

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

O RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO COMO MEIO DE PROVA:
Uma análise diante da mudança jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça

GABRIELLE GAMA DE ABREU

Rio de Janeiro

2021

GABRIELLE GAMA DE ABREU

**O RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO COMO MEIO DE PROVA:
Uma análise diante da mudança jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Dra. Rachel Herdy de Barros Francisco.

Rio de Janeiro

2021

CIP - Catalogação na Publicação

AA162r Abreu, Gabrielle Gama de
O RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO COMO MEIO DE PROVA:
Uma análise diante da mudança jurisprudencial do
Superior Tribunal de Justiça / Gabrielle Gama de
Abreu. -- Rio de Janeiro, 2021.
81 f.

Orientadora: Rachel Herdy de Barros Francisco.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2021.

1. Nova posição adotada pelo Superior Tribunal de
Justiça. 2. Nulidade do ato de reconhecimento. 3.
Falsas Memórias. 4. Inobservância ao artigo 226 do
Código de Processo Penal brasileiro. 5.
Reconhecimento Fotográfico. I. Francisco, Rachel
Herdy de Barros, orient. II. Título.

GABRIELLE GAMA DE ABREU

**O RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO COMO MEIO DE PROVA:
Uma análise diante da mudança jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Dra. Rachel Herdy de Barros Francisco.

Data da Aprovação: 07/10/2021

Banca Examinadora:

Orientadora: Rachel Herdy de Barros Francisco

Membro da Banca: Diego Martinez Fervenza Cantoário

Membro da Banca: Natália Lucero Frias Tavares

Rio de Janeiro

2021

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus por ser meu principal ponto de apoio e esperança, por me dar um propósito e não deixar que eu esqueça o quão valiosa é a vida. A Jesus, meu maior referencial na luta por justiça e igualdade, ideais que me deram a força necessária para concluir esta graduação. Eu Te vejo em tudo.

Agradeço aos meus pais: Minha mãe, Adriana, por ser o amor em forma de gente, por ter me ensinado a sonhar e por todas as vezes em que não me permitiu desistir destes sonhos, por ter me apresentado a um Deus vivo e por acreditar em mim mais do que eu mesma sou capaz; Meu pai, Jorge Cezar, por fazer o possível e, muitas vezes, o impossível para que eu possa alcançar cada objetivo traçado, nunca permitindo que eu me sentisse sozinha ou desamparada durante as adversidades atravessadas.

Agradeço aos meus irmãos: Beatriz, por ser a única pessoa no mundo capaz de me entender de forma transcendental; Ramon, por ser o melhor irmão mais velho que eu poderia ter; e Pietra, por todos os dias me abençoar com o “eu te amo” mais sincero, o qual apenas uma criança de 2 anos poderia dar. Obrigada por compartilharem comigo algo tão único e inexplicável que é o laço entre irmãos.

Agradeço a todos os meus familiares, por sempre serem tão presentes ao ponto de eu me odiar por não conseguir citar cada um aqui. Agradeço, em especial, aos meus avós: Marlene, Penha, Luiz e Mário. Tudo o que eu sou e conquisto é de vocês.

Agradeço à minha eterna Belinha, por ter sido a melhor companhia durante os 14 anos que vivemos juntas e por ter me ensinado tudo de mais bonito que sei sobre amizade.

Agradeço às minhas amigas: Mayara, Janaina, Paula, Revelyn e Lorena, pelas palavras de incentivo e pela certeza de que Deus demonstra seu cuidado comigo através das pessoas incríveis que coloca em minha vida. Agradeço, ainda, à Eduarda, à Natalia, e novamente à

Mayara, por todos os momentos compartilhados, os quais foram de importância fundamental durante o árduo caminho da graduação.

Agradeço à Professora Janaina Matida, a grande responsável por despertar minha curiosidade e paixão pelo tema do presente estudo.

Por fim, agradeço à minha orientadora, Rachel Herdy, por todo o apoio e compreensão que só os melhores professores são capazes de oferecer.

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar o reconhecimento fotográfico como meio de prova no processo penal brasileiro e a mudança que o entendimento acerca deste sofreu a partir do julgamento do *Habeas Corpus* nº 598.886 – SC. Inicialmente, discute-se a forma procedimental com que o reconhecimento é realizado, onde, através da abordagem de discussões doutrinárias, percebe-se a lacuna existente entre o “ser” e o “dever ser” atinente ao trâmite previsto no artigo 226 do Código de Processo Penal Brasileiro, o possível desrespeito a princípios basilares no ordenamento jurídico pátrio e até que ponto tais problemáticas afetam a validade deste meio de prova. Na sequência, questiona-se a confiabilidade do reconhecimento fotográfico, tratando da suscetibilidade deste às diversas variáveis existentes, como o fenômeno das falsas memórias e o *cross race effect*, que contribuem com a perpetuação de estigmas e, conseqüentemente, corroboram condenações injustas baseadas na seletividade penal. Por fim, faz-se uma análise detalhada do julgamento do *Habeas Corpus* nº 598.886 – SC, este que efetivou mudanças significativas no entendimento consolidado acerca da valoração probatória do reconhecimento fotográfico, e, assim, examina-se a jurisprudência anterior e posterior à mudança, destacando o impacto e a importância desta para um processo penal mais justo. A pesquisa segue o método dedutivo, de natureza qualitativa, utilizando-se das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: reconhecimento fotográfico; validade probatória; falsas memórias; *cross race effect*; condenações injustas; seletividade penal.

ABSTRACT

This paper aims to analyze photographic recognition as a proof in the Brazilian criminal process and the change that the understanding of this has undergone since the judgment of Habeas Corpus No. 598.886 - SC. Initially, the procedural form in which the recognition is carried out is discussed, where, through doctrinal discussions, the gap between the "is" and the "ought" regarding the procedure provided for in article 226 of the Brazilian Code of Criminal Procedure is perceived, the possible disrespect for basic principles in the Brazilian legal system and the extent to which such problems affect the validity of this means of proof. Next, the reliability of photographic recognition is questioned, dealing with its susceptibility to several variables, such as the phenomenon of false memories and the cross race effect, which contribute to the perpetuation of stigmas and, consequently, corroborate unfair convictions based on penal selectivity. Finally, a detailed analysis is made of the judgment of Habeas Corpus No. 598.886 - SC, which made significant changes in the consolidated understanding about the evidential value of photographic recognition, and thus the jurisprudence before and after the change is examined, highlighting its impact and importance for a fairer criminal process. The research follows the deductive method, qualitative in nature, using the techniques of bibliographic and documental research..

Keywords: photographic recognition; probative validity; false memories; cross race effect; wrongful convictions; penal selectivity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
I. TRÂMITE DO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO: O GAP ENTRE O SER E O DEVE SER.....	12
1. A (IN)OBSERVÂNCIA ÀS FORMALIDADES PREVISTAS NO ARTIGO 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	12
2. O (DES)RESPEITO A PRINCÍPIOS BASILARES DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	20
3. A (IN)VALIDADE DO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO.....	25
II. A INCONFIABILIDADE DO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO E A PERPETUAÇÃO DE ESTIGMAS	31
1. O FENÔMENO DAS FALSAS MEMÓRIAS.....	32
2. O IMPACTO DAS FALSAS MEMÓRIAS NO ATO DO RECONHECIMENTO	35
3. A CORROBORAÇÃO DA SELETIVIDADE PENAL E O <i>CROSS RACE EFFECT</i>	42
III. A MUDANÇA DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ACERCA DA VALIDADE PROBATÓRIA DO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	49
1. A FALIBILIDADE DAS CONDENAÇÕES ANTERIORES AO NOVO POSICIONAMENTO DO STJ.....	49
2. O HABEAS CORPUS Nº 598.886 – SC E A NOVA POSIÇÃO ADOTADA PELO STJ	57
3. O IMPACTO DA MUDANÇA JURISPRUDENCIAL ESTUDADA	64
CONCLUSÃO	72
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	75

INTRODUÇÃO

A presente monografia se propõe a analisar o reconhecimento fotográfico como meio de prova e a sua validade probatória, visto que a prática com que este é realizado, por muitas vezes, diverge da forma prevista na legislação.

Importante ressaltar que o reconhecimento fotográfico não tem previsão em lei, mas lhe é aplicado, por analogia, o artigo 226 do Código de Processo Penal brasileiro¹, o qual trata do reconhecimento pessoal.

É cediço que, no *ethos* das delegacias de polícia, as autoridades utilizam o reconhecimento fotográfico como elemento probatório, valendo-se de fotos contidas nos chamados “álbuns de suspeitos”, os quais são preenchidos com imagens de indivíduos que possuem antecedentes criminais, e até mesmo alimentados por fotografias retiradas de redes sociais sem a ciência ou consentimento do indivíduo a ser reconhecido.

Além dos aspectos formais, existem elementos subjetivos que tornam o reconhecimento fotográfico um meio de prova que merece ter sua confiabilidade questionada.

Torna-se relevante o estudo do tema, visto que são recorrentes as condenações injustas baseadas em reconhecimentos fotográficos realizados de forma incorreta, acarretando a restrição da liberdade de inúmeros indivíduos inocentes.

¹ Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;
II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;
III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;
IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.
Parágrafo único. O disposto no nº III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 01/10/2021.

O ponto central da presente pesquisa reside em analisar, à luz de diferentes opiniões doutrinárias e científicas, os fatores objetivos e subjetivos que podem influenciar na confiabilidade do ato do reconhecimento, evidenciando, desse modo, a fragilidade e a falibilidade deste meio de prova. Além disso, será analisada a mudança jurisprudencial trazida pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 598.886 – SC, bem como serão observados, através de julgados recentes, o impacto e a importância da referida Decisão para o instituto do reconhecimento fotográfico.

A presente pesquisa é de cunho exploratório, onde, a partir de uma análise qualitativa, será possível verificar a aplicação prática de teorias e conceitos jurídicos. A fim de alcançar os objetivos propostos, utiliza-se da técnica bibliográfica, com um levantamento teórico e doutrinário a respeito dos temas tratados, bem como a técnica documental, através do uso da legislação e a análise de diversos casos presentes na jurisprudência pátria.

Nessa esteira, será utilizado o método de abordagem dedutivo, enquanto modo de verificação observacional que parte de premissas generalizadas em direção a uma conclusão mais particularizada. Assim, tem-se como ponto de partida a análise do reconhecimento fotográfico como meio de prova, trazendo à tona a discussão acerca de sua validade diante dos entendimentos a respeito de sua adequada utilização.

Para tanto, o presente trabalho será dividido em três capítulos. O primeiro se limita a discutir a lacuna existente entre o “ser” e o “dever ser” atinente ao trâmite do reconhecimento fotográfico, onde inicia-se tratando da inobservância deste à forma prevista na lei, bem como o desrespeito a diversos princípios basilares que regem o processo penal e, conseqüentemente, a problemática a respeito da decretação de sua nulidade.

O segundo capítulo põe à prova a confiabilidade do reconhecimento fotográfico, ressaltando as fragilidades às quais este é suscetível. Haja vista a sua natureza cognitiva e circunstancial, o reconhecimento é uma das provas que dependem da reconstrução de fatos em nossa mente e, com isso, é altamente suscetível à ocorrência dos fenômenos das falsas memórias, do *cross race effect* e da seletividade penal. Isto posto, conclui-se que uma prova com tamanha fragilidade não deveria, por si só, ensejar em sentenças penais condenatórias.

Por fim, no último capítulo, analisa-se a nova posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça a respeito da validade do reconhecimento fotográfico e a observância aos requisitos formais previstos no artigo 226 do Código de Processo Penal. Com o intuito de ilustrar a importância da referida mudança jurisprudencial, serão analisados casos anteriores e posteriores a esta, ressaltando a necessidade de um maior diálogo entre pesquisadores, aplicadores do direito e, até mesmo, as autoridades policiais competentes pela instrução probatória na fase inquisitorial, para que seja alcançado um sistema penal com garantias e direitos assegurados.

I. TRÂMITE DO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO: O GAP ENTRE O SER E O DEVE SER

Inicialmente, insta salientar que há uma lacuna existente entre as condições ideais para a realização de um reconhecimento fotográfico sem vícios e como este realmente se dá na prática.

É cediço que, na prática, muitos reconhecimentos são realizados de maneira arbitrária, tanto na fase pré-processual quanto em juízo, desrespeitando a forma prevista no artigo 226 do Código de Processo Penal brasileiro e, assim, resultando em um processo penal viciado que, conseqüentemente, enseja em condenações injustas.

Nesse sentido, importante destacar que, além da inobservância às formalidades previstas na lei, existem discussões doutrinárias acerca do desrespeito do reconhecimento fotográfico a alguns princípios penais basilares, como o princípio da presunção de inocência, o princípio do devido processo legal e o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Tendo em vista as diversas arbitrariedades citadas, a nulidade, e conseqüente invalidade probatória, do reconhecimento fotográfico é problemática discutida por muitos autores, conforme será observado no presente capítulo.

1. A (IN)OBSERVÂNCIA ÀS FORMALIDADES PREVISTAS NO ARTIGO 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

À princípio, quando se trata do reconhecimento fotográfico, importante atentar para como este ato deveria, em tese, ocorrer e o modo como há, na prática, a inobservância da forma prevista na lei pela autoridade que o realiza.

