entre as provas que mais embasam erros judiciais (segundo levantamento feito pelo INNOCENCE PROJECT, cerca de 69% dos erros judiciários identificados têm como cerne reconhecimentos indevidos¹²).

Não é à toa que a leitura que se faz sobre as formalidades do art. 226 do CPP sofreu importante mudança de rumo em 2020: no julgamento do HC 598.886/SC pela 6ª Turma do E. Superior Tribunal de Justiça, já tido como paradigmático, o Relator, Min. ROGÉRIO SCHIETTI, trouxe profunda análise sobre o que determina referido texto legal e sobre ações penais idênticas àquela na qual ÂNGELO GUSTAVO foi condenado e preso.

¹¹. Segundo dados do Infopen relativos a jun/2020. Ainda é preciso destacar a falta de informações quanto à raça de 20,4% dos custodiados. Acesso por: <https://bit.ly/3fh2SFb>

¹². Cf. <https://innocenceproject.org/eyewitness-identification-reform/>

O presente caso encontra exata correspondência na situação descrita pelo Min. SCHIETTI. Aliás, o alerta então consignado tem, aqui, especial significado: “De nada, porém, servirá esta decisão se continuarem os órgãos de persecução penal – e o próprio Poder Judiciário – a coonestarem essa prática investigatória dissociada do modelo legal e constitucional de **um processo penal minimamente ético em seu proceder e cientificamente exercitado** por seus protagonistas”. E, ainda:

“O **problema maior** se verifica quando o reconhecimento viciado, pessoal ou fotográfico – feito, neste último caso, em desacordo com o procedimento positivado no art. 226 do CPP e quase sempre a partir de fotos extraídas de álbuns policiais (fotos de rosto ou busto) ou encontradas em redes sociais – acaba sendo ‘ratificado’ em juízo pelo reconhecedor e é utilizado na sentença condenatória como argumento suficiente para a prova da autoria delitiva, mesmo sem o amparo de outras provas independentes e idôneas a tal fim”¹³.

Trata-se de marco jurisprudencial de inegável relevância, tanto assim que, ao final do voto, restou determinado o envio daquela decisão “aos Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais”.

O objetivo evidente é impedir ou ao menos evitar condenações errôneas. E, ao fim e ao cabo, é esse o objetivo de todos os operadores do direito e de todo o sistema recursal (no qual está inserida a revisão interposta por ÂNGELO GUSTAVO). E, de fato, ali foi consignado muito do que há tempos era imperioso: para evitar o erro, o reconhecimento requer a observância das formalidades do art. 226 do CPP como condição necessária. Esse é o mínimo.

¹³. HC nº 598.886/SC. Sexta Turma do STJ. Relator: Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ. j. 27.10.2020.

Contudo, quando tal não é cumprido, a ratificação em Juízo de algo que é produzido sem os mínimos padrões epistemológicos não basta para sua acrítica convalidação. A questão é mais ampla do que uma mera fila de fotos ou suspeitos. É preciso rever o procedimento que vem servindo para condenar tantos de forma injusta.

a) Reconhecimento fotográfico por redes sociais e a ausência da foto nos autos

No presente caso, os dois procedimentos de reconhecimento – alheios às formalidades do art. 226 do CPP – constituem o grande e exclusivo pilar da condenação de ÂNGELO GUSTAVO.

Na fase inquisitorial, utilizou-se uma fotografia que, de acordo com o declarado pela vítima, teria sido encontrada em “páginas de redes sociais” (fls. 23 – Ação Penal 0045151-59.2015.8.19.0001). Em verdade, a página do perfil do corréu em rede social foi exibida para a vítima pela polícia e o policial chamou atenção para uma fotografia posterior à data dos fatos. Daí porque a vítima declarou em Juízo: “Dessa forma eles [a Polícia] foram construindo a lógica e eu só fiz o papel de reconhecer” (mídia de fls. 307, autos 0045151-59.2015.8.19.0001).

Disso se vê que tudo o que cerca o uso dessa imagem deveria ter colocado este elemento probatório em dúvida.

A começar porque o reconhecimento fotográfico, quando realizado sem os devidos cuidados (legais, científicos, epistemológicos), é suficiente para também lançar dúvidas sérias e concretas sobre o posterior reconhecimento pessoal.

Não bastasse, nenhum dos (poucos) cuidados legais foram seguidos. Não há registro de prévia descrição das características físicas pela vítima de quem lhe havia assaltado. No “auto de reconhecimento de pessoa”, a alegada “impossibilidade de cumprir o quanto previsto no inciso II” do artigo 226 do CPP não está acompanhada de qualquer justificativa ou explicação concreta.

Não há elemento algum que assegure a higidez desse alegado reconhecimento fotográfico. Nem sequer a foto utilizada!

A tal fotografia, selecionada entre tantas presentes em uma rede social, nunca foi apresentada, não existe no processo! E ainda assim o reconhecimento de uma foto que não está nos autos foi suficiente para iniciar uma ação penal.

Com efeito, embora a sentença e o acórdão condenatórios afirmem ter ocorrido um reconhecimento fotográfico na fase inquisitorial, por meio de foto extraída do *Instagram*, não há nos autos foto alguma, o que é um completo despautério.

Afinal, a ausência impossibilita o próprio exercício da defesa, ainda que longe da amplitude prevista na Constituição. É absolutamente impossível confrontar as declarações incriminatórias, pois, por exemplo, não há como saber se referida imagem foi de alguma forma alterada digitalmente (com o uso cada vez mais comum de “filtros”). Também não se pode perquirir a cadeia de custódia dessa fotografia.

Para além do direito de escrutínio da prova, é assombroso notar que o Juízo convalidou um reconhecimento com base em fotografia que sequer estava nos autos. E o fez ***igualmente em violação às formalidades do art. 226, do CPP.***

A tentativa de repetir o reconhecimento – que antes já estava irremediavelmente contaminado – também não seguiu as exigências legais. Nos autos da ação penal não é possível localizar, por exemplo, a prévia colheita de descrição das características físicas. Também não há registro de alinhamento de diversos indivíduos com características semelhantes, havendo menção a apenas mais uma pessoa (insuficiente para dar confiabilidade àquela prova).

E, ainda assim, são esses dois arremedos de reconhecimento – que de técnicos, científicos ou lícitos não têm absolutamente nada – que sustentam a sentença. No raciocínio que constrói tantas condenações equivocadas, a vítima teria reconhecido o acusado não uma, mas duas vezes – o que mais se poderia pedir? Por que exigir formalidades, regras e técnicas que, quiçá, poderiam gerar dúvida ou mesmo impedir esse reconhecimento positivo?

Até o momento, ninguém deu a devida importância às exigências legais (tampouco fixou consequências para seu descumprimento). Apenas se cuidou de pavimentar o caminho do drástico resultado da condenação indevida.

Nesse aspecto, diversas fontes de pesquisa e o direito comparado trazem importantes considerações.

O sistema de justiça australiano provavelmente é, em todo o mundo, um dos que mais tem se ocupado da discussão sobre a confiabilidade dos reconhecimentos feitos pelo *Facebook* e dos chamados reconhecimentos pós-*Facebook*. PAUL MCGORRERY, pesquisador da *Deakin University*, discorre sobre como as buscas dirigidas à identificação de suspeitos via *Facebook* — feitas pelas vítimas ou testemunhas antes que procedimentos formais de identificação sejam realizados — podem tornar as

identificações subsequentes não fiáveis e, assim, inadmissíveis. O que, por sua vez, se dá em razão do chamado “*displacement effect*” (efeito deslocamento ou transferência)¹⁴.

MCGORRERY explica que os “Reconhecimentos pelo *Facebook* (testemunha fazendo busca pelo *Facebook*) não são em si fiáveis, pois têm lugar sob circunstâncias sem nenhum tipo de salvaguarda usualmente observadas durante procedimentos formais de identificação. Reconhecimentos feitos após a identificação pelo *Facebook* (procedimentos formais realizados depois que a testemunha realizou a busca nas redes sociais) também são potencialmente infiáveis em razão do risco exacerbado de ocorrer o efeito deslocamento”¹⁵.

Ainda sobre a falta de higidez das identificações feitas por buscas em redes sociais, um dos casos mais emblemáticos na justiça australiana foi *Strauss v. Police* (*Strauss v Police* [2013] SASC 3; 115 SASR 90), julgado em 2013 pela *South Australia Supreme Court*.

