

Luize Cristina De Oliveira Alves
Mestranda em Direito na Universidade Federal do
Pará (UFPA)
alves.luize@gmail.com

O RECONHECIMENTO PESSOAL E SUA PREVISÃO NO ART. 226 DO CPP: QUESTÕES SOBRE VIGÊNCIA, VALIDADE, EFETIVIDADE E JUSTIÇA

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é analisar a fragilidade do reconhecimento pessoal enquanto prova no processo penal e de que modo tal fragilidade repercute nos conceitos de vigência, validade, eficiência e justiça traçados e diferenciados por Luigi Ferrajoli a partir da teoria do garantismo jurídico-penal. Em um primeiro momento, são apresentadas brevemente as fragilidades do art. 226 do CPP e, conseqüentemente, da maneira como o reconhecimento pessoal é tipificado como prova no sistema normativo brasileiro. De igual modo, evidencia-se nesta primeira parte a sua reiterada inobservância no cotidiano jurídico-penal, com flexibilizações totalmente arbitrárias. Em um segundo momento, são conceituadas e analisadas em relação ao art. 226 do CPP as categorias de vigência, validade, eficiência e justiça. Busca-se compreender, ao final, em que medida o art. 226 do CPP e, portanto, o reconhecimento pessoal como prova no processo penal brasileiro está adequado ou não aos conceitos já supramencionados.

Palavras-chave: Reconhecimento pessoal. Vigência. Efetividade. Justiça. Garantismo.

PERSONAL RECOGNITION AND ITS FORECAST IN ART. 226 OF CPP: ISSUES ON VALIDITY, EFFECTIVENESS AND JUSTICE

ABSTRACT

The objective of the present work is to analyze the fragility of personal recognition as evidence in the criminal process and how this fragility has repercussions on the concepts of formal validity, material validity, efficiency and justice outlined and differentiated by Luigi Ferrajoli based on the theory of legal-penal guarantee. At first will be presented the weaknesses of art. 226 of the CPP and, consequently, of the way in which personal recognition is typified as evidence in the brazilian normative system. In the same way, this first part shows its repeated non-observance in the legal-penal routine, with totally arbitrary flexibilities. In a second step, the categories of formal validity, material validity, efficiency and justice are conceptualized and analyzed in relation to art. 226 of the CPP. It seeks to understand, at the end, to what extent art. 226 of the CPP and, therefore, personal recognition as evidence in the brazilian criminal process are appropriate or not to the concepts already mentioned above.

Keywords: Personal recognition. Validity. Efficiency. Justice. *Garantismo*.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo busca analisar de que maneira o reconhecimento pessoal, estabelecido como uma das possíveis provas no processo penal brasileiro, está em conformidade ou não com critérios de vigência, validade, eficiência e justiça. Para tanto, analisa-se não apenas o dispositivo legal (art. 226 do CPP), mas também a sua aplicação prática e a tensões decorrentes destas no dia a dia de nosso sistema de justiça.

Isto porque, a despeito da previsão normativa expressa no supramencionado artigo, são cotidianamente realizados “reconhecimentos pessoais alternativos”, ou mais precisamente, formas de reconhecimento pessoal sem qualquer previsão legal. Sob justificativas de celeridade e garantia da justiça no processo penal brasileiro, são admitidas, de modo reiterado, flexibilizações ao art. 226 do CPP. Assim, é recorrente a instrução de processos criminais com base em reconhecimentos fotográficos, reconhecimentos realizados dentro da própria sala de audiência, dentre outras formas de violações das garantias normatizadas no art. 226 do CPP.

Mais que isso, o próprio dispositivo legal que deveria nortear a realização do procedimento do reconhecimento pessoal é incompleto e repleto de falhas, tanto do ponto de vista jurídico-constitucional quanto do ponto de vista da psicologia. Importante frisar que não se pretende, no presente estudo, esgotar as falhas existentes ou mesmo por-

menorizar tal análise já que tal esforço seria incompatível com a profundidade deste trabalho. O que se pretende é: uma vez identificadas (por diversos estudos complementares)¹ tais falhas, estabelecer quais as consequências destas para as noções de validade, vigência, eficiência e justiça do art. 226 do CPP.