Imperioso destacar que, de acordo com Aury Lopes Jr.², o reconhecimento trata-se de:

Uma prova cuja forma de produção está estritamente definida e, partindo da premissa que – em matéria processual penal – forma é garantia, não há espaço para informalidades judiciais. Infelizmente, prática bastante comum na praxe forense consiste em fazer “reconhecimentos informais”, admitidos em nome do princípio do livre convencimento motivado.

Pela falta de previsão específica na legislação, o reconhecimento fotográfico é orientado, analogicamente, pelo trâmite contido no artigo 226 do Código de Processo Penal, o qual trata do reconhecimento pessoal. Nesse sentido, vale trazer à luz o referido dispositivo. Vejamos:

Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:
 I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;
 II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;
 III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;
 IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.
 Parágrafo único. O disposto no nº III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.

O dispositivo em comento disponibiliza o procedimento a ser seguido e os requisitos mínimos para que seja alcançada a validade e licitude deste meio de prova, mesmo que este seja produzido em fase pré-processual e, assim, não observando os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Tal fragilidade torna imperiosa a observância ao procedimento imposto na lei, a fim de que o resultado do ato de reconhecimento não seja viciado, levando a condenações injustas e a um processo penal defasado.

No que tange a observância, pelo reconhecimento fotográfico, ao trâmite contido no artigo 226 do Código de Processo Penal, Guilherme Nucci defende que “se for essencial que

² LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 496.

assim se proceda, é preciso que a autoridade policial ou judicial busque seguir o disposto nos incisos I, II e IV do artigo 226 do Código de Processo Penal.”³

Em relação ao primeiro inciso do artigo 226 do Código de Processo Penal, este rege à descrição do indivíduo a ser reconhecido. Cabe registrar que a descrição pode se ater apenas às características principais, não necessitando de tantos detalhes, visto que – como será abordado posteriormente – a memória da vítima tende a ficar comprometida principalmente nas situações de estresse. Nessa linha, Guilherme Madeira aduz que a descrição até mesmo pode ser dispensada, “se característica única e isolada fora hábil para identificar o reconhecido”⁴.

Ainda acerca da descrição, Adalberto Aranha ressalta a necessidade desta ser feita anteriormente à exibição de materiais/documentos ao reconhecedor⁵. Isto faz-se imperioso para evitar eventuais contaminações à memória. A ordem do trâmite se faz imperiosa, tendo em vista a possibilidade de eventual contaminação da memória. Ocorre que, na prática das delegacias, é “normal” que essa disposição seja contrariada, sendo mostradas as fotografias ao reconhecedor antes mesmo deste descrever o autor do delito, influenciando diretamente na prova produzida.

Em cumprimento ao inciso II, assim como é exigido no reconhecimento pessoal a disposição de pessoas semelhantes ao indivíduo a ser reconhecido, no reconhecimento fotográfico deve ocorrer a apresentação de diversas fotografias com indivíduos semelhantes ao acusado para que este seja devidamente reconhecido. Apesar de, na prática, não ser observado esse requisito, Guilherme Nucci dispõe que configura-se ideal o ato de “colocar pessoas semelhantes para serem apresentadas em conjunto ao reconhecedor”⁶.

Guilherme Madeira, ainda sobre o referido inciso, trata da divergência doutrinária acerca da expressão “se possível”, salientando a opinião de Nucci e Tourinho Filho, os quais

³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 488.

⁴ DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Atualizado de acordo com as leis 11.689, 11.690/08 e 11.719/08. Campinas: Millenium Editora, 2008. p. 250

⁵ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 223

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 492.

defendem que o termo se refere à semelhança dos indivíduos, podendo esta ser facultativa, e não à necessária disposição de diversos indivíduos⁷.

Contudo, doutrinadores como Mirabete, seguidos por jurisprudência majoritária, assentem que a expressão “se possível” abre margem para a possibilidade do acusado ser mostrado à vítima sem que sejam dispostos outros indivíduos como alternativa⁸. Em analogia, no reconhecimento fotográfico, é comum as autoridades policiais apresentarem a fotografia de apenas um indivíduo. Importante salientar que tal atitude arbitrária condiciona a vítima ao pensamento sugestionado de que aquele único indivíduo apresentado é realmente o culpado, comprometendo o verdadeiro resultado.

Nessa mesma esteira, cabe pincelar a discussão doutrinária quanto a convalidação de reconhecimento realizado em juízo, mesmo que não se tenha observado os trâmites previstos na legislação. Nesses casos, Guilherme de Souza Nucci pontua que o que ocorre é uma espécie de “reconhecimento informal”⁹.

Em sentido contrário, Guilherme de Madeira sustenta que “não podem ser afastadas as formalidades previstas neste artigo quando do reconhecimento feito em juízo”¹⁰, defendendo pela necessidade de observância, até mesmo na fase judicial, dos requisitos contidos no artigo 226 do Código de Processo Penal, ressaltando que a única disposição legalmente passível de ser facultada é o inciso III, conforme exposto no parágrafo único do referido artigo.

Por fim, como último requisito, tem-se o disposto no inciso IV do artigo 226 do Código de Processo Penal, o qual dispõe a elaboração de auto pormenorizado do reconhecimento, que deverá ser lavrado pela autoridade responsável, bem como deve ser assinado pelo reconhecedor e mais duas testemunhas. No que tange ao reconhecimento fotográfico, devem ser anexadas ao auto as fotografias que ensejaram no ato do reconhecimento.

⁷ DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Atualizado de acordo com as leis 11.689, 11.690/08 e 11.719/08. Campinas: Millenium Editora, 2008. p. 250

⁸ DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Atualizado de acordo com as leis 11.689, 11.690/08 e 11.719/08. Campinas: Millenium Editora, 2008. p. 251

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 492

¹⁰ Op. cit., p. 258.

Em contrariedade aos requisitos abordados, a prática observada nas delegacias de polícia revela o recorrente descaso com que o reconhecimento, principalmente o reconhecimento fotográfico, é produzido, colocando em discussão pertinente o valor probatório atribuído a este. Quanto ao referido tema, Aury Lopes Junior aponta a seguinte crítica:

O ponto de estrangulamento é o nível de (in)observância por parte de juízes e delegados da forma prevista no Código de Processo Penal. Trata-se de uma prova cuja forma de produção está estritamente definida e, partindo da premissa de que – em matéria processual penal – forma é garantia, não há espaço para informalidades judiciais. Infelizmente, prática bastante comum na praxe forense consiste em fazer “reconhecimentos informais”, admitidos em nome do princípio do livre convencimento motivado. É uma perigosa informalidade quando um juiz questiona a testemunha ou vítima se “reconhece(m) o(s) réu(s) ali presente(s) como sendo o(s) autor(es) do fato”¹¹

Ademais, como se não bastassem os apontamentos já realizados, necessário trazer a tona que a adoção da jurisprudência pátria da tese de que os requisitos mínimos previstos no artigo 226 do Código de Processo Penal constituem em “mera recomendação legal” torna o reconhecimento passível não somente de nulidade, como também de ilicitude, visto que, conforme iremos tratar no tópico seguinte, desrespeita o princípio do devido processo legal¹², reduzindo as garantias constitucionais, estas que são de interesse público.

Ocorre que, se o reconhecimento de pessoas em sua forma original já é frágil, o fotográfico é exponencialmente mais vulnerável e passível de vícios, visto que as fotos não podem ser comparadas à realidade, sendo afetadas por variáveis como a nitidez, o ângulo, a ausência de movimento corporal, etc. Além disso, importante destacar que as fotos apresentadas ao reconhecedor são escolhidas pelas próprias autoridades policiais, que possuem, em seus registros, uma espécie de “álbum de suspeitos”, cuja confiabilidade é facilmente posta à prova e deve ser questionada.

Em relação a formação do referido álbum de suspeitos, Sérgio Rodas salienta que é um ato administrativo, devendo, desta forma, ser fundamentada a decisão que leva à escolha das fotos constantes neste, bem como explicita o fato de que “a imagem só pode ser incluída no

¹¹ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 496

¹² LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. *Memória não é Polaroid: precisamos falar sobre reconhecimentos criminais*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-nov-07/limite-penal-memoria-nao-polarid-precisamos-falar-reconhecimentos-criminais>>. Acesso em set de 2021.

álbum se o fotografado a autorizar, em respeito aos princípios do devido processo legal e da presunção de não culpabilidade”¹³.

Todavia, apesar do entendimento supracitado, a realidade fática é outra, onde inúmeros indivíduos descobrem imagens suas como possíveis suspeitos em álbuns de delegacias, sem qualquer justificativa plausível para acobertar tal prática. Um exemplo recente que pode ser destacado é o caso de um homem que, por foto tirada há 5 (anos) atrás, foi reconhecido 9 (nove) vezes, todas estas tendo como resultado final do processo sua absolvição¹⁴. Diante disso, a 1ª Vara Criminal de Nilópolis do estado do Rio de Janeiro ordenou que a 57ª Delegacia de Polícia do Rio de Janeiro retirasse do álbum de suspeitos a referida fotografia.

O juiz ressaltou ainda que a foto do álbum da 57ª Delegacia de Polícia do Rio não possui indicação de onde foi tirada ou qualquer menção de que o homem tenha autorizado seu uso. Acredita-se que a fotografia tenha sido tirada em 2016, quando o acusado foi preso em flagrante, sua única passagem policial. Sendo assim, Alberto Fraga acredita que não há motivo para, cinco anos depois, a mesma imagem continuar sendo veiculada ao livro de suspeitos.¹⁵

Matida e Cecconello chamam atenção para o fato de que o álbum de suspeitos é mais uma porta à arbitrariedade a qual o reconhecimento fotográfico está sujeito.

“É de se notar que o emprego dos álbuns de foto suspeitos é terreno franqueado às arbitrariedades, tanto porque inexistem critérios para a inclusão/exclusão das imagens, quanto porque há verdadeira lacuna quanto aos protocolos que devem ser seguidos para que a maneira de se conduzir o ato não represente, em si mesma, um fator de contaminação da memória da vítima/testemunha. A acurácia do resultado depende da adoção de critérios e protocolos para o uso de fotografias.”¹⁶

Ademais, na discussão acerca do uso do álbum de suspeitos, faz-se mister pontuar que este encontra-se atrelado ao que é chamado de “visão de túnel”.

Visão de túnel é uma tendência humana natural que tem efeitos particularmente perniciosos no sistema de justiça criminal. Por visão de túnel, referimo-nos a um ‘compendio de heurísticas comuns e falácias lógicas’ as quais estamos todos suscetíveis, que conduzem os atores do sistema de justiça criminal a focarem no suspeito, selecionarem e filtrarem as provas que construirão o caso para a

¹³ RODAS, Sérgio. Foto de preso em flagrante há anos deve ser excluída de álbum de suspeitos. *Consultor Jurídico*, 2021. Disponível em: <[ConJur - Foto de preso em flagrante deve ser excluída de álbum de suspeitos](#)> Acesso em 15/09/2021.

¹⁴ RODAS, Sérgio. Foto de preso em flagrante há anos deve ser excluída de álbum de suspeitos. *Consultor Jurídico*, 2021. Disponível em: <[ConJur - Foto de preso em flagrante deve ser excluída de álbum de suspeitos](#)> Acesso em 15/09/2021.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ MATIDA, Janaina; CECCONELLO, William W. *Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência*. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 7, n. 1, jan./abr. 2021, p. 420.

condenação, ao mesmo tempo que ignoram ou suprimem as provas que apontam para longe da culpa¹⁷.

Dentro desse cenário, Matida e Cecconello defendem que “abordar seriamente a temática do reconhecimento fotográfico implica rechaçar de pronto práticas odiosas como o álbum de suspeitos e a exposição de imagens de suspeitos displicentemente extraídas das redes sociais”¹⁸.

Isto posto, resta claro e evidente que todo o procedimento do reconhecimento fotográfico é passível de incontáveis vícios, estes, em sua maior parte, atrelados ao trâmite criado pelas próprias autoridades policiais, que parecem ignorar o procedimento previsto em lei, optando por estabelecer suas próprias regras, o que acaba por descredibilizar um meio de prova que deveria somar ao sistema probatório.

A fim de ilustrar, com propriedade, a vulnerabilidade que cerca a validade do reconhecimento fotográfico, cabe trazer à luz a opinião qualificada de dois Delegados de Polícia – os quais também são estudiosos do Direito:

É preciso colocar em discussão a metodologia informadora e a prática constitutiva desses reconhecimentos pessoais. Em outras palavras, quais são os critérios técnicos observados pelas agências criminais a garantir o nível de confiabilidade racional exigido para esse tipo de instrumento (re)cognitivo do caso penal? Quais os parâmetros científicos levados em consideração para um reconhecimento de pessoas que asseguram a validade de seu resultado final (positivo ou negativo)? Na maioria das situações não há técnica alguma, apenas um empirismo vulgar e orientador de injustiças criminais. É preciso levar mais a sério a complexa função (re)cognitiva da persecução penal, bem como os necessários mecanismos de controle epistêmico e standards de prova mais exigentes, próprios de um regime processual democrático. Não custa repetir que, em qualquer Estado minimamente preocupado com a tutela de direitos fundamentais, impõe-se à decisão criminal condenatória uma sustentação por elementos empíricos válidos e demonstráveis de forma objetiva e racional que indiquem a superação do nível de dúvida razoável que milita em favor do imputado.¹⁹

¹⁷ FINDLEY, Keith; SCOTT, Michael. *The Multiple Dimensions of Tunnel Vision In Criminal Cases*. *Wisconsin Law Review*, n. 1023, 2006. pp. 291-397.