Na ocasião, a Corte assentou a posição de que o reconhecimento feito pelo *Facebook* não é prova confiável em razão da soma de várias circunstâncias, dentre as quais: (i) a ausência de espontaneidade em tais identificações, normalmente feitas de forma calculada, esperada e direcionada (“*studied, expected and direct*”), pois a testemunha *objetiva* uma identificação positiva e nutre inerente expectativa nesse sentido, o que produz evidente viés de confirmação; (ii) a falta de prévia descrição do autor do crime, de forma a impedir a comparação *a posteriori* com as características da pessoa reconhecida; e (iii) a inexistência de procedimento formal de reconhecimento

¹⁴. MCGORRERY, Paul. 'But I Was So Sure It Was Him': How Facebook Could Be Making Eyewitness Identifications Unreliable. *Internet Law Bulletin*, 2016, p. 255-258.

¹⁵. *Idem*, p. 256, tradução livre.

após a identificação via *Facebook*, exatamente o caso de ÂNGELO GUSTAVO, no que toca à fase inquisitorial.

Nesse passo, a Corte anulou a condenação do réu e destacou a ocorrência de “grau alto de contaminação e degradação da prova, resultando em uma possibilidade muito substancial de uma identificação incorreta”. Os perigos decorrentes das identificações feitas por meio de pesquisas nas redes sociais mereceram destaque no voto do Juiz DAVID PEEK:

“As chamadas ‘*Facebook identifications*’ não têm nenhuma das salvaguardas que normalmente acompanham um procedimento formal de identificação conduzido pela polícia. Pretensas identificações pelo Facebook em fotografias onde aparecem várias pessoas são particularmente perigosas em razão delas terem um ar sedutor e enganoso, no sentido de se tratar de uma identificação plausível, mas na verdade essas fotos raramente envolvem um grupo de pessoas com características similares às do acusado; elas sofrem do viés de destaque [*foil bias*] como discutido acima. Consequentemente, se um suspeito com características similares às do real autor do delito estiver retratado numa fotografia de um grupo em que os demais membros não compartilhem dessas características, o suspeito será provavelmente identificado pela testemunha como sendo o criminoso, no fervor do bate-papo do Facebook e da pressão do momento. O efeito deslocamento irá posteriormente apagar da memória as sutis diferenças entre o verdadeiro autor do crime e a pessoa identificada”¹⁶.

Mais recentemente, novo julgamento na Austrália trouxe outra perspectiva do tema: a **contaminação dos reconhecimentos posteriores por uma prévia identificação**

¹⁶. Conforme transcrito na obra: PETIT, Rory. Social Media identification and IMM. Disponível em: <https://criminalcpd.net.au/wp-content/uploads/2019/08/Social-media-and-IMM-Rory-Pettit-March-2019.pdf>. Último acesso em 26/11/2020, *tradução livre*, grifamos.

via redes sociais, igualmente hipótese idêntica ao caso presente, quando o reconhecimento foi “repetido” em Juízo.

Em 2015, a *District Court of South Australia* julgou o caso *Benfield* (R v BENFIELD [2015] SADC 150), concluindo pela falta de segurança do reconhecimento feito depois de identificação pelo *Facebook* (*unreliable post-Facebook identifications*) e, por consequência, pela inadmissibilidade da prova.

Para o Tribunal, o fato de o reconhecimento ter sido feito depois que a vítima já havia identificado o acusado em pesquisa feita na rede social tornou impossível descartar o risco de ocorrência do efeito deslocamento (*displacement effect*), potencializando a probabilidade de identificação errônea. Concluiu, então, que a prova em questão — a despeito de ser a única que implicava o acusado — deveria ser excluída dos autos.

De fato, exatamente como ocorreu no presente caso, a identificação por fotografia buscada em redes sociais revela-se método nada confiável de obtenção de prova, uma vez que as circunstâncias da sua produção ficam totalmente fora do controle e da possibilidade de debate em contraditório no processo.

Afinal, é impossível saber quantas fotografias foram exibidas; se as imagens eram nítidas o suficiente; se a aparência que o suspeito tinha nas fotos era compatível com as características previamente declinadas pela testemunha ou vítima (o que nem mesmo consta dos autos); se a fotografia que resultou na identificação fora tirada contemporaneamente à época do crime ou se se tratava de imagem mais atual ou muito antiga (de modo que a aparência da pessoa reconhecida estivesse ali muito diferente do que era na época em que ocorreu o fato); se as outras pessoas que também apareciam nas fotos tinham características semelhantes às do indivíduo reconhecido ou se ele era

o único que se destacava entre elas; se a roupa que o suspeito trajava na fotografia poderia, por semelhança à que a vítima vira o criminoso vestindo, causar algum tipo de sugestionamento ao ato etc.

São todas questões válidas e essenciais, que no presente caso não deveriam ter sido permitidas apenas à defesa, mas feitas antes pelo d. julgador, especialmente diante da narrativa da própria vítima.

Ao depor em Juízo, a vítima relatou como se chegou à eleição de ÂNGELO GUSTAVO a suspeito. Segundo ela, as fotografias da rede social de JOÃO CARLOS – corréu no processo, o qual teve seus documentos pessoais encontrados no interior do veículo objeto do roubo e posteriormente recuperado – foram-lhe **exibidas pelos policiais**, com a observação de se tratar de foto postada no dia seguinte ao fato. E completou expressamente: “***Dessa forma eles foram construindo a lógica e eu só fiz o papel de reconhecer***” (mídia de fls. 307, autos 0045151-59.2015.8.19.0001).

Essa afirmação da vítima em Juízo é altamente reveladora das circunstâncias com que reconhecimentos costumam ocorrer em delegacias do país. Isto é, a exibição de fotos sem qualquer cuidado, sem a observância de formalidades, acompanhada de comentários e informações que podem induzir e contaminar a memória da vítima e comprometer irremediavelmente a confiabilidade do reconhecimento tanto daquele feito naquele momento, como dos posteriores, em Juízo.

No caso em análise, as fotos retiradas das redes sociais (e não juntadas aos autos) foram selecionadas e apresentadas pela autoridade policial. Mas ainda que as redes sociais sejam uma realidade, podendo transformar-se em ferramenta de investigação, é certo que tal não pode ser feito de forma irresponsável.

Sobre os cuidados que devem ser adotados por autoridades policiais, é interessante observar o Protocolo elaborado pela Associação dos Chefes de Polícia da Inglaterra, País de Gales e Irlanda do Norte¹⁷, em 2014, com recomendações quanto à adoção de providências imprescindíveis para possibilitar posterior avaliação da confiabilidade da prova de reconhecimento, sempre que a vítima ou testemunha realizar por conta própria uma identificação via redes sociais, antes da realização do procedimento formal de identificação.

No documento, um dos princípios básicos é o registro, da forma mais detalhada e fiel possível, do modo como esse reconhecimento ocorreu (*obtaining full details of the social media identification is essential*). Assim, policiais devem documentar tudo o que a testemunha fez, além de suas razões para proceder à pesquisa nas redes sociais, colhendo informações como a rede social pesquisada; local de acesso; equipamento eletrônico utilizado e tamanho da tela deste; critérios usados na busca; tempo de visualização da imagem em que se deu o reconhecimento; necessidade de verificar mais de uma vez a mesma foto ou de dar “zoom” em alguma parte da tela, com explanação dos motivos. O protocolo deixa claro que falhas no cumprimento das recomendações podem comprometer qualquer prisão, procedimento de identificação ou acusação relacionada.

Trazendo essa lição para o caso presente, bem se nota que o reconhecimento feito na delegacia contém todas as fragilidades decorrentes da inobservância de mínimos cuidados com a produção de prova. A ausência nos autos da foto que ensejou o reconhecimento deveria falar por si só. Mas, mais do que isso, não há qualquer

¹⁷. Disponível em: <http://library.college.police.uk/docs/APPREF/NVVIS-Guidance-on-Internet-Social-Media-and-Identification-Procedures.pdf>. Último acesso: 27/11/20.

informação ou elemento que permita concluir pela higidez da prova e eventualmente descartar sugestionamentos ou enviesamentos.