Diante disto, o presente trabalho divide-se em duas partes essencialmente: a primeira consiste na definição e correlação dos termos vigência, validade, justiça e eficácia para Luigi Ferrajoli; a segunda refere-se mais especificamente ao instituto do reconhecimento pessoal, demonstrando suas fragilidades em abstrato (art. 226 do CPP) e de suas aplicações práticas.

Na conclusão pretende-se relacionar as fragilidades verificadas na segunda parte com os conceitos estabelecidos na primeira, fazendo-se assim uma análise acerca da vigência, validade, justiça e eficiência do art. 226 do CPP.

¹ Como exemplo pode-se citar o trabalho da Profa. Dra. Lilian M. Stein, organizado no livro “Falsas Memórias – Fundamentos Científicos e suas Aplicações Clínicas e Jurídicas” (STEIN, L.M., et al. Porto Alegre: Artes Médicas; 2010. 264p.), sendo esta uma das primeiras pesquisas sobre o assunto realizada em língua portuguesa e levando em consideração a legislação brasileira. Ainda neste sentido, destaca-se também as pesquisas realizadas pela Profa. Ma. Cristina Carla Di Gesu, consolidadas no livro “Prova penal e falsas memórias” (DI GESU, Cristina Carla. 3ª ed. Livraria do Advogado, 2018. 256p.). Tais pesquisas versam sobre a fragilidade da prova testemunhal e do reconhecimento dentro do processo penal brasileiro e atestam as falhas presentes na legislação (essencialmente o art. 226 do CPP no caso do reconhecimento pessoal).

1 SOBRE VIGÊNCIA, VALIDADE, JUSTIÇA E EFICIÊNCIA

Da fundamental separação entre direito e moral e entre ser e dever ser, cernes do positivismo jurídico, decorrem outras igualmente fundamentais cisões, dentre elas a separação entre justiça e direito. A premissa é de que, no campo do direito deve-se analisar tão somente a vigência e a validade das normas, ficando a análise sobre justiça ou injustiça para o âmbito da moral. Enquanto positivista crítico, Luigi Ferrajoli também adota tais separações como base para a teoria do garantismo jurídico penal.

Sendo assim, Ferrajoli (2002) distingue a mera vigência formal das leis da sua real validade. Para o autor, a vigência de uma lei significa tão somente que a sua produção respeitou todos os aspectos formais legais de elaboração, votação e entrada em vigor. Ou seja, para Ferrajoli (2002), a vigência apenas credita à lei seus aspectos formais, sem, portanto, analisar o conteúdo.

A validade ou a validez de uma norma, entretanto e segundo o autor, leva em consideração aspectos materiais da lei, analisa o conteúdo da produção legislativa e a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico. Frise-se que para Ferrajoli (2002) tal análise não detém-se em questões morais ou de justiça das leis, mas apenas na compatibilidade dos conteúdos legais.

No sentido do acima exposto e em comentário à obra de Ferrajoli, MIGUEL (2009, p. 213) conceitua:

Los términos “vigência” y “validez” vienen a corresponder conceptualmente con la más tradicional distinción entre validez formal y validez material de actos jurídicos como leyes, reglamentos, actos administrativos, contratos o sentencias: permítaseme simplificar todas esas categorías bajo la idea de norma jurídica. La validez formal, que se há considerado siempre condición necesaria, y bajo ciertas circunstancias también suficiente, para la pertenencia de una norma jurídica a un sistema jurídico, se refiere al cumplimiento de los procedimientos previstos para su aprobación por la autoridad competente. Por su parte, la validez material, que habitualmente se puede intentar constatar mediante un procedimiento posterior ao cumplimiento de la anterior forma de validez y que por tanto no se suele considerar sin más como condición necesaria para la pertenencia de la normal al sistema, se refiere a la conformidad de ésta con los contenidos de las normas superiores.