¹⁸ Op. cit., p. 413.

¹⁹ MACHADO, Leonardo Marcondes; BARILLI, Raphael Jorge de Castilho. O reconhecimento de pessoas como fonte de injustiças criminais. *Consultor Jurídico*, 2019. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-jul-16/academia-policia-reconhecimento-pessoas-fonte-injusticias-criminais>>. Acesso em: 15/09/2021.

Outrossim, a doutrina abalizada de Badaró versa com maestria a respeito do reconhecimento fotográfico e sua admissão no sistema probatório penal do ordenamento jurídico brasileiro²⁰:

O reconhecimento pessoal já foi apontado como a mais falha e precária das provas. A principal causa de erro no reconhecimento é a semelhança entre as pessoas. A avaliação do valor probatório do reconhecimento envolve um fator essencial: o confronto entre a descrição antecipadamente feita e os traços físicos da pessoa identificada. Por isso, é necessária a estrita observância do procedimento probatório previsto no art. 226 do CPP, para que o reconhecimento pessoal possa ser valorado como prova. O reconhecimento fotográfico tem sido aceito como meio de prova válido, desde que não seja possível a realização do reconhecimento pessoal. O principal argumento para a aceitação do reconhecimento fotográfico é, justamente, que se trataria de um “meio de prova atípico”. Todavia, o reconhecimento fotográfico não é prova atípica, mas um meio de prova irritual, que vulnera o procedimento probatório previsto no art. 226, substituindo a segunda fase de comparação física e ao vivo da pessoa a ser reconhecida pela comparação fotográfica. Não se trata, pois, de um simples caso de prova atípica, que seria admissível ante a regra do livre convencimento judicial. As formalidades de que se cerca o reconhecimento pessoal são a própria garantia da viabilidade do reconhecimento como prova, visando a obtenção de um elemento mais confiável de convencimento.

Interessante enriquecer o presente trabalho com a experiência empírica relatada em pesquisa feita pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, onde foram expostas diversas defasagens no procedimento do ato de reconhecimento fotográfico²¹. Vejamos:

Como já mencionado, os casos tem em comum o fato do(a) acusado(a) ter sido reconhecido(a) por meio fotográfico em sede policial, porém algumas situações chamam atenção: um caso em que a vítima compareceu duas vezes na delegacia em momentos diversos, tendo identificado fotos diferentes em cada um deles; um caso em que a vítima fez o reconhecimento cinco meses depois da ocorrência do fato, chamada pelos policiais porque um homem tinha sido preso praticando roubos com o mesmo modus operandi na região; um caso de reconhecimento por foto no celular do policial procurado pela vítima logo após na ocorrência, lotado na UPP do local; **alguns casos em que a vítima afirmou em juízo que, em seu depoimento em sede policial, não havia dado certeza sobre o reconhecimento, demonstrando dúvida em relação a várias fotos que foram apresentadas.** Esse caso, aliás, do **reconhecimento por foto no celular do policial**, chama a atenção porque o acusado já foi absolvido em três processos anteriores ao relatado, todos pelo mesmo motivo, falta de confirmação do reconhecimento em juízo. **Da leitura dos relatos, é possível notar que, em pelo menos metade os(as) acusados(as) tinham anotações anteriores, o que explica constarem nos registros fotográficos das delegacias de polícia, verificando-se ser comum que sejam apresentadas fotos de pessoas acusadas de outros crimes, o que reforça a estigmatização criminal.** (grifei)

²⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 490-491

²¹ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Disponível em: <[d12a8206c9044a3e92716341a99b2f6f.pdf](https://www.def.br/defensao/2021/09/16/d12a8206c9044a3e92716341a99b2f6f.pdf) (rj.def.br)> Acesso em 16/09/2021.

Por fim, insta registrar que, além dos obstáculos enfrentados pelo reconhecimento fotográfico em relação aos aspectos procedimentais realizados erroneamente pelas autoridades envolvidas, este ainda revela-se frágil perante as diversas possibilidades de influências subjetivas em seu resultado, como é o caso da ocorrência das falsas memórias, o fenômeno do *cross race effect* e o racismo estrutural, todas variáveis que serão abordadas no capítulo seguinte.

2. O (DES)RESPEITO A PRINCÍPIOS BASILARES DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

É cediço que nosso ordenamento jurídico é composto tanto por regras como por princípios, ambos de igual e extrema importância para resguardar nossos direitos e garantias. Nessa esteira, a observância aos princípios é imperiosa no curso de um processo penal, inclusive durante a instrução probatória.

Desde a fase inquisitorial até a prolação da sentença, necessita-se respeitar os diversos princípios existentes, mas os principais que serão evidenciados no presente tópico são: o princípio do contraditório e da ampla defesa, o princípio da presunção de inocência e o princípio do devido processo legal.

A presente discussão visa levantar o questionamento acerca do atendimento aos referidos princípios pelo procedimento do reconhecimento fotográfico e até que ponto esse (des)respeito afeta a licitude e/ou validade deste meio de prova.

Inicialmente, vale trazer à luz o princípio da liberdade probatória, o qual instaura o entendimento que qualquer prova deve ser admitida, bastando esta ser lícita. Dentro desse cenário, ressalte-se que uma prova lícita é aquela produzida em observância aos princípios aqui discutidos.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa encontram previsão no artigo 5º, inciso LV²², da Constituição Federal de 1988.

Na doutrina de Aury Lopes Jr., o contraditório é tratado como ato imprescindível para um mínimo de configuração acusatória do processo. É um método de confrontação da prova e que serve para atestar a verdade, visto que ao ser exercido, o contraditório oportuniza a contradição de uma parte perante a alegada verdade de outra²³. É através dele que é exercido o direito à resposta e a dialética processual.

Em relação à ampla defesa, cabe ressaltarmos o direito à defesa técnica, o qual está previsto no artigo 261 do Código de Processo Penal²⁴, onde resta disposto que o advogado/defensor é indisponível no processo e julgamento.

Quanto à necessidade de observância ao direito de defesa técnica, Cristina di Gesu pontuou:

Isso quer dizer que o sujeito passivo deve, necessariamente, ser acompanhado de advogado, ou seja, de pessoa dotada de conhecimentos teóricos de direito, devido à sua hipossuficiência, a fim de que se possa garantir a paridade de armas e o equilíbrio processual em relação ao Ministério Público.²⁵

No entanto, o princípio do contraditório e da ampla defesa não é assegurado em fase pré-processual²⁶, o que atinge diretamente o reconhecimento fotográfico. Dentro do cenário deste meio de prova, como este é realizado em fase de inquérito, o suspeito não tem a oportunidade de impugná-lo e, assim, exercer o direito ao contraditório e ampla defesa. Ocorre que como é realizado em fase pré-processual, mesmo não observando o referido princípio, o reconhecimento fotográfico não pode ser considerado inválido.

²² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 01/10/2021.

²³ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 94

²⁴ Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 01/10/2021.

²⁵ DI GESU, Cristina. *Prova Penal e Falsas Memórias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 70

²⁶ LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; CHOUKR, Fauzi Hassan apud LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 117-124;

Já quando se trata do reconhecimento fotográfico em fase judicial, em que este necessita ser confirmado em juízo, imperioso se faz o atendimento ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Contudo, a validade desta prova mesmo assim pode ser questionada, nos casos em que não há a observância ao procedimento previsto para o reconhecimento, configurando esse desvio de formalidade em uma espécie de “reconhecimento informal”²⁷, nomenclatura atribuída por alguns autores.

O princípio do contraditório e ampla defesa são englobados pelo princípio geral do devido processo legal. O devido processo legal encontra respaldo no artigo 5º, LIV²⁸ da Constituição Federal vigente, o qual prevê que “ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Dentro da esfera do processo penal, além de ser exprimido através do contraditório e da ampla defesa, o devido processo legal está intimamente ligado ao princípio da presunção de inocência e ao princípio do *nemo tenetur se detegere*.

O princípio da presunção de inocência estabelece que o estado de inocência é regra em relação ao acusado da prática de infração penal, não podendo este ser declarado culpado sem que haja provas contundentes. Já o princípio *nemo tenetur se detegere*, consiste na garantia a qualquer pessoa do direito de não produzir prova contra si mesma.

Nas palavras de Aury Lopes Junior, a presunção de inocência é “o princípio reitor do processo penal e, em última análise, podemos verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância (eficácia)²⁹”.

Nesse mesmo sentido, temos a doutrina abalizada de Luigi Ferrajoli:

²⁷ DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Atualizado de acordo com as leis 11.689, 11.690/08 e 11.719/08. Campinas: Millenium Editora, 2008. p. 252

²⁸ Art. 5º - (...)

LIV - Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 01/10/2021.

²⁹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 92.

A presunção de inocência pode ser conceituada como uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, inclusive, ao preço da impunidade de algum culpado, traduzindo-se em um princípio fundamental de civilidade.³⁰

O princípio da presunção de inocência defende que sem provas robustas o suficiente, não há a possibilidade de condenação do Réu, devendo este ser absolvido. Sendo assim, o ônus da prova cabe à suposta vítima/acusador. Assim, concluímos que todos os princípios abordados aqui estão interligados, visto que é através do contraditório que o acusado pode se contrapor contra prova produzida contra ele e é, por meio da ampla defesa, que surge a oportunidade do acusado ser equipado tecnicamente na elaboração de defesa e, assim, reduzir as chances de ser condenado.

Atrelado ao princípio da presunção de inocência, reside o já mencionado princípio “*nemo tenetur se detegere*”.

Quanto ao referido princípio, Mariângela Tomé Lopes explicita o seguinte:

“A maior polêmica existe quanto à aplicação do princípio *nemo tenetur se detegere* na produção dos meios de prova que não implicam intervenção corporal e tampouco comportamento ativo por parte do investigado, como o reconhecimento. Nesta hipótese, o acusado é visto como mero objeto de prova.”³¹

Desta forma, a autora considera que o reconhecimento, por não demandar participação direta do suspeito, não apresenta contrariedade em face do princípio do *nemo tenetur se detegere*, já que o acusado nem ao mesmo se manifestou, tampouco teve a possibilidade de fazer prova contra si mesmo. Sendo assim, o reconhecimento fotográfico não poderia ser considerado ilícito.

Ocorre que, segundo Aury Lopes Junior, a partir do momento que o imputado exerce seu direito ao silêncio e se recusa a realizar o reconhecimento pessoal, o reconhecimento fotográfico não pode ser utilizado como substituição a este ou como prova inominada,

³⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta, 1997. P. 549 apud DI GESU, Cristina. *Prova Penal e Falsas Memórias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 64.

³¹ LOPES, Mariângela Tomé. *O reconhecimento como meio de prova: necessidade de reformulação do direito brasileiro*. 2011. 224 f. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 63. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-10092012-160242/pt-br.php>>. Acesso em 20/09/2021.

podendo somente configurar em “instrumento-meio”, de acordo com o disposto no artigo 226, inciso I do Código de Processo Penal³².

Para Lopes Junior, muitas vezes o reconhecimento fotográfico seria prova ilícita, ao invés da famigerada “prova inominada”. Nas palavras do autor:

[...] o fato de admitirmos as provas inominadas tampouco significa permitir que se burle a sistemática legal. Assim, não pode ser admitida uma prova rotulada de inominada quando na realidade ela decorre de uma variação (ilícita) de outro ato estabelecido na lei processual, cujas garantias não foram observadas.³³

Sendo assim, de acordo com Aury Lopes, é necessária a observância ao princípio do *nemo tenetur se detegere* no ato do reconhecimento. Vejamos:

A questão resolve-se pela observância de uma das principais regras probatórias de nosso sistema: respeitar o direito ao silêncio e o de não produzir prova contra si mesmo, que assistem o réu. Ele pode negar-se a participar, no todo ou em parte, do ato, sem que dessa recusa se presuma ou extraia qualquer consequência que lhe seja prejudicial (*nemo tenetur se detegere*).³⁴

Diante de todo o exposto, conclui-se que existem diversas teses e defesas de respeitados doutrinadores acerca do alinhamento do reconhecimento fotográfico com alguns dos princípios basilares do processo penal.

Ao analisarmos os entendimentos que concluem que não é necessária a observância dos referidos princípios pelo procedimento do reconhecimento fotográfico, solidifica-se ainda mais o argumento de que este meio de prova deve ser lidado com atenção e cuidado no momento de ser admitido, visto que, ao contrariar o ordenamento jurídico, a ilicitude e consequente invalidade deste pode ser questionada a qualquer tempo.

³² LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 498.