Esse contexto gera dúvida intransponível quanto à possibilidade de ÂNGELO GUSTAVO ter sido vítima de um reconhecimento errôneo (falso positivo), considerado “convalidado” com a repetição em Juízo, de forma acrítica e ilegal. Intransponível pois o reconhecimento equivocado contamina a memória humana de forma irreversível. Vejamos.

b) A memória, o tempo do processo e a repetição do reconhecimento

Ao contrário do que o senso comum parece supor, a memória não funciona como uma máquina filmadora; não é capaz de cristalizar fatos; de mantê-los intactos à espera de serem resgatados pelo sistema de justiça quando oportuno. Conforme ensinam os renomados psicólogos WILLIAM CECCONELLO e LILIAN STEIN:

“Um evento filmado por uma câmera pode ser revisto em sua forma original várias vezes, ser editado e salvo em diversas versões. Por outro lado, a memória de um evento é um arquivo único que não registra tudo e pode perder informações importantes. Sempre que este arquivo de memória é acessado ele está sujeito a ser modificado permanentemente, de forma que seja impossível ter acesso ao registro original. O reconhecimento de um suspeito é subjacente às limitações de codificação, armazenamento e recuperação, que devem ser consideradas por profissionais de justiça para evitar que seus procedimentos acabem aumentando a probabilidade de um falso reconhecimento”¹⁸.

¹⁸. Cecconello, W; Stein, L. “Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos”. *Avances en Psicología Latinoamericana*, 38(1), pp. 172-188, 2020.

Sabe-se que a memória humana é maleável. Há relação contínua entre as etapas de *retenção* (armazenamento) e *recuperação* (recordação) da memória. Uma vez evocada, a memória encontra-se num estado transitório no qual novas informações podem ser inseridas (agregadas) e retidas (armazenadas) juntamente com a lembrança original.

Estudos de psicologia do testemunho apontam que a memória da vítima pode ser afetada por diversos fatores, dentre os quais, o *esquecimento* (“*la degradación que sufre la memoria com el paso del tempo*”)¹⁹ e o *sugestionamento* (“*el efecto que pueden tener algunas preguntas que inducen una respuesta determinada y pueden cambiar el recuerdo del testigo*”)²⁰.

Todo o amplo desenvolvimento científico em torno da memória, do testemunho e do reconhecimento deve ser, o quanto antes, trazido à prática do processo penal. O reconhecimento, como todas as demais provas, deve ser detidamente sopesado e seu valor avaliado diante das **notórias limitações que o ato traz**. Afinal, quando estamos preocupados com a determinação correta dos fatos, *não há justificativas à prévia concessão de credibilidade à memória de quem quer que seja*.

No presente caso, os reconhecimentos (fotográfico na polícia e pessoal em Juízo) foram considerados idôneos, apesar de não cumprirem com as formalidades do art. 226 do CPP. Destacou-se que o ofendido “demonstrou firme segurança em reconhecer os acusados, como sendo os dois elementos que o roubaram” (fls. 532 – ação penal 0045151-59.2015.8.19.0001).

¹⁹. DIGES, Margarita. *Testigos, sospechosos y recuerdos falsos: estudios de psicología forense*. Madrid: Trotta, 2016, p. 22.

²⁰. *Idem*, p. 23.

Ao contrário da linha de raciocínio que advém desses juízos condenatórios (sentença e acórdão), neurocientistas têm alertado que a memória humana funciona a partir de um processo dinâmico e construtivo, às vezes propenso ao erro²¹. Bem por isso, a ausência de hesitação do reconhecimento (pessoal) realizado em Juízo não é, necessariamente, indício de segurança da autoria. Assim como a ausência de motivação para mentir ou prejudicar o acusado, destacado na sentença que condenou ÂNGELO GUSTAVO, não faz do reconhecimento realizado um ato infalível.

De acordo com a psicologia do testemunho, diversos fatores denotam a fragilidade desses reconhecimentos como elementos de prova, dentre os quais estão ocorrências de sugestionamento e os chamados “**erros honestos**”²². Nesses casos, a vítima pode ser **sincera** em suas afirmações, mas estas não condizerem com a verdade.

Os erros honestos podem estar relacionados com todas as fases de funcionamento da memória: nos processos de codificação, retenção ou até mesmo no momento de recuperação da informação²³. Conforme explica GIULIANA MAZZONI, pode ocorrer “*un relato, que hasta pueda ser rico, elaborado y convincente, pero que, sin embargo, hace relación a hechos no verídicos*”²⁴. E acrescenta: “[*e*]sto no se deriva necesariamente de una mentira consciente e intencional; puede tratarse más bien de una

²¹. SCHACTER, Daniel L.; LOFTUS, Elizabeth F. *Memory and Law: What Can Cognitive Neuroscience Contribute?* In *Nature Neuroscience*, v. 16, nº 2, 2013, p. 120. BUCKHOUT, Robert. Eyewitness testimony. *Jurimetrics Journal*, vol. 15, n. 3, Spring 1975, p. 171.

²². RAMOS, Vitor de Paula. *Prova testemunhal: do subjetivismo ao objetivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 81.

²³. Segundo Antonio Manzanero, esses erros na reconstrução das recordações podem se dar tanto por comissão como por omissão (MANZANERO, Antonio L. *Memoria de testigos: obtención y valoración de la prueba testifical*. Madrid: Pirámide, 2010, p. 23).

²⁴. MAZZONI, Giuliana. *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*. Madrid: Trotta, 2010, p. 17.

*situación... en la que un individuo, obrando de total buena fe, recuerda cosas no verdaderas*²⁵.

A vítima pode alegar ter **absoluta certeza** ao indicar determinado suspeito como autor do delito e, ainda assim, **estar enganada**.

É o senso comum, e não a análise científica e técnica, o que coloca as afirmações de certeza e a ausência de hesitação como sinal de validade e confiabilidade da prova testemunhal e do reconhecimento.

Vale citar mais uma vez as lições de CECCONELLO e STEIN, de acordo com quem “[n]ão há suporte científico para acreditar que a confiança em momentos posteriores ao reconhecimento seja um indicativo de que o reconhecimento está correto (e.g., afirmar durante o julgamento no tribunal que tem certeza que o suspeito é o criminoso; Wixted, & Wells, 2017)”²⁶. De acordo com os mesmos autores, “[a] maleabilidade da confiança na própria memória levou pesquisadores a argumentar que a convicção que testemunha possui no reconhecimento de um suspeito não é um indicador confiável de que este reconhecimento esteja correto (Loftus, & Greenspan, 2017; Sporer, Penrod, Read, & Cutler, 1995). Ou seja, uma testemunha pode realizar um falso reconhecimento com muita confiança ou reconhecer corretamente um suspeito mas apresentar pouca confiança”²⁷.

²⁵. *Idem*, p. 17, grifamos.

²⁶. CECCONELLO, William W. e STEIN, Lilian M. *Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos*. In *Avances en Psicología Latinoamericana*. Bogotá (Colombia), Vol. 38(1), 2020, p. 182.

²⁷. *Idem*, p. 192.

A fim destacar a “firme segurança” da vítima em Juízo, desconsideram-se fatores de suma relevância e amplo embasamento científico que impactam diretamente a validade do reconhecimento feito pela vítima: as chamadas informações pós evento (*post factum*) e a repetição do reconhecimento em Juízo.

Nesse sentido, sabe-se que a exposição à chamada *información postsuceso* tem um grande potencial para interferir na lembrança que a vítima ou testemunha tinha da aparência do autor do delito. Essa exposição ocorre se, após o crime, a vítima ou testemunha tiver acesso ou lhe for exibida alguma fotografia do suspeito²⁸. Neste caso, como na situação do reconhecimento de ÂNGELO GUSTAVO, a memória pode ser distorcida, fazendo com que a vítima reconheça o rosto porque o viu na fotografia e não porque lembrou com exatidão daquilo que viu no dia do crime.

Os pesquisadores LILIAN STEIN, WILLIAM CECCONELLO e GUSTAVO NORONHA DE ÁVILA também destacam que, quando a vítima identifica o suspeito como autor de determinado ato, esse rosto fica atrelado à memória do evento. Tendo sido o suspeito reconhecido (seja ele inocente ou não), há maior probabilidade de que esse mesmo rosto seja identificado em um novo reconhecimento subsequente²⁹. Ressaltam, ainda, que a repetição do reconhecimento de um suspeito pode ter o efeito indesejado de gerar maior familiaridade com o rosto supostamente reconhecido, levando a testemunha a aumentar sua convicção de que está diante do real autor do crime. Nesses casos, os autores observam que “a confiança da testemunha não é resultante da memória original do fato,

²⁸. GONZÁLEZ, José Luis; MANZANERO, Antonio L., *Ob. cit.*, p. 200.