Ferrajoli (2002) chama atenção inclusive para o frequente equívoco de se identificar como “direito válido” o “direito que é” na prática, o que conduz à interpretação de que basta verificar-se a validade formal (vigência) das leis. Nos modernos Estados constitucionais, porém, em que as leis passam a incorporar valores e conteúdo de justiça (a exemplo dos chamados direitos sociais), tal concepção simplista de validade não é suficiente.

Dito de outra forma, os estados modernos, ao incorporarem em seus textos constitucionais (positivando, portanto, conteúdos de caráter social/moral, criam obrigações para que o próprio estado, na figura dos três poderes, realize tais ideais.

Em resumo, Ferrajoli (2002, pp. 287-288) entende que:

Esta concepção exclusivamente formal de validade certamente resulta adequada se referida a ordenamentos jurídicos de estrutura elementar nos quais o legislador é *legibus solutus*, de forma que qualquer norma dele emanada e da maneira que ele queira é uma norma válida. Contrariamente, nos modernos Estados constitucionais de direito, nos quais a validade das normas – assim como das leis, dos regulamentos, sentenças e atos administrativos – reside na sua correspondência não somente formal como também material com as normas de categoria superior, que não só regulam as formas senão que estabelecem também limitações de conteúdo ao exercício do poder normativo, tal concepção resulta totalmente insuficiente. (...)

De fato, tem acontecido na formação dos modernos estados constitucionais, que o direito positivo tem incorporado grande parte dos conteúdos ou valores de justiça elaborados pelo jusnaturalismo racionalista e iluminista (...). Todos esses princípios, afirmados pelas doutrinas jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII na forma de direito ou de direitos naturais, foram consagrados nas modernas constituições na forma de princípios normativos fundamentais que contêm limitações ou imperativos negativos – ou também positivos, como os expressados pelos chamados “direitos sociais” ou “materiais” (ao trabalho, à saúde, à subsistência, à educação etc.), acrescentados nas constituições deste século –, cujos destinatários são os legisladores e os demais poderes públicos.

Logo, para o autor, a incorporação de valores de justiça e de princípios originalmente intitulados como “direitos naturais” nas constituições do estado moderno é um fenômeno que passa a sujeitar todos os poderes públicos (incluindo principalmente, no tema em análise, o legislativo) às leis superiores (constitucionais) que passam a positivar tais princípios e valores.

Ainda nestas questões acerca da vigência e da validade das leis e para introduzir

a noção de justiça, Ferrajoli, em outra obra, aduz:

La primera transformación – en la estructura del sistema jurídico – se produjo con la invención y la introducción, sobre todo después de la segunda guerra mundial, de las constituciones rígidas, que incorporan principios y derechos fundamentales como límites y vínculos ya no sólo al poder ejecutivo y judicial, sino también al poder legislativo.(...)

Se trata de un cambio radical de paradigma del derecho moderno: una suerte de segunda revolución que cambia al mismo tiempo la naturaleza del derecho, la naturaleza de la política y la naturaleza de la democracia. En el plano de la teoría del derecho este cambio puede expresarse mediante la tesis de la subordinación de la propia ley al derecho y de la consiguiente disociación de vigencia (o existencia) y validez de las normas. La primera revolución en la historia de la modernidad jurídica, la que tuvo lugar con el nacimiento del derecho moderno, se había expresado con la afirmación del principio de legalidad y, con él, de la omnipotencia del legislador. Así, se conseguía, en oposición a las viejas concepciones iusnaturalistas, la identificación de la validez de las leyes con su positividad, es decir, con su emanación en las formas previstas por el ordenamiento. *Auctoritas, non veritas facit legem*, declaró Hobbes en el *Diálogo entre un filósofo y un jurista*, invirtiendo la vieja máxima iusnaturalista *veritas, non auctoritas facit legem*: el derecho no es lo ontológicamente verdadero o justo, sea cual fuere lo que se entienda con estas expresiones, sino lo convenido como tal por la ley (FERRAJOLI, 2008, pp. 209-210).

Ou seja, para Ferrajoli (2008) a partir da separação fundamental entre direito e moral, o direito não pode ser entendido como o justo ou verdadeiro, mas tão somente aquilo que está positivado em leis não apenas vigentes (aspectos formais de elaboração e promulgação) mas também válidas (quando analisadas em seus conteúdos e a compatibilidade destes com o ordenamento jurídico).