³³ *Ibid.*, p. 498

³⁴ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 499

3. A (IN)VALIDADE DO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO

Em que pese a garantia do livre convencimento³⁵, constante no artigo 155 do Código de Processo Penal, as provas ilícitas são inadmissíveis no processo penal, conforme o artigo 157 do Código de Processo Penal³⁶, sendo estas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

Dentro do tema, Antônio Scarance Fernandes destaca que:

O tema da prova ilícita passou a ser objeto de tratamento no artigo 157 do Código de Processo Penal, com a redação que lhe foi dada pela lei 11.690/2008. O novo dispositivo define (caput do art. 157) como provas ilícitas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, devendo-se entender como normas legais apenas as de natureza material, precipuamente as que definem as infrações penais. Não se pode abranger, aí, as normas processuais, pois, em relação a essas, o regime é outro, de vez que, em caso de serem ofendidas, resolve-se pela declaração de nulidade, enquanto, em caso de ilicitude na produção da prova, deve ela ser desentranhada.³⁷

Da mesma forma que há distinção entre as provas ilegítimas e as ilícitas, há a consequência específica para cada uma. Quanto à prova ilícita, essa não tem sua admissão ou – caso já tenha sido produzida – é excluída do processo. Já a prova ilegítima, terá sua nulidade decretada.

Importante ressaltar que a decretação da nulidade possibilita o aproveitamento da fonte de prova. Esta é relacionada ao desrespeito aos parâmetros procedimentais, e não impossibilita que os atos sejam refeitos novamente, desta vez conforme o procedimento previsto na lei.

Cabe trazer à luz a importante diferenciação levantada por Nestor Távora e Rosmar Rodrigues, os quais apontam que a prova ilícita advém da violação à norma de direito

³⁵ Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 01/10/2021.

³⁶ Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 01/10/2021.

³⁷ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 86

material ou princípios constitucionais penais e o seu desentranhamento dos autos é a consequência desta no processo. Enquanto isso, segundo os referidos autores, a prova ilegítima é relacionada ao desrespeito ao procedimento, às normas processuais, e a consequência é a decretação de nulidade.³⁸

Sendo assim, conclui-se que somente os atos realizados conforme as normas previstas, tanto materiais quanto processuais, deverão ser considerados válidos e eficazes, devendo ser aplicada a sanção prevista especificamente para cada um que desrespeite a regra – o desentranhamento da prova ou sua nulidade, nos termos da classificação mencionada acima.³⁹

A doutrina apresenta a seguinte classificação de sanções aos atos desrespeitosos às normas: meras irregularidades, nulidade relativa, nulidade absoluta e inexistência do ato.

As “meras irregularidades” são consideradas como aquelas cujo defeito do ato não afeta sua validade, pois é pouco relevante, não comprometendo a eficácia de princípios. Um exemplo citado pela doutrina de Aury Lopes Jr. é o erro de grafia referente ao nome do acusado ou a não observância do prazo para oferecimento da denúncia.⁴⁰

Quanto à inexistência do ato, esta é configurada quando o vício é grave. Não basta estes serem invalidados, a própria existência apresenta violações e riscos que antecedem qualquer consideração acerca de validade. Trata-se de falta de elemento essencial, como, por exemplo, a prolação de sentença por alguém que não seja juiz do processo.⁴¹

Já em relação às nulidades, estas são previstas no artigo 564 do Código de Processo Penal e a doutrina as esclarece como “espécie de sanção aplicada a ato processual defeituoso, privando-o de seus efeitos regulares”⁴². Ou seja: a eficácia dos atos nulos resta comprometida.

³⁸ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 9. ed. 3. tir. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 506-507

³⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 19.

⁴⁰ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 929.

⁴¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 20.

⁴² LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 1585

Inicialmente, cabe discorrermos acerca da nulidade absoluta. De acordo com o entendimento de Ada Pellegrini, Antônio Magalhães e Antônio Scarance, a nulidade absoluta ocorre quando “o vício atinge o próprio interesse público de correta aplicação do direito, por isso, percebida a irregularidade, o próprio juiz, de ofício, deve decretar a invalidade do ato”⁴³.

Na mesma esteira, Aury Lopes Jr. defende que a nulidade absoluta deve ser decretada quando existir vício insanável, o qual viola norma de interesse público ou quando contraria normas de status constitucional, bem como aquelas previstas em tratados internacionais sobre direitos humanos abarcados pelo direito brasileiro.⁴⁴ Em sua doutrina, Renato Brasileiro cita como exemplo ensejador de nulidade absoluta o desrespeito aos princípios do contraditório, da ampla defesa, do juiz natural, da publicidade, do duplo grau de jurisdição, etc.⁴⁵

Já as nulidades relativas, estas devem ser aplicadas aos vícios de interesse particular, aqueles que contrariam norma infraconstitucional. Quanto a esta, é exigida a comprovação do prejuízo e deve ser arguida em momento oportuno, visto que pode ocorrer preclusão e/ou a convalidação do ato.⁴⁶

Quanto ao sistema de nulidades do processo penal brasileiro, Aury Lopes Júnior apresenta crítica, defendendo que este utiliza-se de categorias do processo civil e que, assim, é inadequado, pois, diferentemente do processo civil, onde há a preponderância de disponibilidade de direitos privados, no processo penal “forma é garantia. Se há um modelo ou forma prevista em lei, e que foi desrespeitado, o lógico é que tal atipicidade gere prejuízo.”⁴⁷

Para Aury Lopes Jr., não cabe a distinção entre nulidades absolutas e relativas, em ambas deveria ser desnecessária a exigência de qualquer demonstração de existência⁴⁸. Como argumento de sua tese, o autor ressalta ser “extremamente arriscado definir, a priori, os casos de nulidade absoluta ou relativa a partir da estrutura do CPP”⁴⁹, pois a decretação de

⁴³ Op. cit., p. 21

⁴⁴ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 930.

⁴⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 1588.

⁴⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 1588-1589.

⁴⁷ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 936.

⁴⁸ Ibidem, p. 936.

⁴⁹ Ibidem, p. 932.

nulidades fica dependente de decisão judicial e a jurisprudência tende a decidir diferente constantemente a respeito do tema.

Outrossim, o autor ressalta que o sistema de invalidez processual deve atuar “sempre mirando a estrutura de garantias da Constituição.”⁵⁰ Destarte, os aplicadores do direito tem que ter em mente que a utilização do sistema de nulidades deve ocorrer como mais uma forma de garantia constitucional aos acusados.

Ultrapassada a introdução acerca dos vícios e nulidades, cinge-se a discussão acerca do referido tema dentro da esfera da prova do reconhecimento fotográfico.

De acordo com o artigo 564, inciso IV, do Código de Processo Penal, ocorrerá nulidade “por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato”. Diante disso, Ada Pellegrini, Antonio Magalhães e Antonio Scarance destacam o seguinte:

Não prevê a lei o reconhecimento fotográfico, o qual pode, contudo, ser efetuado na impossibilidade de reconhecimento pessoal e direta, embora menor seja o seu valor probatório, uma vez que só permite verificação indireta e normalmente deficiente dos traços fisionômicos. Caso realizado, exige as mesmas cautelas previstas no art. 226 do CPP. [...] As cautelas do art. 226 visam essencialmente a dar maior crédito à identificação da pessoa ou coisa; ou seja, feita a reconhecimento segundo os ditames legais, conterà ela grande poder de influir no julgamento da causa; desprezadas as formalidades, perderá bastante de seu vigor como prova, não se cuidando, contudo, de nulidade⁵¹

Sendo assim, para os autores supracitados, o reconhecimento fotográfico, mesmo não observando as formalidades previstas, não incorre em nulidade, apenas em perda de força probatória. Para solidificar o argumento trazido, ainda alegam que “O juiz poderá levar em conta o ato, dando-lhe a consideração que julgar adequada em face da falha ocorrida e no confronto com as demais provas produzidas.”⁵²

Em sentido contrário, Renato Brasileiro de Lima esclarece que, se não for observada a formalidade, mas de maneira superficial, tratar-se-ia de nulidade relativa. Ocorre que, quanto ao reconhecimento fotográfico, esse incorre em vício de formalidade, visto que – na maioria

⁵⁰ Ibidem, p. 939.

⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 158-159.

⁵² Ibidem, p. 159.

das vezes – não atende aos critérios contidos no artigo 226 do Código de Processo Penal, o qual lhe é aplicado analogamente.⁵³

Nesta toada, reside a problemática no seguinte questionamento: se, no processo penal brasileiro, como tratamos acima, a forma é garantia, a inobservância a esta forma (e o conseqüente desrespeito à garantia, cujo interesse é público, já vimos) não incorreria em uma nulidade absoluta ao invés de uma nulidade relativa?

No tocante ao trâmite previsto no artigo 226 do Código de Processo Penal, existem 4 incisos que tratam deste, *in verbis*: I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida; II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la; III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela; IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

Em relação ao inciso II do referido dispositivo, Guilherme Nucci critica a interpretação incorreta da expressão "se possível", a qual muitos aplicadores do direito aduzem que abre margem para deixar de ser cumprido o requisito da exigência de várias pessoas dispostas ao lado daquele que pretende-se o reconhecimento, quando, na verdade, a expressão refere-se ao requisito de "semelhança" entre os indivíduos dispostos.⁵⁴ Sendo assim, quando no ato do reconhecimento não é observada a disposição de indivíduos, um ao lado outro, o resultado desta prova deveria ser considerado inválido.

No mesmo sentido, Aury Lopes reforça a necessidade de observância às formalidades previstas no artigo 226 do Código de Processo Penal, pontuando que estas "constituem

⁵³ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 1629

⁵⁴ NUCCI, Guilherme. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 436

condição de credibilidade do instrumento probatório, refletindo na qualidade da tutela jurisdicional prestada e na própria confiabilidade do sistema judiciário de um país".⁵⁵

Destarte, quanto a formalidade do reconhecimento, Aury Lopes ressalta que:

Trata-se de uma prova cuja forma de produção está estritamente definida e, partindo da premissa de que – em matéria processual penal – forma é garantia, não há espaço para informalidades judiciais. Infelizmente, prática bastante comum na praxe forense consiste em fazer 'reconhecimentos informais', admitidos em nome do princípio do livre convencimento motivado.⁵⁶

Quanto às falhas constantes na prática procedimental do reconhecimento, Aury Lopes Júnior e de Joselton Calmon detalham que estas são de caráter bidimensional, visto que "o reconhecimento pessoal falha nas duas dimensões: na legislativa porque nosso Código de Processo Penal disciplina parcamente a matéria; e na dimensão das práticas policiais, por falta de preparo e de agentes capacitados para realizá-lo com o menor nível de contaminação, indução e cautela necessários."⁵⁷

Sendo assim, destacando as reiteradas inobservâncias à forma prevista para a realização do reconhecimento, práticas estas que ensejam em recorrentes discussões doutrinárias, as quais foram trazidas brevemente no presente capítulo, põe-se em cheque a validade deste meio de prova, visto que – ao não observar o seu devido procedimento legal – fere diretamente a garantia, induzindo à sua nulidade e conseqüente invalidade.

⁵⁵ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 p. 490

⁵⁶ *Ibidem*, p. 488

⁵⁷ LOPES JR., Aury; CORREIA, Joselton Calmon Braz. Ainda precisamos falar sobre o falso reconhecimento pessoal... Consultor Jurídico, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-nov-08/limite-penal-ainda-precisamos-falar-falso-reconhecimento-pessoal>>. Acesso em: 21/09/2021.

II. A INCONFIABILIDADE DO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO E A PERPETUAÇÃO DE ESTIGMAS

Ultrapassada a discussão introdutória acerca do trâmite do reconhecimento fotográfico e as divergências entre o ser e o dever ser atinentes a sua formalidade, passemos a uma análise material do meio de prova estudado.

Além das inobservâncias ao trâmite previsto no artigo 226 do Código de Processo Penal brasileiro⁵⁸, torna-se imperioso destacar que, ao utilizarmos do reconhecimento fotográfico e de outras provas que necessitem da reconstrução dos fatos por lembranças que residem na mente humana, precisamos levar em conta nossas inerentes limitações. Um dos obstáculos com o qual nos deparamos é o fenômeno das falsas memórias, o qual será abordado a seguir.

Nessa esteira, insta salientar que, em um país onde a Abolição da Escravatura ocorreu apenas em 1888 e a desigualdade se faz presente em todas as esferas e sob todos os recortes, é notória a necessidade de atrelarmos a falibilidade – a qual nossas memórias são suscetíveis – a uma latente corroboração à seletividade e, dentro do cenário a ser estudado, à seletividade penal.

Por fim, no presente capítulo, após discutirmos acerca da ocorrência das falsas memórias e a sua consequente corroboração para a seletividade penal e a perpetuação de

⁵⁸ Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;
II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;

IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

Parágrafo único. O disposto no III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 01/10/2021.

estigmas, será abordado outro fenômeno que influencia diretamente na confiabilidade aferida ao reconhecimento fotográfico: o *cross race effect*.