²⁹. 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, Brasília, 2018, p. 1063.

mas sim da repetição à exposição do rosto do suspeito, o que pode levar um suspeito inocente a ser reconhecido com alto grau de certeza”³⁰.

Some-se a isso o efeito deletério da passagem do tempo, tema bastante conhecido na jurisprudência³¹. Como cediço, as recordações se *deterioram gradualmente com a passagem do tempo*, refletindo não apenas em completo esquecimento de acontecimentos longínquos, mas também na dificuldade de manter registros claros e completos deles. Isso resulta em completa sobreposição entre recordações desconexas ou na impossibilidade de estabelecer a fonte da qual o conhecimento é extraído³².

Naturalmente, o período de demora entre a percepção do rosto e realização do ato de reconhecimento afeta o último, de modo que a demora nunca tem efeito positivo sobre as identificações³³.

Ademais, há evidências de que, com o passar do tempo, quanto mais centrais forem os detalhes de um evento no entendimento da testemunha, maior será a chance de que estes detalhes estejam disponíveis em sua memória. Isto é, *com o decurso do tempo há maior probabilidade de que os detalhes periféricos se tornem irrecuperáveis*³⁴.

³⁰. *Idem*.

³¹. RHC nº 64.086/DF. Terceira Seção do STJ. Relator: Min. NEFI CORDEIRO. Relator designado para acórdão: Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ. j. 23.11.2016.

³². CONTRERAS ROJAS, Cristian. *La valoración de la prueba de interrogatorio*. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 167. ANDERSON, Michael C. Capítulo 9: O esquecimento incidental. In: BADDELEY, Alan; ANDERSON, Michael C.; EYSENCK, Michal W. *Memória*. Trad. de Cornélia Stoltzing. Porto Alegre: Artmed, 2011. p. 207-233.

³³. DIGES, Margarita; PÉREZ-MATA, Nieves. La prueba de identificación desde la psicología del testimonio. In: DIGES, Margarita; GARCÍA MARTÍNEZ, M.ª Carmen; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel; NIEVA FENOLL, Jordi; OBACH MARTÍNEZ, Jorge; PÉREZ-MATA, Nieves. *Identificaciones fotográficas y en rueda de reconocimiento*. Un análisis desde el Derecho procesal penal y la psicología del testimonio. Madrid: Marcial Pons, 2014. p. 59.

³⁴. YARBROUGH, John; HERVÉ, Hugues; HARMS, Robert. *The sins of interviewing: Errors made by investigative interviewers and suggestions for redress*. In: COOPER, Barry S.; GRIESEL, Dorothee; TERNES, Marguerite (eds.). *Applied issues in investigative interviewing, eyewitness memory, and credibility assessment*. New York: Springer, 2013. p. 67.

Em poucas palavras: relatos podem ser falsos apesar da sinceridade com que são ditos; a despeito da honestidade de seus agentes. E isso, não é raro, ocorre quando do reconhecimento de suspeitos, porque o lembrar de um rosto é ação que traz outros tantos elementos e importantes variáveis.

Por mais sincero e seguro que o reconhecimento *repetido* em Juízo possa parecer, deve ser sempre analisada a **hipótese de sua contaminação** pelo primeiro procedimento – normalmente realizado em delegacias policiais – à luz: (i) da afetação da memória com a repetição; (ii) da caracterização de prova ilícita por derivação (CPP, art. 157, § 1º).

A repetição em Juízo do reconhecimento não serve para afastar eventuais dúvidas e melhorar a confiabilidade da prova, pois há enorme tendência de que os reconhecimentos posteriores sejam **contaminados** pelos antecedentes – o que pode ocorrer pelos efeitos de familiaridade e de compromisso.

GONZÁLEZ e MANZANERO explicam que “o problema principal das identificações repetidas é que, quando se mostra à testemunha um suspeito cuja fotografia ela já tenha visto antes, ou que já tomou parte em outro alinhamento, incrementa-se a sensação de familiaridade e, portanto, a probabilidade de que seja reconhecido, ainda que se trate de um inocente”³⁵.

³⁵. GONZÁLEZ, José Luis; MANZANERO, Antonio L., *Ob. cit.*, p. 200, *tradução livre*.

Há uma sensação de dever da testemunha com o reconhecimento anterior. DIGES e PÉREZ-MATA³⁶ se reportam a um estudo clássico de GORENSTEIN e ELLSWORTH³⁷ para explicar a frequente ocorrência de um efeito de compromisso muito poderoso com a identificação anterior, que faz com que a vítima ou testemunha que tenha identificado a pessoa errada numa fotografia exibida previamente volte a cometer esse mesmo erro depois, quando realizado o reconhecimento presencial.

Em relevante estudo científico sobre o tema, DEFFENBACHER, BORNSTEIN e PENROD³⁸ concluíram que a prévia exposição da vítima ou testemunha a uma fotografia do suspeito diminui a acurácia num subsequente alinhamento (*line up* – no caso, o alegado reconhecimento em Juízo), tanto em termos de redução das taxas de acertos e corretas rejeições, como também em termos do aumento de falsos positivos. E isso se dá em razão da transferência da “identidade” da pessoa que realmente cometeu o crime para uma pessoa inocente³⁹. Trata-se de fenômeno conhecido por *unconscious transference of identity* (transferência inconsciente de identidade), *transference effect* (efeito transferência)⁴⁰ ou *displacement effect*, e que faz com que o rosto visto na fotografia acabe substituindo, na memória da vítima ou testemunha, a imagem original que ela havia codificado, do verdadeiro autor do delito.

³⁶. DIGES, Margarita; PÉREZ-MATA, Nieves. *Ob. cit.*, p. 62

³⁷. De acordo com esse estudo, 44% das pessoas que haviam selecionado incorretamente uma foto no álbum de fotografias voltavam a se equivocar no alinhamento presencial, identificando a mesma pessoa inocente que fora previamente reconhecida, e somente 22% das pessoas mudavam a sua escolha no segundo reconhecimento, para corrigir o erro e identificar a pessoa correta.

³⁸. DEFFENBACHER, Kenneth A.; BORNSTEIN, Brian H.; PENROD, Steven D. *Mugshot exposure effects: Retroactive interference, mugshot commitment, source confusion, and unconscious transference*. *Law and Human Behavior*, v. 30, n. 3, 2006, p. 306.

³⁹. *Idem*.

⁴⁰. *Ibidem*, p. 288.

Justo por isso é que MIRANDA ESTRAMPES sustentava que a realização de um primeiro reconhecimento de forma irregular (sem observância da metodologia adequada ou com algum grau de sugestionamento) **compromete irremediavelmente qualquer reconhecimento que venha a ser posteriormente realizado**, fazendo com que **perca todo o valor probatório e não deva ser admitido como prova**⁴¹.

Nessa ótica, no caso concreto, mesmo que se ignorasse a violação ao inciso I do artigo 226 do CPP, por não haver descrição prévia das características físicas de ÂNGELO GUSTAVO (mídia de fls. 472, autos 0298279-10.2015.8.19.0001), e ainda que a vítima estivesse absolutamente segura, ***ele não serviria a convalidar o reconhecimento anterior.***

Com efeito, o primeiro reconhecimento fez com que a vítima “aprendesse” quem era o autor dos fatos. Assim, hesitando ou não, com ou sem respeito aos rigores do art. 226, CPP, não há esperar outra coisa da vítima que não a reincidência no mesmo erro, ratificando a criação do mesmo falso positivo.

Sem se olvidar que as vítimas cometem erros honestos: erram ao reconhecer por meio de fotografia (mas acreditam, pois induzidas a isso, estar apontando o verdadeiro autor do fato) e erram ao insistir no reconhecimento em Juízo (pois a memória já aprendeu, com o primeiro reconhecimento, a identificar aquele imaginado autor do fato).