É dizer: valores morais e/ou de justiça, para o positivismo jurídico, não pertencem ao direito. Como visto, uma vez positivados e, somente a partir desta fundamentação, eles passam a ser exigíveis dos poderes estatais.

Como positivista crítico, Ferrajoli é um legitimador do direito e, portanto, completamente contrário aos ideais abolicionistas ou desconstrutivistas. Justifica o direito inclusive em mais de um nível (justificação interna e justificação externa) de modo que, superadas as verificações de vigência e validade acima expostas, reconhece a legitimidade das normas jurídicas.

Por fim, ainda sobre a relação entre direito e justiça, Ferrajoli (2002, p. 296) disserta:

Pode-se dizer, inclusive, que quanto mais altos e ambiciosos são os valores de justiça professados e perseguidos por um ordenamento, e quanto mais complexas e vinculantes são as garantias incorporadas para tal fim em seus níveis normativos superiores, mais ampla é a possível divergência entre modelos normativos e práticas efetivas e, por conseguinte, o índice de ineficácia das primeiras e da falta de validade das segundas (...)

A divergência estrutural entre validade e vigência, ou entre níveis normativos superiores e níveis normativos inferiores, ou entre o dever ser e o ser no direito, constitui o principal objeto de investigação de uma teoria garantista e analítica do direito penal, da mesma forma que a divergência entre justiça e validade, ou entre ponto de vista político externo e ponto de vista jurídico interno, ou entre dever ser e ser do direito constitui o objeto privilegiado de uma filosofia analítica da justiça penal. Podemos chamar de uma justiça interna (ou legal) a correspondência entre vigência e validade no seio de cada ordenamento: das leis em relação à Constituição e das sen-

tenças em relação às leis; e podemos chamar de justiça externa à correspondência entre validade e justiça, quer dizer, a adesão do ordenamento em seu conjunto a valores políticos externos. Devido ao caráter estrutural de ambas as divergências, caberia falar, obviamente apenas de graus de justiça tanto externa quanto interna. O grau de justiça externa se mede pela quantidade e qualidade dos princípios de justiça incorporados limitativamente nos níveis normativos mais altos do ordenamento; o grau de justiça interna depende da quantidade e qualidade das garantias das quais esteja dotado o ordenamento, ou seja, das técnicas institucionais capazes de assegurar a máxima correspondência entre normatividade e efetividade dos princípios incorporados.

Para Ferrajoli (2002) existem, portanto, graus de justiça e graus de garantismo que se correspondem. De maneira simplificada pode-se dizer que quanto mais garantias possuir um dado ordenamento jurídico (ou seja, quanto mais positivados estiverem os direitos) maior a possibilidade de se efetivar a justiça.

Isto porque, para Ferrajoli (2002), quanto mais precisa forem as normas, mais restrito estará o poder. O autor não nega que sempre haverá uma margem irreduzível de discricionariedade, mas afirma que, quanto menor for esta margem, menores serão os arbítrios e abusos de poder e, via de consequência, mais perto estaremos de garantir a justiça.

Desta forma, Ferrajoli (2002) defende que os juízes devem sim ter liberdade para julgar, mas apenas no que diz respeito a vigência e validade das leis e a mínima margem de discricionariedade supramencionada. Não cabe aos juízes, na visão do positivista

crítico, tecer julgamentos acerca da justiça das normas.

A suspensão da aplicação de uma dada lei para Ferrajoli (2002) somente é possível quando maculadas a sua vigência e/ou validade. Nestes casos, segundo o autor, deve o juiz ter liberdade suficiente para afastar a aplicação de uma norma cuja vigência ou validade estejam viciadas.

É, portanto, este grau de liberdade que Ferrajoli (2002) atribui como devido aos magistrados. Qualquer outra margem de discricionariedade está, em atenção à teoria do garantismo jurídico proposta por Ferrajoli, tendendo ao abuso de poder.