1. O FENÔMENO DAS FALSAS MEMÓRIAS

Inicialmente, antes de adentrarmos no fenômeno das falsas memórias, cabe discorrermos de forma breve acerca da memória em si. Nas palavras de Ivan Izquierdo:

“Memória” significa aquisição, formação, conservação e evocação de informações. A aquisição é também chamada de aprendizado ou aprendizagem: só se “grava” aquilo que foi aprendido. A evocação é também chamada de recordação, lembrança, recuperação. Só lembramos aquilo que gravamos, aquilo que foi aprendido.⁵⁹

Diante da definição acima, temos que a memória não é uma espécie de interruptor, o qual desligamos e ligamos conforme nossas vontades. Não temos a capacidade plena de escolher quais lembranças guardamos ou a forma com que as guardamos. O processo de memorização não é algo automático tampouco controlável. Portanto, não há como depositarmos nossa confiança completa neste.

Nesse sentido, António Damásio pontua:

As imagens não são armazenadas sob forma de fotografias fac-similares de coisas, de acontecimentos, de palavras ou de frases. O cérebro não arquiva fotografias Polaroid de pessoas, objetos, paisagens; não armazena fitas magnéticas com músicas e fala; não armazena filmes de cenas de nossa vida; (...) Se o cérebro fosse uma biblioteca esgotaríamos suas prateleiras à semelhança do que acontece nas bibliotecas.⁶⁰

Sendo assim, é cediço que as pessoas tendem a distorcer suas lembranças. De acordo com Sternberg, “apenas dizer que algo ocorreu para você o torna mais predisposto a pensar que realmente aconteceu. Isto é válido se o evento aconteceu ou não.”⁶¹ Ao narrar um fato como se este tivesse acontecido, podemos induzir nossa mente a um ponto em que haverá a dúvida se aquela memória é real ou falsa.

⁵⁹ IZQUIERDO, Ivan. *Memória*. 2ª Edição revista e ampliada. Porto Alegre: Artmed, 2014. p. 13.

⁶⁰ DAMÁSIO, António. *O Erro de Descartes*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, pág. 128-129.

⁶¹ STERNBERG, Robert J. *Psicologia Cognitiva*. Trad. Anna Maria Luche. São Paulo: Cengage Learning, 2012, p. 210.

As falsas memórias ocorrem quando uma pessoa lembra de eventos que não aconteceram, situações que nunca presenciou, lugares onde nunca esteve, ou então, a lembrança vem de maneira distorcida.

Essas distorções tendem a ocorrer de sete maneiras específicas, segundo Schacter, que as denominou de os "sete pecados da memória". Dentre os "sete pecados", encontra-se a sugestionabilidade, a qual o autor exemplificou através de um experimento realizado na Holanda.

As pessoas são suscetíveis à sugestão, portanto, caso lhes seja sugerido que viram algo, podem pensar que se lembram de tê-lo visto. Por exemplo, na Holanda, quando perguntadas se tinham visto um filme na televisão mostrando um avião se chocando contra um prédio de apartamentos, muitas pessoas disseram que o tinham visto. Esse filme nunca existiu.⁶²

Os estudos acerca da memória e suas eventuais alterações teve um avanço maior, nos anos de 1970, com a pesquisa de Elizabeth Loftus. A problemática – que tem a discussão estendida até os dias atuais – foi levantada pela autora através de experimentos com mais de 20 mil pessoas, onde Loftus também ressalta que a sugestionabilidade exerce papel fundamental na produção das falsas memórias.

(...) a informação errônea pode se imiscuir em nossas lembranças quando falamos com outras pessoas, somos interrogados de maneira evocativa ou quando uma reportagem nos mostra um evento que nós próprios vivemos.⁶³

Em um de seus experimentos, Elizabeth Loftus, em conjunto com Jacqueline Pickrell, juntaram alguns indivíduos e pediram para que os pais destes indivíduos apresentassem três acontecimentos verídicos que ocorreram na vida destes e um acontecimento falso. Como evento inverídico, foi dito a esses indivíduos que, quando crianças, eles já tinham se perdido no shopping center por um longo período de tempo antes de serem encontrados por seus pais. Para que o risco de falhas no experimento fosse mínimo, importante salientar que as pesquisadoras verificaram antes se esses indivíduos realmente nunca tinham passado por esse acontecimento ao qual estavam prestes a serem induzidos que passaram. Os referidos experimentos ocorrem através de três entrevistas, separadas por uma semana cada, em que foi

⁶² NORMAN, Keneth A.; SCHACTER, Daniel. L. False Recognition in Younger and Older Adults: exploring the characteristics of illusory memories. *Memory & Cognition*, v. 25, p. 210, 1997.

⁶³ LOFTUS, Elizabeth. *As falsas lembranças*, in: *Viver mente & cérebro*, p. 90.

dito a todos os indivíduos que os quatro acontecimentos tinham sido fornecidos pelos seus próprios pais, a fim de sugerir a veracidade pretendida. O resultado foi que 25% dos indivíduos acreditaram que realmente tinham se perdido dos pais no shopping enquanto crianças.⁶⁴

Já em outro estudo, Loftus utilizou de uma propaganda da Disney para fazer com que os indivíduos participantes da pesquisa acreditassem que conheceram e apertaram as mãos do personagem Pernalonga na Disneylândia, o que seria impossível, visto que o referido personagem não pertence à Disney mas sim à Warner Brothers. Ocorre que, mesmo sendo impossível a ocorrência deste evento, uma minoria significativa dos indivíduos acreditaram que o evento realmente havia acontecido no passado⁶⁵.

Em suma, pode-se dizer que – em certo nível – toda memória é falsa, visto que, a fim de alcançá-las, é necessário um processo de reconstrução em que precisamos juntar pedaços do passado na tentativa de formar uma narrativa. Isto porque, segundo o que acredita o pesquisador Daniel M. Bernstein, nesse processo de reconstrução, nós acabamos por moldar as memórias que pretendemos resgatar, utilizando as nossas percepções de mundo⁶⁶.

Por fim, acerca do conceito das falsas memórias, pertinente destacar que estas não podem ser admitidas como se fossem alegações mentirosas. Acerca do tema, Aury Lopes Jr. defende o que se segue:

As falsas memórias diferenciam-se da mentira, essencialmente, porque, nas primeiras, o agente crê honestamente no que está relatando, pois, a sugestão é externa (ou interna, mas inconsciente), chegando a sofrer com isso. Já a mentira é um ato consciente, em que a pessoa tem noção do seu espaço de criação e manipulação. Ambos são perigosos para a credibilidade da prova testemunhal, mas as falsas memórias são mais graves, pois a testemunha ou a vítima desliza no imaginário sem consciência disso. Daí por que é mais difícil identificar uma falsa memória do que uma mentira, ainda que ambas sejam extremamente prejudiciais ao processo.⁶⁷

Nesse mesmo sentido, Lilian Stein concorda com o referido autor. Vejamos:

⁶⁴ LOFTUS, E.F.; PICKRELL, J.E. *The formation of false memories*. *Psychiatric Annals*, 1995, 25, 720–725.

⁶⁵ BRAUN, K.A.; ELLIS, R.; LOFTUS, E.F. *Make my memory: How advertising can change our memories of the past*. *Psychology and Marketing*, 2002, 19, 1–23.

⁶⁶ BERNSTEIN, D.M.; LOFTUS, E.F. *How to Tell If a Particular Memory Is True or False, Perspectives on Psychological Science*, 2009, p. 373.

⁶⁷ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 732.

As Falsas Memórias não são mentiras ou fantasias das pessoas; elas são semelhantes às memórias verdadeiras, tanto no que tange a sua base cognitiva quanto neurofisiológica. No entanto, diferenciam-se das verdadeiras pelo fato de as Falsas Memórias serem compostas, no todo ou em parte, por lembranças de informações ou de eventos que não ocorreram na realidade. É fenômeno fruto do funcionamento normal, não patológico, de nossa memória.⁶⁸

. Para a pessoa relatando o evento, este realmente aconteceu e, é justamente por isso que a identificação de uma falsa memória se torna tão difícil, bem como o estudo sobre estas deve ser encorajado pelos aplicadores do Direito, visando um melhor resultado nas provas de natureza cognitiva do processo penal brasileiro.

2. O IMPACTO DAS FALSAS MEMÓRIAS NO ATO DO RECONHECIMENTO

De acordo com a breve síntese introdutória a respeito do fenômeno das falsas memórias, é incontroversa e lógica a conclusão de que essas atingem diretamente os processos que dependem do resgate de acontecimentos passados. Dentro da seara do processo penal, as provas dependentes da reconstrução de fatos são as mais afetadas, como a prova testemunhal e o reconhecimento, este último sendo o foco do presente trabalho.

A produção de prova no processo penal se dá, principalmente, através da tentativa de reconstrução dos fatos, o que torna as provas produzidas passíveis de erros e com grandes chances de comprometimento da veracidade, visto que dependem da memória e esta, como já vimos, é sujeita às distorções que provém tanto de fatores internos quanto externos.

Com isso, pode-se concluir que o reconhecimento de pessoas, com seu caráter cognitivo, é prova que não pode ser considerada como fundamento único e principal de condenações, devido a sua alta suscetibilidade a falhas e vícios.

É cediço que o procedimento adotado pelas delegacias de polícia, ao tratar das provas produzidas na fase de inquérito, vem carregado de sugestibilidade e perguntas intencionadas. Tal trâmite corrobora a interferência de memórias implantadas, visto que estas podem decorrer de mistura entre lembranças reais e sugestões de terceiros, o que enseja no

⁶⁸ NEUFELD, Carmen Beatriz et. al. *Compreendendo o Fenômeno das Falsas Memórias*. In: STEIN, Lilian Milnitsky et. al. *Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e suas Aplicações Clínicas e Jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010. p.36.

esquecimento da fonte da informação necessária e faz com que o indivíduo interrogado não consiga identificar uma memória real de uma lembrança sugestionada, já que está sendo interrogado de forma provocativa.⁶⁹

Pode-se dizer que a maior parte das pesquisas atinentes às falsas memórias encontra como ponto central o fator da sugestionabilidade. Como dito acima, esta encontra-se inerente aos trâmites procedimentais de uma Delegacia de Polícia, onde requer-se que a vítima lembre dos acontecimentos passados a fim de reconhecer um suposto autor de delitos ou até mesmo depor contra alguém.

Dentro dessa temática, o pesquisador Daniel Schaeter afirma:

A sugestionabilidade é preocupante por várias razões: perguntas tendenciosas podem ajudar a levar testemunhas a fazer identificações erradas; técnicas terapêuticas sugestivas podem ajudar a criar falsas lembranças; e interrogatórios agressivos de crianças pequenas podem resultar em lembranças distorcidas de supostos abusos por professores e outros adultos. As consequências para os indivíduos envolvidos em casos como esses são muito sérias e, portanto, a compreensão e o combate à sugestionabilidade são importantes tanto para evitar problemas sociais e jurídicos quanto para o avanço da teoria psicológica.⁷⁰

No âmbito da Psicologia, inúmeros estudos atestam a suscetibilidade a falhas contida na função de armazenamento de acontecimentos ou dados e no processo de recuperação de informações que acreditamos estarem presentes em nossa memória. Ocorre que as pesquisas apontam que, com o decorrer do tempo, a memória se fragmenta e sua forma verdadeira – em sua essência –, podendo se tornar inacessível.⁷¹

Nesse sentido, interessante trazer também à baila o chamado "Efeito da Falsa Informação", descoberto pelas autoras Loftus e Palmer, as quais identificaram a influência deste na recordação de testemunhas oculares, testando qual seria o impacto da indução de uma informação falsa – mas coerente – imediatamente depois do acontecimento do qual pretende-se alcançar a memória, e o resultado obtido foi: crescentes reconhecimentos falsos.⁷²

⁶⁹ LOFTUS, E. F. *Memory malleability: Constructivist and fuzzy-trace explanations. Learning and Individual Differences*, 7, 2005, 133-137

⁷⁰ SCHACTER, Daniel L. *Os Sete Pecados da Memória: Como a Mente Esquece e Lembra*. Rio de Janeiro: Rocco, 2003. p.143.

⁷¹ REYNA, V. F.; LLOYD, F. F. *Theories of false memory in children and adults. Learning and Individual Differences*, 9, 1997, 95-123

⁷² LOFTUS, E. F. *Creating false memories. Scientific American*, 1997, 70-75

Outrossim, diversos são os fatores que influenciam na qualidade da memória e, conseqüentemente, no resultado do reconhecimento. De acordo com a doutrina abalizada de Aury Lopes Júnior:

Deve-se considerar a existência de diversas variáveis que modulam a qualidade da identificação, tais como o tempo de exposição da vítima ao crime e de contato com o agressor; a gravidade do fato (a questão da memória está intimamente relacionada com a emoção experimentada); o intervalo de tempo entre o contato e a realização do reconhecimento; as condições ambientais (visibilidade, aspectos geográficos, etc.); as características físicas do agressor (mais ou menos marcantes); as condições psíquicas da vítima (memória, estresse, nervosismo, etc.); a natureza do delito (com ou sem violência física; grau de violência psicológica, etc.), enfim, todo um feixe de fatores que não podem ser desconsiderados.⁷³

Dentro dos diversos fatores que podem prejudicar o reconhecimento, Aury Lopes Jr., destaca alguns como, por exemplo: o uso de touca ou capacete pelo suposto autor do delito, a inexistência de contato direto entre a vítima e o alegado criminoso, e, inclusive o chamado “efeito do foco na arma”, o qual este descreve como “decisivo para que a vítima não se fixe nas feições do agressor, pois o fio condutor da relação de poder que ali se estabelece é a arma”⁷⁴, sendo esta última variável não somente atrelada ao emprego da arma de fogo nos crimes mas também referente a qualquer objeto que possa distrair a atenção da vítima das feições e características do indivíduo.