⁴¹. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *Licitud, regularidad y suficiencia probatoria de las identificaciones visuales. In Identificaciones fotográficas y en rueda de reconocimiento: Un análisis desde el Derecho procesal penal y la psicología del testimonio*. AA.VV. Madrid: Marcial Pons, 2014, p. 134.

Por último, não se diga que o reconhecimento formal em Juízo é prova independente, a afastar a aplicação da nulidade por derivação nos termos do artigo 157, § 1º, de Processo Penal. Não bastasse o flagrante nexo entre os dois procedimentos ora apontados, é notório que, sem o primeiro reconhecimento fotográfico nulo, o segundo procedimento formal nem teria chance de acontecer, pois a ação penal não teria sido sequer instaurada, posto que fundada unicamente na viciada identificação fotográfica.

É tempo de obstar o caminho que faz de muitos acusados vítimas do falso reconhecimento, sem perder de vista, é certo, a oportunidade de se oferecer incentivos institucionais devidos a melhores esforços investigativos. O *maquiavelismo probatório* – a lógica do vale-tudo no que refere às provas – tem a oportunidade de ser, neste julgamento, recusado por um sistema de justiça que genuinamente compromete-se com os Estado Democrático de Direito.

Daí porque, é fundamental que esse E. Tribunal se debruce também sobre essa inegável fragilidade: reconhecimentos não de ser profundamente mais cuidadosos do mostrado na realidade das polícias fluminenses.

c) O “efeito da outra raça” e o “efeito de focalização da arma” quando do reconhecimento

Em obra paradigmática sobre a condenação de inocentes e erros judiciários nos Estados Unidos da América, BRANDON GARRETT (*University of Virginia*) analisou os primeiros 250 casos de sucesso em revisão criminal a partir do teste de DNA no país. Um dos resultados mais impressionantes dessa pesquisa é que, dos 190 casos que envolviam erros judiciários decorrentes de reconhecimento pessoal, 93 (49%) consistiram em reconhecimento feito por pessoas de raças distintas daquela da pessoa reconhecida.

Desses 93 casos, 71 (38%) envolviam o reconhecimento de um homem negro feito por uma mulher branca⁴².

Os números são impactantes e podem ser explicados por diversos fatores relacionados ao racismo estrutural existente na sociedade estadunidense, também observado no Brasil. Há, contudo, um aspecto muito importante conectado à capacidade humana de identificar e reconhecer pessoas, para a qual GARRETT chama a atenção: o “efeito de outra raça” (*other-race effect*).

À evidência, o tema é de suma importância para o caso em apreço, uma vez que ÂNGELO GUSTAVO PEREIRA NOBRE, homem negro, foi reconhecido pela vítima DIEGO CRUZ DE OLIVEIRA, homem branco (cf. fls. 470/478 – autos 0298279-10.2015.8.19.0001).

O “efeito de outra raça” – também conhecido como “efeito da raça cruzada” (*cross-race effect*) ou “viés da própria raça” (*own-race bias*) – indica que adultos habitualmente reconhecem pessoas do próprio grupo racial melhor do que reconhecem rostos de pessoas de outro grupo racial. O assunto é estudado desde o início do século passado⁴³, tendo os estudiosos da psicologia nas últimas décadas apresentado resultados expressivos em suas pesquisas⁴⁴.

⁴². GARRET, Brandon L. *Convicting the innocent. Where criminal prosecutions go wrong*. Cambridge-London: Harvard University Press, 2011. p. 72-73.

⁴³. FEINGOLD, Gustave A. *The influence of Environment on Identification of Persons and Things*. *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology*, vol. 5, n. 1, maio 1914, p. 50 e seguintes.

⁴⁴. BRIGHAM, John C.; BENNETT, Brooke; MEISSNER, Christian A.; MITCHELL, Tara L. *The Influence of Race on Eyewitness Memory*. In: LINDSAY, R. C. L.; ROSS, David F.; READ, J. Don; TOGLIA, Michael P. (ed.). *The Handbook of Eyewitness Psychology*. Vol II: *Memory for People*. New York: Routledge, 2012. p. 257-281; CHANCE, June E.; GOLDSTEIN, Alvin G. *The other-race effect and eyewitness identification*. In: SPORER, S. L.; MALPASS, R.; KOEHNKEN, G. (ed.). *Psychological issues in eyewitness identification*. Mahwah: Lawrence Erlbaum Associates, 1996. p. 153-176; MANZANERO, Antonio L. *Memoria de testigos. Obtención y valoración de la prueba testifical*. Madrid: Pirámide, 2018. p. 164-166.

Em uma das mais importantes revisões de literatura realizadas sobre o tema, com base em 39 pesquisas envolvendo 4.996 participantes, CHRISTIAN MEISSNER (*Florida State University*) e JOHN BRIGHAM (*Florida State University*) concluíram que as chances de uma identificação correta são 1,4 vezes (40%) maiores quando se trata do reconhecimento de um rosto do próprio grupo racial, em relação ao rosto de outro grupo. Por outro lado, as chances de uma **identificação equivocada** são **1,56 vezes (56%)** maiores em relação ao rosto de outro grupo racial, quando comparado com os rostos do mesmo grupo⁴⁵.

Nos Estados Unidos da América, embora a Suprema Corte não tenha ainda se manifestado sobre a questão, é possível destacar o posicionamento do Estado de Nova Jersey, cuja Corte Estadual tem dedicado maior atenção à confiabilidade dos reconhecimentos pessoais⁴⁶.

Em *State vs. Henderson* (2011)⁴⁷, a Suprema Corte de Nova Jersey nomeou um *Special Master* (perito judicial investido com poderes para praticar alguns atos judiciais) para presidir audiência com depoimento de sete especialistas e apresentação de mais de 2000 páginas de transcrições e estudos científicos produzidos e revisados. A partir do relatório apresentado pelo *Special Master*, a Suprema Corte de Nova Jersey considerou que os critérios adotados pela Suprema Corte dos Estados Unidos em *Manson vs.*

⁴⁵. MEISSNER, Christian A.; BRIGHAM, John C. *Thirty years of investigating the own-race bias in memory for faces: a meta-analytic review. Psychology, Public Policy, and Law*, vol. 7, n. 1, 2001, 3-17.

⁴⁶. DAVIS, Deborah; LOFTUS, Elizabeth. *The Dangers of Eyewitnesses for the Innocent: Learning from the Past and Projecting into the Age of Social Media. New England Law Review*, vol. 46, n. 4, p. 779-780. Tradução para a língua portuguesa publicada em: NOJIRI, Sergio (org.). *O direito e suas interfaces com a psicologia e a neurociência*. Curitiba: Appris, 2019. p.315-363.

⁴⁷. SUPREME COURT OF NEW JERSEY. *State of New Jersey, Plaintiff–Appellant, v. Larry R. Henderson, Defendant–Respondent*. Julgamento: 24 de Agosto de 2011.

Brathwaite (1977) eram indicadores inadequados de confiabilidade e forneceu novas diretrizes, permitindo a consideração de novos fatores na análise dos reconhecimentos.

Dentre essas diversas diretrizes, destaca-se a indicação do viés racial (*race-bias*) como uma das variáveis do estimador (*estimator variables*) a serem consideradas sempre que houver dúvida acerca da sugestibilidade do reconhecimento⁴⁸. Ademais, a Corte passou a exigir que os jurados sejam informados sobre as questões relativas ao reconhecimento entre pessoas de grupos raciais distintos, sempre que existir no processo um reconhecimento deste tipo.

Outras Cortes dos Estados Unidos da América exigem que se informe aos jurados da ausência de acurácia no reconhecimento racial cruzado, entre as quais destacam-se precedentes da Suprema Corte do Haváí⁴⁹, Suprema Corte Judicial de Massachusetts⁵⁰, o Conselho Judicial da Califórnia⁵¹, a Suprema Corte de Utah⁵² e a Corte de Apelação de Nova Iorque⁵³.

⁴⁸. SUPREME COURT OF NEW JERSEY. *State of New Jersey, Plaintiff–Appellant, v. Larry R. Henderson, Defendant–Respondent*. Julgamento em: 24 de Agosto de 2011: “Se alguma prova real do caráter sugestivo permanecer, os tribunais deveriam considerar as variáveis do sistema acima referidas, bem como a seguinte lista não exaustiva de variáveis a estimar para avaliar a confiabilidade geral de uma identificação e determinar a sua admissibilidade: [...] 8. Viés racial. Será que o caso envolve uma identificação inter-racial?”. Tradução livre.