No que tange ao conceito de eficiência, inicialmente destaca-se que o mesmo não se confunde com o conceito de celeridade, sendo este último um dos componentes do primeiro. Dito de outra forma: não existe qualquer relação de proporção direta entre a velocidade (celeridade) com que se conduz um determinado processo e seu grau de eficiência. Isto porque a eficiência não se resume à celeridade, devendo esta ser aliada com outros elementos.

De igual modo, não há que se confundir eficiência com números exorbitantes de condenações ou de encarceramento. Não existe aqui também uma espécie de “regra de três”. Neste sentido: “não é pela punição a um maior número de pessoas, muitas vezes por infrações ridículas e injustas, que se pode dizer que a justiça é eficiente” (THUMS, p. 279, 2006).

A noção de eficiência, em verdade, adequa-se melhor com a realização da finalidade do processo, com o alcance dos objetivos pretendidos por este, em um perfeito – ou o mais próximo disso – equilíbrio entre o cumprimento de suas funções e o lapso temporal decorrido. Ou seja, um dos aspectos fundamentais para medir a eficiência de um processo é entender qual a sua finalidade.

Logo, impossível não tratar da finalidade do processo penal. A que se destina a persecução criminal? Diante de todo o já exposto, dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais consolidados e do mandamento constitucional vigente, não se pode admitir que a finalidade do processo penal seja a condenação. Igualmente não é cabível o entendimento de que o processo penal se destina a mera aplicação da lei penal.

Para Lopes Jr. (p. 38, 2006):

Antes de servir para a aplicação da pena, o processo serve ao Direito Penal e a pena não é a única função do Direito Penal. Tão importante como a pena é a função de proteção do indivíduo em relação ao Direito Penal, por meio do princípio da reserva legal, da própria essência do tipo penal e da complexa teoria da tipicidade.

O processo, como instrumento para a realização do Direito Penal, deve realizar sua dupla função: de um lado, tornar viável a aplicação da pena, e, de outro, servir como efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais, assegurando os indivíduos contra os atos abusivos do Estado.

Para Lopes (p. 22, 2011), portanto:

Forçoso concluir que a eficiência do processo (visto sob o ângulo global) e de seus atos (visto sob o ângulo parcial) é encontrada quando utilizados meios

que possam atingir sua finalidade, sem se afastar do garantismo, ou seja, com respeito aos direitos fundamentais.

Para a autora é essencial que dentro do conceito de eficiência do processo penal esteja inserida a premissa de respeito e observância aos direitos e às garantias previstas tanto pela Constituição de 88 quanto pelas demais legislações. Pode-se extrair, portanto, que o viés garantista é não apenas uma exigência constitucional como também condição indispensável para a eficiência do processo penal brasileiro.

Outro não é o entendimento de Lopes Jr. (2006) que opõe ao garantismo penal a ideia de utilitarismo processual. Para o autor, na sociedade atual vigora uma lógica utilitária do direito processual penal, a busca por um processo penal com maior celeridade (conceito que, como visto, não pode ser visto como sinônimo de eficiência) em que se demanda a punição pela punição e para tanto mitigam-se as garantias processuais dos indivíduos. Lopes Jr. (2006) afirma, por fim, que tal ideal de eficiência é completamente “antigarantista”.

Logo, considerando a opção constitucional por um processo penal garantista, qualquer eficiência ou celeridade baseada pura e simplesmente em números ou punir a qualquer preço (mesmo que este preço seja a violação de garantias fundamentais) não é compatível com o Estado Democrático de Direito.

Estabelecidas, deste modo, as distinções entre os conceitos de vigência, validade,

justiça e eficiência para a teoria do garantismo jurídico-penal, cumpre analisar o instituto do reconhecimento pessoal.

2 A FRAGILIDADE PROBATÓRIA DO RECONHECIMENTO PESSOAL

O reconhecimento pessoal é meio de prova trazido expressamente pelo art. 226 do Código de Processo Penal. Para Nucci (p. 492, 2011) “através do processo de reconhecimento, que é formal, como se verá a seguir, a vítima ou a testemunha tem condições de identificar (tornar individualizado) uma pessoa ou uma coisa, sendo de valorosa importância para compor o conjunto probatório”.