Destrinchando o “efeito do foco na arma”, destaca Aury Lopes Jr:

A presença de arma distrai a atenção do sujeito de outros detalhes físicos importantes do autor do delito, reduzindo a capacidade de reconhecimento. O chamado efeito do foco na arma é decisivo para que a vítima não se fixe nas feições do agressor, pois o fio condutor da relação de poder que ali se estabelece é a arma. Assim, tal variável deve ser considerada altamente prejudicial para um reconhecimento positivo, especialmente nos crimes de roubo, extorsão e outros delitos em que o contato agressor-vítima seja mediado pelo uso de arma de fogo.⁷⁵

Atrelado ao “efeito do foco na arma”, tem-se também a variável advinda do abalo presente no estado psicológico da vítima/testemunha no momento do fato. Os eventos que geram experiências traumáticas contribuem para a confusão no armazenamento e reconstrução das memórias.

⁷³ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 500.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 776

⁷⁵ *Ibidem*, p. 776

Acerca do referido assunto, Cristina Di Gesu traz os apontamentos do mestre psicólogo Daniel Wright:

Pessoas que foram traumatizadas também tendem a pontuar alto em testes de lapsos na memória. Suas experiências traumáticas podem contribuir para seus esquecimentos, mas seus esquecimentos podem colocá-los abertos às distorções da memória – assim verdadeiro e falso se tornam mais difíceis de distinguir.⁷⁶

Nesse ínterim, conclui-se que um acontecimento estressante tende a distorcer a memória e faz com que os indivíduos envolvidos sejam incapazes de lembrar com clareza e precisão dos fatos ocorridos, bem como dos detalhes atinentes a situação traumática. Destarte, o estado psicológico da pessoa é variante que merece análise no momento de sopesar a veracidade das alegações e crenças em sede de reconhecimento.

Quanto ao impacto do estado psicológico na nossa capacidade de memorização, Ivan Izquierdo explicita que quanto mais calma estiver a pessoa, maior será a capacidade de armazenamento da sua memória; e, dentro da mesma lógica, quanto mais exaltado e/ou alterado estiver o ânimo do indivíduo, maior é a probabilidade de armazenar de forma mais correta e detalhada suas memórias, tendo em vista que o processo de armazenamento destas se dá através do desenvolvimento das células nervosas.⁷⁷

O estresse presente no momento do fato é ponto que deixa ainda mais vulnerável à sugestionabilidade o ato do reconhecimento. Como já tratamos no presente trabalho, o processo de recuperação das memórias a fim de reconstruir os fatos passados pode ser fortemente influenciado pela sugestionabilidade do momento em que se faz necessária a evocação dessas lembranças. Quando o indivíduo passa por um momento estressante, a sugestionabilidade tende a encontrar mais brechas do que o usual.

Nessa linha argumentativa, Lilian Stein registra que as informações providas por outras pessoas, especialmente após um evento altamente estressante, poderão influenciar na interpretação e percepção daquele que irá reconhecer o suposto autor do delito, sendo estas as falsas memórias provenientes de sugestões externas.⁷⁸

⁷⁶ DI GESU, Cristina. *Prova Penal e Falsas Memórias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 160

⁷⁷ IZQUIERDO, Iván. *Memória*. Porto Alegre: Artmed, 2006, p. 12

⁷⁸ STEIN, Lilian Milnskiy et al. *Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artes Médicas, 2010, p. 26.

Da mesma maneira que o estado psicológico da vítima, outra variável que merece destaque no momento de análise do nível de influência externa sofrido pelo resultado de um reconhecimento é o lapso temporal entre o ato de reconhecer e o momento do delito. Pesquisas indicam que quanto maior é o tempo transcorrido, maior a probabilidade de modificação de nossas memórias.

Sobre o referido tema, Cristina Di Gesu explica com maestria o impacto do lapso temporal nas lembranças:

Com efeito, o transcurso do tempo é fundamental para o esquecimento, pois além de os detalhes dos acontecimentos desvanecerem-se no tempo, a forma de retenção da memória é bastante complexa, não permitindo que se busque em uma “gaveta” do cérebro a recordação tal e qual ela foi apreendida. E, a cada evocação da lembrança, esta acaba sendo modificada.⁷⁹

É cediço que as falsas memórias tendem a aparecer durante a tentativa de reconstrução dos fatos. Estes fatos, na maioria das vezes vão sendo esquecidos ou modificados por conta do decorrer do tempo ou até mesmo, como já discutimos e trouxemos exemplos, influenciados por alguma sugestionabilidade externa de uma falsa informação. Nas palavras de Elizabeth Loftus:

As falsas recordações são construídas combinando-se recordações verdadeiras com o conteúdo das sugestões recebidas de outros. Durante o processo, os indivíduos podem esquecer a fonte da informação. Este é um exemplo clássico de confusão sobre a origem da informação na qual o conteúdo e a proveniência da informação estão dissociados.⁸⁰

Ainda acerca da falha na capacidade de armazenamento de detalhes, pertencentes às memórias dos acontecimentos, decorrente do lapso temporal, a estudiosa Ruth Gauer explicita:

Os acontecimentos desvanecem-se, perdem-se, pois já não há ideias em luta com os fatos. Aparece então a negação do fato real. Os acontecimentos não são apreendidos, uma vez que as imagens não se fixam, escapam pela fluidez da velocidade.⁸¹

⁷⁹ DI GESU, Cristina. *Prova Penal e Falsas Memórias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 200

⁸⁰ LOFTUS, Elizabeth. *As falsas lembranças*. Revista Viver Mente e Cérebro. ano 2. n.162. v. 04. São Paulo, 2006. p.93.

⁸¹ GAUER, 1999, p.26, apud DI GESU, Cristina Carla. *Prova Penal e Falsas Memórias*. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 171.

Diante do exposto, fica evidente que o tempo é variável de extrema importância no resultado dos reconhecimentos, visto que durante o decorrer deste, a tendência é o esquecimento de detalhes e informações de alta relevância, interferindo diretamente na qualidade das memórias. Assim, resta solidificado que o mais próximo de um procedimento ideal é a realização de reconhecimentos com lapso temporal mínimo, a fim de que as memórias sejam danificadas da menor forma possível e para que a formação de falsas memórias seja evitada.

Atrelada ao fator do lapso temporal, encontra-se a possibilidade da mudança das características dos indivíduos envolvidos. É incontroverso o fato de que o tempo altera a aparência das pessoas (Exemplo: no momento do delito, o suposto autor está sem barba, mas no momento do reconhecimento já passou tempo o suficiente para que crescessem pelos faciais neste e, assim, divergisse da imagem original que consta na memória de quem vai ter que reconhecer).

Sendo assim, conclui-se evidenciado o argumento de que, quanto mais rápido for realizado o reconhecimento, maiores serão as chances deste meio de prova obter um resultado positivo.

Por conseguinte, resta configurado que, a fim de atribuir uma maior confiabilidade ao reconhecimento e ao valor probatório deste, torna-se imperiosa a análise quanto ao estado psicológico dos indivíduos no momento dos fatos, o lapso temporal entre o fato e o reconhecimento, a possibilidade de mudanças nas características físicas dos envolvidos, etc.

Destarte, como as lembranças são influenciadas por emoções e pelas inúmeras possibilidades de variantes às quais está submetida a pessoa que realizará o reconhecimento, não se pode assumir como incontestavelmente verídico e sem falhas um reconhecimento, mesmo que este seja composto por declarações confiantes e com riqueza de detalhes⁸². Deve-se sempre se ater ao máximo de cuidado na admissão desse meio de prova e, para isso, existem estudos com o intuito de descobrir técnicas que auxiliem em um aprimoramento do ato do reconhecimento.

⁸² LOFTUS, E. F. *Make believe memories*. American Psychologist, 277, 2003, p. 867-873

Em pesquisa realizada pelo professor e pesquisador Brandon Garrett, este observou que quando a vítima ou testemunha é instada a reconhecer mais de uma vez a mesma pessoa, maior é o índice de um resultado positivo no reconhecimento realizado por esta. Dentre 161 condenações de inocentes revertidas após exame de DNA, em 57% desses casos, a vítima/testemunha admitiu que, em um primeiro momento, não possuía certeza quanto ao acusado e que só reconheceu este após a segunda tentativa de identificação após o primeiro reconhecimento.⁸³ Ou seja: quanto mais repetições de identificação a fim de confirmar o reconhecimento realizado, maior a chance deste ser bem sucedido.

Importante destacar que as técnicas alcançadas através das pesquisas mencionadas e das diversas outras existentes foram possíveis apenas com a junção do conhecimento jurídico com o estudo da psicologia cognitiva acerca da memória humana. Nessa linha, não são poucos os doutrinadores que enxergam como imprescindível a aliança dos estudos da memória com a aplicação do Direito no procedimento de produção das provas dependentes desta.

Lilian Stein e Maria Lúcia Nygaard fazem parte do grupo de pesquisadores que acreditam ser essencial que profissionais do Direito tenham conhecimento da memória humana, defendendo que "os interrogatórios, ao buscar informações sobre experiências passadas de suspeitos, vítimas ou testemunhas, realizam verdadeiros testes de memória com essas pessoas envolvidas".⁸⁴

De acordo com Stein, a forma como o reconhecimento é realizado – separadamente de um estudo voltado para as falsas memórias – merece ser criticada e revista, já que a memória é um sistema construído a partir da interpretação única dos indivíduos acerca do acontecimento, dizendo mais da experiência pessoal da testemunha/vítima do que sobre o evento propriamente dito.⁸⁵

Diante de todo o exposto, resta solidificado o entendimento de que a verdade real é inalcançável através das memórias. Sendo assim, o que deve ser levantada é a questão de

⁸³ INNOCENCE PROJECT BRASIL. *Prova de reconhecimento e erro judiciário*. São Paulo. 1. ed., jun. 2020, p. 13

⁸⁴ STEIN, Lilian Milnitsky; NYGAARD, Maria Lúcia Campani. *A memória em julgamento: uma análise cognitiva dos depoimentos testemunhais*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 43, abril/junho de 2003, Editora Revista dos Tribunais, p. 153

⁸⁵ STEIN, Lilian Milnitskyet. et al. *Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artes Médicas, 2010. p. 27.

como minimizar as interferências que nublam esse processo de recuperação da memória nos atos de reconhecimento. Dentro desse tema, Di Gesu traz as dificuldades para se chegar a um procedimento ideal sem os vícios aqui retratados. Nas palavras da autora:

É claro que o “ideal” seria a colheita e análise do conjunto probatório totalmente despido dos riscos endógenos (internos) e exógenos (externos ao processo). Contudo, isso está fora de cogitação, pois as pessoas não vivem em uma redoma de vidro, completamente isoladas de influências externas ou estanques às modificações no tempo. E mesmo que assim fosse, a própria memória e a imaginação poderiam trair a ideia de representação exata do acontecimento.⁸⁶

Diante disso, temos que há uma quantidade considerável de variáveis que influenciam no nível de (in)confiabilidade que podemos (e devemos) atribuir ao reconhecimento pessoal. Ressalte-se que a presente pesquisa não pretende retirar a importância deste meio de prova no ordenamento jurídico brasileiro, mas sim evidenciar os cuidados necessários que precisam ser observados ao utilizarmos do reconhecimento, sendo imprescindível que este seja sempre analisado juntamente com outros elementos probatórios para que o resultado seja o esperado. Daí o entendimento de que o reconhecimento fotográfico não pode ser capaz de embasar uma sentença penal condenatória por si só, bem como a necessidade de observância aos requisitos legais para o trâmite deste.

3. A CORROBORAÇÃO DA SELETIVIDADE PENAL E O *CROSS RACE EFFECT*

Dentro da discussão acerca da falibilidade do reconhecimento, há que se destacar que todas as variáveis e fragilidades expostas atinentes até aqui corroboram para um ponto inquestionável presente na nossa sociedade e, conseqüentemente, no processo penal brasileiro: a seletividade.

Segundo Zaffaroni, sistema penal pode ser definido como “o conjunto das agências que operam a criminalização (primária e secundária) ou que convergem na sua produção”⁸⁷.

⁸⁶ GIACOMOLLI, Nereu José; DI GESU, Cristina Carla. *As Falsas Memórias na Reconstrução dos Fatos pelas Testemunhas no Processo Penal*. p. 4341. (Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008)

⁸⁷ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. v.1. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2003. p. 60

Diante disso, necessário se faz discorrer – mesmo que brevemente – acerca do que é criminalização, tanto em sua forma primária quanto na secundária.