⁴⁹. SUPREME COURT OF HAWAII. *State of Wawaii, Respondent/Plaintiff–Appellee, v. Steve C. Cabagbag, Jr., Petitioner/Defendant*. Julgamento em: 17 de maio de 2012.

⁵⁰. SUPREME JUDICIAL COURT OF MASSCHUSETTS. *Commonwealth v. Elvin Bastaldo*. Julgamento em: 25 de junho de 2015.

⁵¹. JUDICIAL COUCILOF CALIFORNIA. *Judicial Council of California Criminal Jury Instructions*. CALCRIM 2020. New York: Lexis Nexis, 2020. p. 83.

⁵². UTAH SUPREME COURT. *Utah Rules of Evidence: “Regra 617. Identificação da testemunha ocular. [...] (b) Admissibilidade em Geral. Nos casos em que a identificação de testemunhas oculares é contestada, o tribunal deverá excluir a prova a parte que contesta a prova demonstrar que o *factfinder* (autoridade que decide sobre os fatos), considerando os fatores desta subseção (b), não poderia confiar razoavelmente na identificação da testemunha ocular. Ao determinar tal exclusão, o tribunal pode considerar, entre outros 24 fatores relevantes, o depoimento de peritos e outras provas sobre os seguintes aspectos: [...] (5) Se uma diferença na raça ou etnia entre a testemunha e o suspeito afetou a identificação”*. Tradução livre.

⁵³. COURT OF APPEALS OF NEW YORK. *The People, Respondent, v. Otis Boone, Appellant*. Julgamento em: 14 de dezembro de 2017.

O caso que tramitou em Nova Iorque (*Otis Boone*) teve ampla repercussão. BOONE ficou preso por 7 anos e, após novo julgamento com instrução aos jurados acerca dos problemas do reconhecimento racial cruzado, foi absolvido por estar comprovado que, no momento de um dos assaltos a ele imputados, encontrava-se a cerca de um quilômetro e meio de distância do local do crime⁵⁴.

A temática do reconhecimento feito por pessoa de raça distinta da pessoa reconhecida suscita diversas questões. Por exemplo, não se pode dizer ainda com considerável segurança o que explica o “efeito da outra raça”⁵⁵. No entanto, a existência deste efeito/viés e a sua incidência mesmo em sociedades altamente multirraciais é realidade inquestionável⁵⁶.

Ao mesmo tempo, não se defende aqui a absoluta imprestabilidade de todo e qualquer ato de reconhecimento feito por pessoas de raça distinta da pessoa reconhecida. Mas se há de admitir que o “efeito de outra raça” é fator que contribui para

⁵⁴. SOUTHALL, Ashley. A Black Man Spent 7 Years in Prison. Then a Court Changed the Rules on Racial Bias. *The New York Times*. Data: 18 de março de 2019.

⁵⁵. De forma geral, há algumas hipóteses de explicação: a hipótese das diferenças inerentes aos estímulos (June Chance e Alvin Goldstein); a hipótese da atitude social (Virginia Seeleman); a hipótese da experiência diferencial (John Cross, Jane Cross e James Daly); hipóteses trabalhadas a partir de modelos de codificação baseados em exemplares e normas (Tim Valentine). CHANCE, June E.; GOLDSTEIN, Alvin G. The other-race effect and eyewitness identification. In: SPORER, S. L.; MALPASS, R.; KOEHNKEN, G. (ed.). *Psychological issues in eyewitness identification*. Mahwah: Lawrence Erlbaum Associates, 1996. p. 153-176; SEELEMAN, Virginia. The influence of attitude upon the remembering of pictorial material. *Archives of Psychology*, n. 258, 1940, p. 6-69; CROSS, John F.; CROSS, Jane; DALY, James. Sex, race, age, and beauty as factors in recognition of faces. *Perception and Psychophysics*, vol. 10, n. 6, 1971, p. 393-396; VALENTINE, Tim. A Unified Account of the Effects of Distinctiveness, Inversion, and Race in Face Recognition. *The Quarterly Journal of Experimental Psychology*, vol. 43a, n. 2, 1991, p. 161-204.

⁵⁶. Em estudo publicado no início de 2020, elaborado a partir de dois experimentos envolvendo um total de 185 pessoas, Wong (*University of Nottingham Malaysia*), Stephen (*Macquarie University*) e Keeble (*Macquarie University*) concluíram que o “efeito de outra raça” no reconhecimento facial permanece aparente não apenas em participantes caucasianos ocidentais, mas também em indivíduos da Malásia que vivem em uma população altamente multirracial. WONG, Hoo Keat; STEPHEN, Ian D.; KEEBLE, David R. T. Recognition in a Multiracial Society. *Frontiers in Psychology*, vol. 11, março 2020, p. 1-16.

a “alta suscetibilidade de falhas e distorções” do reconhecimento de pessoas, mencionadas pelo eminente Min. SCHIETTI quando do julgamento do mencionado HC n. 598.886/SC. E, portanto, sua falta de acurácia deve ser levada em conta na valoração da prova.

Necessário se exigir a mesma atenção e cuidado quando o caso envolve armas de fogo, pois outro fator que sabidamente tem influência na confiabilidade do reconhecimento é o chamado “efeito de focalização na arma” (*weapon effect* ou *weapon focus*).

Trata-se de um fenômeno relacionado ao desempenho da memória em situações de estresse, a “hipótese de Easterbrook”: em situações de alto nível de estresse, as pessoas se concentram ainda mais em apenas algumas características do ambiente, prestando ainda menos atenção a outras⁵⁷.

Nessa linha, o estresse vivido pela vítima pode impactar a memória e a taxa de acerto na identificação de suspeitos. Uma série de pesquisas aponta maior precisão nas identificações feitas por testemunhas, em relação àquelas feitas por vítimas⁵⁸. A razão disso costuma ser atribuída ao fato de que as vítimas, em geral, estão submetidas a maior estresse. Conforme MARGARITA DIGES e NIEVES PÉREZ-MATA, quanto maior o estresse e a violência empregadas na ação delituosa, *menor* será o grau de exatidão nas identificações⁵⁹. Isso porque o estresse e a violência da ação têm impacto no chamado foco atencional dos sujeitos, podendo fazer com que seus olhares se desviem do rosto

⁵⁷ . LOFTUS, Elizabeth F. *Eyewitness Testimony*. Cambridge-London: Harvard University Press, 1981.

⁵⁸ . GONZÁLEZ, José Luis; MANZANERO, Antonio L., *Ob. cit.*, p. 199

⁵⁹ . DIGES, Margarita; PÉREZ-MATA, Nieves. *Ob. cit.*, p. 45.

do criminoso (fonte maior dos traços fisionômicos utilizados para distinguir as pessoas umas das outras) para troncos e mãos, especialmente se o agressor portar uma arma⁶⁰.

Destarte, o “efeito de focalização na arma” é estudado por pesquisadores da psicologia desde pelo menos a década de 1970⁶¹ e significa que a presença de uma arma no evento do crime representa elemento que atrai a atenção da vítima/testemunha de forma automática, levando com que ela se recorde bem da arma e o crime, mas tenha lembrança substancialmente mais pobre do autor e dos demais elemento da cena⁶².

Atualmente, há vasta literatura científica sobre o “efeito de focalização na arma” que confirma seu impacto na capacidade de se reconhecer pessoas⁶³. Conforme destaca ANTONIO MANZANERO (*Universidad Complutense de Madrid*), este fenômeno influencia não somente a acurácia do reconhecimento, como também afeta negativamente a descrição que a testemunha faz do autor do crime, ainda que de forma mais moderada⁶⁴.

Evidente, portanto, que na atividade de valoração de reconhecimento de pessoa, a presença de arma na prática do crime consubstancia importante variável do estimador, que não pode ser desprezada pelo julgador.

⁶⁰. DIGES, Margarita; PÉREZ-MATA, Nieves. *Ob. cit.*, p. 50.

⁶¹. JOHNSON, C; SCOTT, B. *Eyewitness testimony and suspect identification as a function of arousal, sex of witness, and scheduling of interrogation*. Paper presented at meetings of the American Psychological Association. Washington DC: agosto de 1976.