Lopes Jr. (p. 489, 2018), por sua vez afirma que o reconhecimento “é ato formal que visa a confirmar a identidade de uma pessoa ou coisa”. Para o autor, o problema reside na forma de realização deste ato.

Depreende-se, deste modo, que a formalidade é característica e garantia intrínseca ao reconhecimento enquanto meio probatório e que sua inobservância acarreta maior grau de fragilidade e, portanto, menor confiabilidade da prova.

É consenso, pelo menos naquilo que se verbaliza, a inexistência de hierarquia entre os mais variados tipos de prova admitidos no Direito Brasileiro. A valoração probatória, porém, é exercício diário dos magistrados, não apenas para a formação do convencimento como para a fundamentação deste (LIMA, p. 606, 2015).

Assim, muito embora não exista hierarquia, há que se reconhecer que determinados meios probatórios, pela sua própria natureza, são mais frágeis ou precários que outros. As perícias técnicas e as provas documentais, justamente pelo caráter técnico e objetivo, inegavelmente possuem maior grau de confiabilidade, objetividade e precisão. Por outro lado, provas testemunhais e o reconhecimento estão necessariamente associados a um determinado grau de subjetividade.

Dito de outra forma: as perícias, por exemplo, são realizadas por profissional, equidistante na relação processual, que analisa um objeto ou uma circunstância específica, com base em quesitos e critérios médico-legais, tudo voltado para a maior objetividade e precisão técnica possível na elaboração do laudo. No reconhecimento, por sua vez, trabalha-se com uma vítima ou com testemunhas que, invariavelmente, se conectam de alguma forma ao processo e o ato de reconhecer perpassa por questões psicológicas, além de exigir o uso de um dos aspectos mais subjetivos e falhos do ser humano: a memória.

Mais ainda, mesmo entre as provas subjetivas, o reconhecimento de pessoa pode ser considerado a mais precária. Explico. É que o ato do reconhecimento pode ser influenciado por diversos fatores ligados ao momento do reconhecimento ou à própria execução do crime que influenciam na qualidade da identificação (Lopes Jr., 2018).

Mudanças nas características físicas do acusado, por exemplo, como pintar ou cortar o cabelo, tirar ou deixar crescer a barba, variações de peso e até mesmo expressões faciais, podem levar a diferentes conclusões no momento do reconhecimento. O uso de acessórios como bonés, capacetes ou óculos durante a prática do delito também são elementos que dificultam a produção fidedigna desta prova.

Além disso, a própria postura da autoridade que conduz o ato pode ser tendenciosa ou indutiva e influenciar no reconhecimento. A carga psicológica também é fator determinante, em dois aspectos: seja na pretensa necessidade de encontrar o culpado no meio daqueles rostos apresentados, seja no nervosismo ante a excepcionalidade da situação, ao local ou aos procedimentos (DIGESU, 2010).

No mesmo sentido de todo o exposto e em síntese:

De todas as provas previstas no nosso diploma processual penal, esta é a mais falha, a mais precária. A ação do tempo, o disfarce, más condições de observação, erros por semelhança, a vontade de reconhecer, tudo, absolutamente tudo, torna o reconhecimento uma prova altamente precária. (TOURINHO FILHO, 2009 apud FURTADO, 2012)

A produção do reconhecimento enquanto meio de prova requer a árdua tarefa de reconstrução do passado e a revisitação de memórias que, inevitavelmente, contém falhas e rupturas. Nas palavras de Lopes (p. 38, 2011):

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

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

Assim, ao tratar da relação entre as memórias guardadas e a prova testemunhal (frise-se aqui que o reconhecimento decorre desta, sendo aplicável similar entendimento), Lopes Jr. e Di Gesu (p. 102) preconizam que:

O delito, sem dúvida, gera uma emoção para aquele que o testemunha ou que dele é vítima. Contudo, pelo que se pode observar, a tendência da mente humana é guardar apenas a emoção do acontecimento, deixando no esquecimento justamente o que seria mais importante a ser relatado no processo, ou seja, a memória cognitiva, provida de detalhes técnicos e despida de contaminação (emoção, subjetivismo ou juízo de valor).