A criminalização primária consiste em “o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas”. É realizada diretamente pelo Poder Legislativo e possui um aspecto mais formal, atrelado à tipificação de um crime. Logo, configura no poder de criar a lei, introduzir a tipificação de condutas e fixar sanções penais. No que tange à criminalização secundária, esta “é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas”. Esta está atrelada ao aspecto material, ocorrendo quando os órgãos estatais detectam o indivíduo a quem se atribui um fato primariamente criminalizado, sobre ele recaindo a persecução penal.⁸⁸

Importante destacar que o racismo no Brasil é estrutural, ou seja, o racismo está intrínseco nas relações não só sociais como também nas instituições de poder. Sendo assim, o sistema processual penal não foge à regra. Há uma seletividade sobre quem será atingido pelo direito penal, e esta perpassa desde a abordagem policial, no tratamento nas delegacias, no ato de reconhecimento até a prolação de sentença.

Nesse sentido, a pesquisadora Thula Pires ressalta essa segregação, pontuando que “cabe às instituições públicas de criminalização primária e secundária a tarefa de segregar os inadaptados. Parte-se do pressuposto de que a contenção exercida pelos órgãos que compõem o sistema penal tem cunho eminentemente racial”.⁸⁹

A fim de fortalecer os argumentos aqui defendidos, faz-se imperiosa a menção à robusta pesquisa realizada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (DPE-RJ), a qual elaborou 2 (dois) relatórios, o primeiro em setembro de 2020⁹⁰ e o mais recente em maio de 2021⁹¹, acerca das estatísticas dos reconhecimentos fotográficos realizados. Insta destacar que

⁸⁸ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal* v.1. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2003. p. 60-61

⁸⁹ PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. *Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle dos não reconhecidos*. Rio de Janeiro. 2003. Tese de doutorado em Direito da PUC-Rio, p. 248.

⁹⁰ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Disponível em: <[d12a8206c9044a3e92716341a99b2f6f.pdf](http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/imagens/d12a8206c9044a3e92716341a99b2f6f.pdf) (rj.def.br)> Acesso em 16/09/2021.

⁹¹ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Disponível em: <<http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/imagens/d12a8206c9044a3e92716341a99b2f6f.pdf>> Acesso em 16/09/2021.

o primeiro relatório teve como base apenas casos do estado do Rio de Janeiro, enquanto o segundo foi produzido com dados enviados pelos defensores públicos de outros Estados, a pedido da Comissão Criminal do Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais. Em ambos os relatórios, a pesquisa limitou-se a casos que atendessem a 3 requisitos: o reconhecimento pessoal em sede policial ter sido feito por fotografia; o reconhecimento não ter sido confirmado em Juízo; e a sentença ter sido absolutória

O relatório, apresentado pela DPE-RJ em setembro de 2020, estudou os casos recebidos entre o período de 01/06/2019 e 10/03/2020 por 19 Varas Criminais do Estado do Rio de Janeiro, onde foram evidenciadas falhas no procedimento do reconhecimento fotográfico realizado nas Delegacias de Polícia.

A referida pesquisa apontou que, dentro da área de pesquisa limitada, 53 pessoas foram vítimas da falibilidade nos reconhecimentos fotográficos ao longo dos últimos 6 (seis) anos. O ponto em comum dos casos relatados reside no fato do reconhecimento ter sido realizado através de reconhecimento fotográfico na fase inquisitorial. Em relação à seletividade abordada, observa-se a estatística de que apenas 20% dos indivíduos erroneamente reconhecidos eram brancos, ou seja: 80% das vítimas de reconhecimentos fotográficos falhos são pessoas não brancas.

Já no segundo relatório, este emitido em maio de 2021, com dados enviados por defensores públicos de outros Estados, estudou-se 28 processos e 32 acusados (em 4 destes processos figuravam 2 acusados), abarcando o período entre novembro e dezembro de 2020. Tratando diretamente do tema que interessa o presente ponto, quanto a cor da pele e à seletividade penal abordada, apenas 2 (dois) acusados eram brancos, perfazendo 17% da totalidade. Sendo assim, os negros correspondem a 83% dos casos em que houve falha no procedimento e no consequente resultado do reconhecimento fotográfico.

Com o intuito de compactar os resultados obtidos dos dois relatórios supracitados, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro elaborou um Relatório Consolidado⁹², em que

⁹² DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Relatório Consolidado sobre Reconhecimento Fotográfico em Sede Policial. Disponível em: <https://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/consolida%C3%A7%C3%A3o_relat%C3%B3rio_CONDEGE_e_DPERJ_reconhecimento_fotogr%C3%A1fico.pdf>. Acesso em 21/09/2021.

a soma dos dados obtidos extrai que 81% dos presos injustamente por reconhecimento fotográfico são negros, somando-se pretos e pardos conforme a definição do IBGE.

Diante dos dados, o Coordenador da Comissão Criminal Permanente do CONDEGE e Defensor Público em atuação no Estado da Bahia, Maurício Saporito, expõe que “isso deixa claro um racismo estrutural e uma questão racial forte, que não é desconhecida de todo universo jurídico e social.”⁹³

Nessa mesma esteira, a Coordenadora de Defesa Criminal da DPRJ, Lúcia Helena Barros, reforça que os erros cometidos no trâmite inquisitorial expõem ainda mais a latente seletividade presente em todo o processo. Nas palavras de Lúcia Helena:

Inegavelmente, o procedimento denominado de reconhecimento fotográfico dá lugar a uma série de erros, revelando, muitas das vezes, a seletividade penal. Para condenar alguém temos que ter produção de provas com total observância à ampla defesa e contraditório. Não se pode condenar com base em suposições, ao contrário, a prova deve ser firme e sólida, sob pena de violar garantias e direitos constitucionais.

Importante destacar que a informação, constante nas pesquisas detalhadas acima, acerca da cor da pele dos acusados foi retirada dos registros feitos nas próprias Delegacias de Polícia, o que corrobora, inclusive, a defesa de que o racismo estrutural se faz presente em nossa sociedade e, indiscutivelmente, em nosso processo penal.

Em ato contínuo, cabe trazer à luz outro levantamento de dados, este a nível nacional, realizado pelo INFOPEN, divulgado em dezembro de 2019. Segundo a pesquisa, a população carcerária brasileira contava com 748.009 presos, sendo as vítimas do sistema prisional bem definidas e demarcadas: jovens negros de baixa escolaridade, acusados de tráfico e crimes patrimoniais. Os dados revelam que 44,79% dos presos têm de 18 a 29 anos, e, se considerarmos jovens os que possuem até 34 anos, a porcentagem se eleva para 62,11%. Quanto à cor da pele, 66,69% destes presos são negros.⁹⁴

⁹³ SANTANA, Igor. Relatórios apontam falhas em prisões após reconhecimento fotográfico. *Defensoria Pública do Estado do Rio De Janeiro*. Disponível em: <<https://defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/11088-Relatorios-apontam-falhas-em-prisoos-apos-reconhecimento-fotografico>>. Acesso em 16/09/2021.

⁹⁴ INFOPEN. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*. 2019. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrjoiMmU4ODAwNTAtY2IyMS00OWJiLWE3ZTgtZGNjY2ZhNTYzZDIiliwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>> Acesso em: 22/09/2021.

Em relação aos dados apontados, estes ilustram claramente a formação de estereótipos atrelados ao imaginário da sociedade quanto a aparência de um “criminoso”. Aury Lopes Jr. explicita em sua doutrina a relação indissociável destes estereótipos com o processo penal, afirmando que as vítimas e testemunhas tem uma tendência de reconhecer já guiada por estes. Em suas palavras:

Ainda que o criminoso nato de Lombroso seja apenas um marco histórico da criminologia, é inegável que ele habita o imaginário de muitos (principalmente em países com profundos contrastes sociais, baixo nível cultural e, por consequência, alto índice de violência urbana como o nosso).⁹⁵

Com isso, resta incontestemente a tese principal defendida neste ponto do presente trabalho: os estereótipos impactam diretamente todo o processo penal, deflagrando a seletividade contida neste e essa seletividade é observada não somente pelos agentes estatais, como também pela sociedade como um todo, a qual é contaminada por um racismo estrutural que faz com que o “criminoso” tenha rosto, traços e cor antes mesmo de ser reconhecido.

Dentro desse cenário, interessante discutir o fenômeno chamado “*cross race effect*” ou efeito da raça diferente (tradução livre). Este se dá na dificuldade de se identificar e distinguir rostos e características de pessoas de raças diferentes. Isto é: uma pessoa branca tende a não reconhecer uma pessoa não branca tão facilmente como reconheceria uma outra pessoa branca. Daí pode-se explicar a clássica opinião que muitas pessoas não amarelas possuem, acreditando que todas as pessoas amarelas são “iguais” ou muito parecidas.

Registre-se que, de forma inerente, o *cross race effect* está intimamente ligado ao racismo estrutural presente no sistema penal, sendo os estudos acerca do presente tema de extrema importância para o aprimoramento necessário do ato do reconhecimento. Em pesquisa realizada por Meissner e Brigham⁹⁶, constatou-se que as chances de erro na identificação de acusados são 1.56 vezes maiores para pessoas de outras raças do que para pessoas de mesma raça. Desta forma, há 56% mais chances de uma pessoa negra inocente ser identificada erroneamente por uma vítima/testemunha branca.⁹⁷

⁹⁵ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 493

⁹⁶ MEISSNER, C. A.; BRIGHAM, J. C. *Thirty years of investigating the own-race bias in memory for faces: A meta-analytic review*. Psychology, Public Policy, and Law, 2001, 7,3-35.

⁹⁷ WELLS, Gary L.; OLSON, Elizabeth A. *The other-race effect in eyewitness identification: what do we do about it?* In: *Psychology Public Policy and Law*, 2001.p. 231.

Uma das explicações históricas para o referido fenômeno seria a segregação racial, sendo os efeitos desta latentes ainda hoje, principalmente naquelas sociedades em que a abolição da escravatura se deu tardiamente.

Com a segregação racial, logicamente, houve uma separação, em que indivíduos da mesma raça foram condicionados a conviverem e conseqüentemente se acostumarem com aqueles da mesma raça. É o que Maclin, e Malpass chamam de “falta de experiência/costume” (tradução livre).⁹⁸ Diante disso, resta caracterizada a constatação que os atos de reconhecimento tem mais chances de obter um resultado positivo quando a pessoa que realiza o reconhecimento pertence a mesma raça do indivíduo a ser reconhecido.

Ademais, além da falta de experiência, existe outra causa levantada pelos referidos autores, esta apelidada de “categorização”. Ocorre que, logo quando conhecemos as pessoas, existe a tendência de colocarmos estas em “gavetas mentais”, categorizando cada qual conforme suas características, incluindo a raça. Assim, o processo de guardar a fisionomia alheia é tão natural que não atribuímos a importância necessária a este. No momento que precisamos resgatar essa memória, como num ato de reconhecimento, é automático que recorramos à gaveta em que encaixamos o indivíduo do qual estamos tentando lembrar.⁹⁹

A problemática reside no fato de que, com essa categorização, as pessoas com características e traços semelhantes acabam sendo jogadas na mesma “gaveta” e, assim, os rostos tendem a se misturar e a perder suas individualidades, o que é fator que compromete diretamente os atos de reconhecimento.¹⁰⁰

Com a falta de experiência/costume e a categorização, há a generalização de indivíduos pertencentes a um mesmo grupo (seja racial, de classe, gênero, etc.), recaindo sobre estes o ônus de serem facilmente confundidos, e, conseqüentemente, acusados – e até mesmo – condenados injustamente por uma prática delitiva pela qual não foram responsáveis. Portanto,

⁹⁸ MACLIN, O. H; MACLIN, K. M; MALPASS, R.S. *Race, arousal, attention, exposure, and delay: An examination of factors moderating face recognition*. Psychology, Public Policy, and Law, 2001, 7, p.134-152

⁹⁹ WILSON, John Paul; HUGENBERG, Kurt; BERNSTEIN, Michael J. *The Cross-Race Effect and Eyewitness Identification: How to Improve Recognition and Reduce Decision Errors in Eyewitness Situations*. In: Social Issues and Policy Review, 2013, p. 90.

¹⁰⁰ Ibidem.

o fenômeno do *cross race effect* demonstra que o suspeito pode ser enquadrado somente com base na sua raça e não efetivamente identificado.

Diante de todo o exposto, conclui-se que as fragilidades às quais a prova do reconhecimento está exposta – as falsas memórias, o racismo estrutural, o *cross race effect*, etc. –, além de comprometerem procedimentalmente o processo penal e suas consequentes condenações, deflagram a seletividade presente, onde os grupos minoritários são duplamente vítimas.

Com isso, ressalte-se o propósito do presente trabalho, o qual se resume a salientar e expor a necessidade de minimizar ao máximo eventuais erros e desleixos aos quais estão passíveis de sofrer as provas dependentes de variáveis tanto objetivas como subjetivas.

III. A MUDANÇA DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ACERCA DA VALIDADE PROBATÓRIA DO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O presente capítulo possui o objetivo de explicitar a mudança no entendimento jurisprudencial acerca da validade probatória do reconhecimento fotográfico no processo penal brasileiro.

Inicialmente, serão expostos casos em que observa-se a falibilidade de condenações, pretéritas ao entendimento adotado atualmente pelo Superior Tribunal de Justiça quanto a admissão do reconhecimento fotográfico, onde eram admitidos reconhecimentos eivados de vícios formais, desrespeitando os requisitos estabelecidos na lei.