⁶². MAZZONI, Giuliana. *Psicología del testimonio* (2011). Trad. de Amparo Moreno Hernández. Madrid: Editorial Trotta, 2019. p. 51; SOUSA, Luís Filipe Pires de. *Prova Testemunhal*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 27.

⁶³. FAWCETT, Jonathan; RUSSELL, Emily J.; PEACE, Kristine A; CHRISTIE, John. *Of guns and geese: a meta-analytic review of the ‘weapon focus’ literature*. *Psychology, Crime & Law*, 2011, p. 1-32; STEBLAY, Nancy Mehrkens. A Meta-Analytic Review of the Weapon Focus Effect. *Law and Human Behavior*, vol. 16, n. 4, 1992, p. 413-424.

⁶⁴. MANZANERO, Antonio L. *Memoria de testigos*. Obtención y valoración de la prueba testifical. Madrid: Pirámide, 2018. p. 157.

III. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE, O ÔNUS DA PROVA E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – A DÚVIDA BASTAVA

O caso em análise é a representação clara de uma reação em cadeia iniciada por frágil reconhecimento fotográfico – realizado sem qualquer respeito às formalidades legais – no contexto de uma *investigação preliminar deficiente*. O resultado de tal equação é uma condenação que subverte por completo os parâmetros racionais de valoração da prova e decisão dos fatos, além da garantia da presunção de inocência.

Ainda assim, o reconhecimento costuma exercer um elevado efeito persuasivo sobre os responsáveis pela persecução penal. A aparente convicção na fala de vítimas e testemunhas – explicada pelos já mencionados “erros honestos” – produz falsa sensação de confiança na acurácia da identificação. Por meio do fenômeno conhecido como *tunnel vision*, toda a investigação acaba direcionada para esse suspeito em particular.

Representada por FINDLEY E SCOTT⁶⁵ como um “compêndio de heurísticas comuns e falácias lógicas” por meio do qual direciona-se o foco exclusivamente em determinado suspeito, a visão de túnel faz com que sejam selecionadas as provas que construirão um caso suscetível de condenação, enquanto os elementos incompatíveis com a hipótese criada acabam ignorados ou tidos como irrelevantes.

Daí que, a sobrevaloração epistêmica do reconhecimento afeta de forma significativa a condução dos inquéritos policiais. Feito o reconhecimento, mesmo que

⁶⁵ . FINDLEY, K. A.; SCOTT, M. S. (2006). The Multiple Dimensions of Tunnel Vision in Criminal Cases. *Wisconsin Law Review*. n. 2.

sem a observância das garantias mais elementares, descarta-se a possibilidade de apurar quaisquer hipóteses alternativas.

Na prática, há verdadeira (e grave) atrofia da investigação.

A dinâmica do inquérito policial que serviu como base à denúncia de ÂNGELO GUSTAVO ilustra de forma clara os perigosos efeitos da visão de túnel acima descrita. Meses após o fato, a investigação traz a vítima reconhecendo o depois acusado em imagem retirada de uma rede social. Este reconhecimento é a única diligência realizada pela autoridade policial: antes, apenas inatividade; depois, o encerramento do inquérito.

A exclusividade dessa prova nos autos é tão gritante que nem mesmo considerou-se a possibilidade de ouvir ÂNGELO GUSTAVO, pessoa indicada na foto utilizada. O desinteresse em reunir qualquer outro indício, prova ou versão causa estranheza, mas é evidente sintoma dessa excessiva e indevida confiança no reconhecimento.

No presente caso, também salta aos olhos a imensidão do prejuízo imposto tanto aos acusados, como ao próprio processo penal.

Em meio a toda a conjuntura de uma investigação deficiente, um ponto bastante grave é o fato de se ter ignorado importantes fontes de prova. O celular pertencente ao corréu, apreendido nos autos, nunca foi periciado – nem para corroborar o reconhecimento, nem para tentar identificar os demais autores. É como se, ao dar irreal importância ao ato do reconhecimento, a punição dos autores do crime perdesse o papel de destaque que deveria ocupar.

Outra ausência probatória: as imagens de câmeras de segurança do entorno do local do fato. A vítima, já quando ouvida na fase inquisitorial, informou que a ação criminosa foi captada por diversas câmeras de segurança⁶⁶. No entanto, essas imagens nunca foram sequer solicitadas pela polícia, o que induziu à perda de importantes fontes de prova.

Se é certo que a legitimidade do poder punitivo e a justiça da decisão estão condicionadas a uma adequada determinação dos fatos no processo, é preciso reconhecer que o “devido procedimento de investigação preliminar exige necessariamente uma base racional probatória (ou informativa)”⁶⁷.

Vale aqui lembrar que, em meio à lógica inquisitorial em que se desenvolve a investigação preliminar, a circunstância de se tratar de procedimento unilateral, conduzido sob discricionariedade da autoridade policial, deve impor a esta, como consequência, o senso de responsabilidade no sentido de zelar por uma apuração idônea dos fatos, como manda o art. 6º, III, do Código de Processo Penal.

Por *senso de responsabilidade*, na linha da noção de *accountability* investigatória⁶⁸, entende-se ser necessária a prestação de contas pela polícia não apenas pelas conclusões alcançadas, mas também, quando for o caso, pelos motivos da não

⁶⁶. Cf. se extrai das declarações da vítima Diego Cruz de Oliveira nas audiências (10:00 e 28:10 – depoimento nos autos 0045151-59.2015.8.19.000116; e 5:40 – depoimento nos autos 0298279-10.2015.8.19.0001). Perguntada, a vítima confirmou ter apresentado tais informações à polícia, ocasião em que lhe teriam dito que as diligências necessárias seriam realizadas.

⁶⁷. MACHADO, Leonardo Marcondes. Investigação criminal exige base epistemológica e fundamento democrático. In: Consultor Jurídico, 2020. Acesso em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-07/academia-policia-investigacao-criminal-exige-base-epistemologica-democratica>. Acesso em: 07 de setembro de 2020.

⁶⁸ Adotando-se uma compreensão de *accountability* como o dever de transparência e prestação de contas imposto a quem compete decidir questões de interesse público, no sentido de explicar, legitimar e justificar as decisões tomadas: JACKSON, John D. *Making Juries Accountable*. In: The American Journal of Comparative Law. nº 50, 2002.

realização de atos investigatórios capazes de contribuir com elementos essenciais para apuração dos fatos e de proporcionar, eventualmente, melhores condições defensivas.

Por *apuração idônea* deve-se compreender investigação orientada por critérios epistemológicos, conduzida de modo imparcial e não tendencioso, que busque não apenas reunir elementos capazes de confirmar a hipótese e suspeito(s) com os quais se trabalha, mas de efetivamente elucidar os fatos, ainda que isso implique na exclusão de alguém, quiçá reconhecido, do rol de suspeitos.

Para cada condenação injusta, há no mínimo um autor de crime que saiu ileso. Assim, também sob o viés da segurança pública, a apuração responsável de autoria impõe às polícias que esgotem os meios investigativos e deixem de lado o tirocínio e o caminho fácil do reconhecimento contrário à lei e à ciência.

Se a inação da polícia já chama a atenção, a aceitação dessa realidade pelo Judiciário mostra-se inadmissível, para dizer o mínimo.

Como bem alertou o Ministro SCHIETTI, ao mover a ação penal pública como parte acusadora, o Ministério Público “não se despe do dever de fiscalizar e (...) respeitar as liberdades públicas, eis que, por serem elas indisponíveis e por comporem a ideia de uma ordem jurídica sedimentada em um regime democrático, reclamam a tutela do próprio Ministério Público”⁶⁹.

Cabe ao *Parquet* não só o ônus probatório, mas antes o controle externo da atividade policial. No entanto, a realidade mostra que a posição cômoda da polícia é

⁶⁹ STJ, HC nº 598.886, Rel. Min. Rogério Schietti, 6a T. 27/10/2020.

também adotada pelo órgão acusatório, que tampouco costuma questionar a fragilidade do conjunto informativo.