O reconhecimento é, portanto, subjetivo, depende do “eu” do reconhecedor e de toda a carga psicológica envolvida. Justamente para limitar a interferência dessa subjetividade no curso do processo, foram impostas pelo legislador barreiras, consubstanciadas nos requisitos formais para a produção da prova, trazidos pelo art. 226 do CPP.

Ocorre que, como já sustentado anteriormente, as barreiras formais estabelecidas pelo art. 226 do CPP, a despeito de serem melhores do que a banalização e a flexibilização recorrentes, não são suficientes para dotar o reconhecimento pessoal da certeza e confiabilidade exigidas constitucionalmente.

Dito de outra forma: o reconhecimento pessoal, na forma como este se encontra previsto no ordenamento jurídico brasileiro, é frágil e torna-se ainda mais frágil quando sequer as barreiras do art. 226 do CPP são respeitadas. Mais que isso, o grau de fragilidade, que invariavelmente conduz à pouca confiabilidade da prova, acaba por comprometer o processo penal como um todo (na medida em que, em determinados crimes, o reconhecimento pessoal é a principal e, por vezes, única prova de autoria) e a compatibilidade deste com os princípios constitucionais.

CONCLUSÃO

Diante da fragilidade probatória apontada ao norte e considerando a relevância do reconhecimento pessoal como meio de prova no processo penal brasileiro, urge compreender de que forma este instituto se relaciona com as noções de vigência, validade, justiça e eficácia traçadas pelo garantismo jurídico-penal de Luigi Ferrajoli. Somente assim é possível identificar os principais problemas existentes e, mais do que isso, a melhor maneira de solucioná-los dentro do ordenamento.

Dito isso, conclui-se que, no que tange ao conceito de vigência, há adequação por parte do art. 226 do CPP na medida em que, uma vez incorporado ao Código de Processo Penal, atendeu aos requisitos formais de elaboração, votação, aprovação e entrada em

vigor estabelecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

O primeiro problema identificado reside na validade, ou seja, na análise de conteúdo do referido artigo. Isto porque, diante da evidente fragilidade no procedimento probatório estabelecido e, via de consequência, das incertezas e riscos que tal fragilidade acarreta ao processo, é patente a incompatibilidade com os princípios constitucionais. Isto é: a previsão legal atual do reconhecimento pessoal enquanto prova no processo penal, permeada por lacunas e ambiguidades interpretativas (e, portanto, incapaz de controlar a fragilidade probatória inerente ao reconhecimento), conduz à invalidade de seu conteúdo perante normas superiores (a exemplo do texto constitucional).

REFERÊNCIAS

DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y Garantismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

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

FURTADO, Renato de Oliveira. **Reconhecimento sem as formalidades legais – Prova ilícita**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 99, abr 2012. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=11447&n_link=revista_artigos_leitura. Acessado em: nov 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

No que se refere à eficiência, uma vez observadas as constantes flexibilizações as quais é submetido (tais como reconhecimento fotográfico, reconhecimento realizado dentro da sala de audiência, reconhecimentos com apenas um sujeito a ser reconhecido, induções, etc) e considerando a fragilidade já mencionada, o art. 226 do CPP é lei ineficiente já que incapaz de garantir a finalidade do processo ou mesmo um grau satisfatório de certeza das decisões nele baseadas.

Por fim, quanto ao conceito de justiça, pode-se dizer que diante da invalidade e ineficiência supra diagnosticadas o art. 226 do CPP é lei injusta quando analisados os conteúdos de justiça positivados na Constituição de 88 a partir do fenômeno do neoconstitucionalismo.

LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOPES, Mariangela Tomé. **O reconhecimento como meio de prova: necessidade de reformulação do direito brasileiro**. São Paulo, 2011. Disponível em: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-10092012-160242/pt-br.php. Acessado em: nov 2018.

MIGUEL, Alfonso Ruiz. **Validez y vigencia: un cruce de caminos en el modelo garantista**. In: **Garantismo: estudos sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. 2a ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.