E no vazio probatório a que o Estado se acostumou ganha importância a chamada teoria da perda de uma chance probatória. Conforme explica MORAIS DA ROSA:

“Compete ao autor da ação penal a obrigação de produzir todas as provas necessárias à formação da convicção do julgador, no círculo hermenêutico prova/fato (cuja aceitação aqui é meramente circunstancial). Como se estabelece uma tensão entre a liberdade (presunção de inocência) e a prova suficiente para condenação, pode-se invocar a teoria da ‘perda de uma chance’, própria do Direito Civil, justamente para se analisar os modos de absolvição em face da possibilidade e não produção de provas pelo Estado. Isso porque num processo democrático não pode o acusador se dar por satisfeito na produção da prova do e pelo Estado, eximindo-se das demais possíveis (...).”⁷⁰

Diante desse cenário, a mais abalizada doutrina leciona que a omissão estatal configura a hipótese da perda de uma chance probatória de extrema relevância e grandes repercussões à defesa:

“Todas as provas possíveis se constituem como preceitos do devido processo substancial, já que a vida e a liberdade do sujeito estão em jogo. Deve, portanto, exigir-se a justificativa plausível para que tenha se perdido a chance de se produzir prova material, além da testemunhal, pelos agentes estatais. Não basta ausência de condições tecnológicas, pois essas são possíveis e não realizadas pelo próprio Estado. **Há a perda de uma chance para defesa pela ausência de prova possível e factível da acusação, a ser apurada em cada caso. Por sua omissão o Estado ceifa a possibilidade de comprovação mais substancial e impede a perfeita**

⁷⁰ MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 6ª ed. Florianópolis: EMais, 2020, p. 683-684.

configuração da ação típica, instaurando a dúvida razoável por sua conduta omissiva”⁷¹.

A incoerência do raciocínio que domina o trabalho policial (do qual o presente caso é sintomático exemplo) e sua acrítica aceitação pelo Judiciário têm mais uma consequência fatal: a inversão do ônus da prova.

Diante da insuficiência da prova produzida pela acusação para satisfazer o elevado *standard* exigido para uma condenação penal, passa-se a exigir-se mais da defesa, demandando mais do que mera dúvida, mas certeza sobre suas alegações e álibis.

O artigo 5º, LVII, da Constituição da República já impõe que todo acusado, independentemente do crime pelo qual é processado, deve ser sempre presumido inocente. Deste preceito (inescapável em um Estado Democrático de Direito) deflui que, ou afasta-se completamente tal presunção, ou absolve-se o réu.

Por consequência, incumbe à acusação o ônus da prova de todos os pressupostos fático-jurídicos da sanção para que possa ver acolhida a pretensão punitiva. Ao mesmo tempo, é também inaceitável que recaia sobre o cidadão qualquer encargo probatório relacionado à sua resistência a essa pretensão.

Em poucas palavras, não pode caber ao réu a demonstração de sua não culpabilidade. Se a contribuição (possível) da defesa é minimamente suficiente para trazer dúvida – o que implica colocar sob suspeita a prova acusatória – cabe ao Ministério Público produzir a prova que afaste essa dúvida; é sua obrigação refutar as hipóteses alternativas compatíveis com a inocência.

⁷¹. MORAIS DA ROSA, Ob. cit., p. 686, grifamos.

É disso que se trata a necessidade de superação do *standard* probatório na esfera penal. A incapacidade da acusação em refutar solidamente a versão alternativa demonstra a fragilidade da hipótese acusatória e **inviabiliza a condenação**. O contrário coloca em xeque toda a confiança que se deve ter no sistema de justiça, o qual tem o inafastável – e constitucional – dever de proteção do inocente.

Sobre o tema, AURY LOPES JR. citando FERRAJOLI expõe que “a acusação tem a carga de descobrir hipóteses e provas, e a defesa tem o direito (não o dever) de contradizer com contra-hipóteses e contraprovas. O juiz, que deve ter por hábito profissional a **imparcialidade e a dúvida**, tem a tarefa de analisar todas as hipóteses, aceitando a acusatória somente se estiver provada **e, não a aceitando, se desmentida ou, ainda que não desmentida, não restar suficientemente provada**”⁷².

Veja-se que, em ambas as situações – tanto no aspecto da perda da chance probatória, quando desperdiçadas relevantes e conhecidas fontes probatórias, quanto na incapacidade de afastar, por meio de provas dos autos, as hipóteses alternativas trazidas pela defesa – a conclusão a que se deveria chegar é a mesma: não há o rigor probatório exigido à condenação.

É preciso compreender que a dúvida não pode ser objeto de discricionariedade do magistrado. Quando se fala em dúvida no contexto de um *standard* de prova, não se está a referir a uma dúvida pessoal do julgador. Trata-se de uma situação institucional de

⁷². AURY LOPES JR. Direito processual penal. 11ª ed., Saraiva, São Paulo, 2014, p.561/562.

dúvida⁷³, a ser identificada no caso com base na margem de erro predeterminada pelo sistema jurídico diante da qual estaria o julgador desautorizado a condenar. Por mais complexo ou grave que seja o crime, não se pode, em hipótese nenhuma, correr o risco de condenar um inocente.

Nas palavras do Ministro MARCO AURÉLIO, “No Processo Penal, vêm-nos da Constituição um princípio, que é da não culpabilidade. Então, assentamos que a prova dos fatos, a prova da imputação, compete ao titular da ação penal pública – ao Ministério Público. Ao réu não cabe provar a inocência. Mas é espinha do devido processo legal o contraditório, e, evidentemente, o acionado acaba veiculando defesa direta e defesa técnica quanto à imputação, que deve, até mesmo presentes os elementos, ser considerada”⁷⁴.

O presente caso – como tantos outros que se contentam com o reconhecimento do acusado, independente da forma com que realizado – baseia a condenação em raciocínio inverso: apesar da inação do sistema policial e de Acusação, caberia à Defesa provar inocência. Isso quando a hipótese acusatória é, repita-se, baseada unicamente no reconhecimento pessoal feito ilegalmente e, assim, é imprestável.

É preciso parar. É preciso refletir o quanto a hipervalorização de medidas como o reconhecimento tem afetado a maneira de investigar. Inegavelmente, no caso de ÂNGELO GUSTAVO, como em tantos outros de crimes patrimoniais, a obtenção de um reconhecimento fotográfico informal acaba provocando a atrofia das investigações,

⁷³. NARDELLI, Marcella Mascarenhas. *Presunção de inocência, standards de prova e racionalidade nas decisões sobre os fatos no processo penal*. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo Rudge; MADURO, Flávio Mirza. *Crise no processo penal contemporâneo: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018.

⁷⁴. STF, Ap 470, p. 2415 do acórdão.

porquanto se deixa de procurar outros indícios de prova a corroborá-lo e se relega à esfera judicial a possibilidade de uma “ratificação” para inglês ver. No final, mais do que os resultados amargados pelo processo penal como um todo, restam nefastas consequências às vidas de pessoas inocentes.

V – CONCLUSÃO E PEDIDOS

Diante de todo o exposto, o IDDD requer sua admissão como *amicus curiæ* no presente procedimento, fazendo juntar aos autos esta manifestação, permitindo a eles sustentação oral de suas razões em plenário.

Pede deferimento.

De São Paulo ao Rio de Janeiro, em 05 de fevereiro de 2021.

FLÁVIA RAHAL
PRESIDENTE DO CONSELHO DELIBERATIVO
OAB/SP 118.584

HUGO LEONARDO
PRESIDENTE DA DIRETORIA EXECUTIVA
OAB/SP 252.869

GUILHERME ZILIANI CARNELÓS
DIRETOR DE LITIGÂNCIA ESTRATÉGICA
OAB/SP 220.558

DOMITILA KÖHLER
MEMBRO DO GRUPO DE LITIGÂNCIA ESTRATÉGICA
OAB/SP 207.669

ANA FERNANDA AYRES DELLOSSO
MEMBRO DO GRUPO DE LITIGÂNCIA ESTRATÉGICA
OAB/SP 291.728

ANTONIO VIEIRA
MEMBRO DO GRUPO DE LITIGÂNCIA ESTRATÉGICA
OAB/BA 17.449

CAIO BADARÓ MASSENA
MEMBRO DO GRUPO DE LITIGÂNCIA ESTRATÉGICA
OAB/RJ 217.129

MARCELLA A. MASCARENHAS NARDELLI
MEMBRO DO GRUPO DE LITIGÂNCIA ESTRATÉGICA
OAB/MG 117.261

CLARISSA TATIANA DE ASSUNÇÃO BORGES
ASSESSORA DE LITIGÂNCIA ESTRATÉGICA
OAB/MG 122.057