Em ato contínuo, será analisado, de forma detalhada, o julgamento do *Habeas Corpus* nº 598.886 – SC, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, o qual foi o pontapé para a referida mudança de posicionamento da Corte Superior.

Por fim, será observado o impacto que a decisão do STJ estudada, embora recente, tem causado em diversos outros casos, representando um marco histórico para o entendimento do reconhecimento fotográfico e sua validade probatória.

1. A FALIBILIDADE DAS CONDENAÇÕES ANTERIORES AO NOVO POSICIONAMENTO DO STJ

Ao analisar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, observa-se que esta vinha adotando o entendimento que as formalidades previstas no artigo 226 do Código de Processo Penal configuravam uma mera recomendação legal, e não uma exigência, admitindo o reconhecimento fotográfico realizado fora dos parâmetros estabelecidos em lei.

Senão vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. JÚRI. PRONÚNCIA. EXCESSO DE LINGUAGEM. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO DO **ART. 226 DO CPP. AUSÊNCIA. FORMALIDADES. RECOMENDAÇÃO LEGAL.** AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Não há que se falar, no caso, em excesso de linguagem, porquanto o magistrado em nenhum momento afirmou juízo de certeza acerca da autoria delitiva, mas apenas indicou as provas, em especial testemunhais (e-STJ fls. 630 e 633), que davam suporte à sua conclusão acerca da existência dos indícios em desfavor do recorrente. 2. O Tribunal estadual afirmou que o reconhecimento operado em juízo é válido e observou as regras do referido artigo. A desconstituição dessa conclusão não pode ser alterada em recurso especial ante o óbice do Enunciado n. 7 da Súmula deste Tribunal. 3. **Ademais, as disposições inculpidas no art. 226 do CPP, configuram uma recomendação legal, e não uma exigência absoluta, não se cuidando, portanto, de nulidade quando praticado o ato processual (reconhecimento pessoal) de modo diverso.** Precedentes. 4. Agravo regimental desprovido.¹⁰¹ [grifei]

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. INDEFERIMENTO LIMINAR. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E TRÁFICO DE DROGAS. **INOBSERVÂNCIA DAS FORMALIDADES PREVISTAS NO ARTIGO 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DISPOSITIVO QUE CONTÉM MERA RECOMENDAÇÃO LEGAL.** RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO CONFIRMADO EM JUÍZO E CORROBORADO POR OUTRAS PROVAS COLHIDAS NO CURSO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. EIVA NÃO CARACTERIZADA. 1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. 2. **Esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento no sentido de que as disposições inculpidas no artigo 226 do Código de Processo Penal configuram uma recomendação legal, e não uma exigência, cuja inobservância não enseja a nulidade do ato.** Precedentes. 2. Na espécie, ainda que o reconhecimento na fase policial não tenha observado os ditames do artigo 226 da Lei Penal Adjetiva, o certo é que foi confirmado em juízo e contrastado com os demais elementos de convicção reunidos no curso da instrução criminal, os quais, segundo as instâncias de origem, são aptos a comprovar a autoria delitiva, o que afasta a ilegalidade suscitada na impetração. Precedentes. INDEFERIMENTO MOTIVADO DE PRODUÇÃO DE PROVAS REQUERIDAS PELO RÉU. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. 1. Ao magistrado é facultado o indeferimento, de forma fundamentada, do requerimento de produção de provas que julgar protelatórias, irrelevantes ou impertinentes, devendo a sua imprescindibilidade ser devidamente justificada pela parte. Doutrina. Precedentes do STJ e do STF. 2. No caso dos autos, foram declinadas justificativas plausíveis para a negativa de oitiva da testemunha indicada pela defesa em audiência, sendo certo que, ultrapassado o prazo para a apresentação do rol de testemunhas, a colheita de novos depoimentos não configura direito subjetivo da parte, mas faculdade do juiz, caso considere as declarações imprescindíveis à busca da verdade real, o que, como visto, não ocorreu na hipótese em exame. Precedente. 3. Para concluir que a produção da referida prova é indispensável para a comprovação das teses defensivas, seria necessário o revolvimento de matéria fático-probatória, providência incompatível com a via eleita. Precedentes. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS. NÃO PREENCHIMENTO. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO. 1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a)

¹⁰¹ STJ - AgRg no AREsp 1291275/RJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. 02/10/2018, DJe 11/10/2018

o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa. 2. Na hipótese, observa-se que as instâncias de origem, com esteio no conjunto probatório acostado aos autos, notadamente nas circunstâncias em que o acusado foi preso em flagrante, constataram que se dedicava à prática de ilícitos, encontrando-se justificada, assim, a negativa de aplicação da causa de diminuição em testilha. 3. "Não ocorre bis in idem quando o julgador fixa a pena-base acima do mínimo legal em razão da quantidade das drogas apreendidas e afasta o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do agente a atividades criminosas, evidenciada pelas circunstâncias que envolveram a prática delitiva, com destaque para a quantidade expressiva de entorpecentes apreendidos." (AgRg no HC 525.356/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/09/2019, DJe 27/09/2019) 4. Agravo regimental desprovido.¹⁰² [grifei]

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E QUADRILHA. NULIDADE DO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DO ACUSADO EM SEDE POLICIAL. **INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ARTIGO 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DISPOSITIVO QUE CONTÉM MERA RECOMENDAÇÃO LEGAL. NECESSIDADE DE VALORAÇÃO DA PROVA PELO MAGISTRADO QUANDO DA PROLAÇÃO DE SENTENÇA NO FEITO. MÁCULA NÃO CARACTERIZADA.** 1. **Esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento no sentido de que as disposições insculpidas no artigo 226 do Código de Processo Penal configuram uma recomendação legal, e não uma exigência, cuja inobservância não enseja a nulidade do ato.** Precedentes. 2. Da mesma forma, este Sodalício considera válida a identificação do investigado na fase inquisitorial por meio de fotografia, notadamente quando confirmada por outros elementos probatórios. 3. Na espécie, embora o réu não tenha sido reconhecido em audiência, é inviável a anulação da sua identificação por meio de fotografia em sede policial, a qual, consoante as peças processuais acostadas ao reclamo, não possui qualquer vício capaz de maculá-la, sendo certo, outrossim, que o valor probatório do referido elemento de convicção deverá ser aferido pelo magistrado singular quando proferir sentença no feito, ocasião em que verificará se existem outras evidências capazes de comprovar a sua participação nos ilícitos descritos na denúncia. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA POR OCASIÃO DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ARTIGO 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CIRCUNSTÂNCIAS DOS CRIMES. GRAVIDADE. ORGANIZAÇÃO E PERICULOSIDADE DOS ENVOLVIDOS. CUSTÓDIA FUNDAMENTADA E NECESSÁRIA. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DO ENCARCERAMENTO POR MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. 1. Não há ilegalidade na manutenção da prisão preventiva quando demonstrado que se revela necessária, dada a gravidade concreta das condutas incriminadas, reveladoras da maior organização, ousadia e periculosidade social dos envolvidos. 2. Caso em que o recorrente, associado em quadrilha fortemente armada com outros 13 (treze) indivíduos, dentre eles policiais militares, assaltaram simultaneamente um batalhão de polícia militar e uma agência bancária, mantendo subjugado o cabo responsável pela companhia militar, o que autoriza a pronta resposta estatal para o resguardo da ordem pública e social. 3. Recurso improvido.¹⁰³ [grifei]

¹⁰² STJ - AgRg no HC: 539979 SP 2019/0310712-2, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 05/11/2019, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/11/2019

¹⁰³ STJ - RHC: 57199 SP 2015/0044170-2, Relator: Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), Data de Julgamento: 30/06/2015, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/11/2015

O ultrapassado posicionamento revelava-se ultrajante e ilógico, uma vez que, como já discutido no presente trabalho, forma é garantia no processo penal, não podendo se admitir que o artigo 226 do Código de Processo Penal seja visto apenas como uma “recomendação legal”, quando os requisitos previstos neste servem para reduzir a ocorrência de vícios e consequentes condenações injustas, de forma a otimizar o processo penal.

Além do entendimento supracitado, o Superior Tribunal de Justiça corroborava a tese dos Magistrados que julgavam válidos os reconhecimentos, no sentido de que, mesmo que não observadas as formalidades do artigo 226 do Código de Processo Penal nas Delegacias de Polícia, caso o reconhecimento viciado fosse confirmado em juízo, agora contando com o direito ao contraditório e a ampla defesa, as irregularidades seriam consideradas sanadas.

Nesse sentido, cabe trazer à luz as seguintes decisões do STJ:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO RATIFICADO EM JUÍZO. OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A jurisprudência deste Tribunal Superior admite a possibilidade de reconhecimento do acusado por meio fotográfico, ainda que não observadas a totalidade das formalidades contidas no art. 226 do Código de Processo Penal. Com efeito, o reconhecimento fotográfico do réu, quando ratificado em juízo, sob a garantia do contraditório e ampla defesa, pode servir como meio idôneo de prova para fundamentar a condenação. 2. Conforme consignado na decisão agravada, a vítima foi categórica ao afirmar que reconheceu a agravante como tendo sido a autora do delito. O reconhecimento fotográfico foi confirmado em juízo, tendo ela relatado que a ré estava de capacete com a viseira aberta, o que lhe permitiu identificá-la. Por outro lado, observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, a ora agravante não apresentou nenhuma prova em seu favor, tendo apenas alegado que estaria no momento do crime em casa com a família. Ocorre que, segundo consignado pelas instâncias ordinárias, "não logrou apresentar qualquer álibi que lhe corroborasse a inocência, embora lhe fosse plenamente possível fazê-lo nas circunstâncias mencionadas". 3. Para desconstituir o entendimento firmado pelo acórdão combatido, seria necessário o revolvimento do conjunto de fatos e provas, procedimento vedado na via especial, conforme o teor da Súmula 7/STJ. 4. Agravo regimental desprovido.¹⁰⁴ [grifei]

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. INDEFERIMENTO LIMINAR. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E TRÁFICO DE DROGAS. INOBSERVÂNCIA DAS FORMALIDADES PREVISTAS NO ARTIGO 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DISPOSITIVO QUE CONTÉM MERA RECOMENDAÇÃO LEGAL. RECONHECIMENTO

¹⁰⁴ STJ - AgRg no AgRg no AREsp: 1631690 MG 2019/0366811-4, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 23/06/2020, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/06/2020

FOTOGRAFICO CONFIRMADO EM JUÍZO E CORROBORADO POR OUTRAS PROVAS COLHIDAS NO CURSO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. EIVA NÃO CARACTERIZADA. 1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. 2. **Esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento no sentido de que as disposições inculpidas no artigo 226 do Código de Processo Penal configuram uma recomendação legal, e não uma exigência, cuja inobservância não enseja a nulidade do ato.** Precedentes. 2. Na espécie, **ainda que o reconhecimento na fase policial não tenha observado os ditames do artigo 226 da Lei Penal Adjetiva, o certo é que foi confirmado em juízo** e contrastado com os demais elementos de convicção reunidos no curso da instrução criminal, os quais, segundo as instâncias de origem, são aptos a comprovar a autoria delitiva, o que afasta a ilegalidade suscitada na impetração. Precedentes. **INDEFERIMENTO MOTIVADO DE PRODUÇÃO DE PROVAS REQUERIDAS PELO RÉU. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.** 1. Ao magistrado é facultado o indeferimento, de forma fundamentada, do requerimento de produção de provas que julgar protelatórias, irrelevantes ou impertinentes, devendo a sua imprescindibilidade ser devidamente justificada pela parte. Doutrina. Precedentes do STJ e do STF. 2. No caso dos autos, foram declinadas justificativas plausíveis para a negativa de oitiva da testemunha indicada pela defesa em audiência, sendo certo que, ultrapassado o prazo para a apresentação do rol de testemunhas, a colheita de novos depoimentos não configura direito subjetivo da parte, mas faculdade do juiz, caso considere as declarações imprescindíveis à busca da verdade real, o que, como visto, não ocorreu na hipótese em exame. Precedente. 3. Para concluir que a produção da referida prova é indispensável para a comprovação das teses defensivas, seria necessário o revolvimento de matéria fático-probatória, providência incompatível com a via eleita. Precedentes. **CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. REQUISITOS. NÃO PREENCHIMENTO. INDEFERIMENTO DA MINORANTE JUSTIFICADO.** 1. Para a incidência do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa. 2. Na hipótese, observa-se que as instâncias de origem, com esteio no conjunto probatório acostado aos autos, notadamente nas circunstâncias em que o acusado foi preso em flagrante, constataram que se dedicava à prática de ilícitos, encontrando-se justificada, assim, a negativa de aplicação da causa de diminuição em testilha. 3. "Não ocorre bis in idem quando o julgador fixa a pena-base acima do mínimo legal em razão da quantidade das drogas apreendidas e afasta o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do agente a atividades criminosas, evidenciada pelas circunstâncias que envolveram a prática delitiva, com destaque para a quantidade expressiva de entorpecentes apreendidos." (AgRg no HC 525.356/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/09/2019, DJe 27/09/2019) 4. Agravo regimental desprovido.¹⁰⁵ [grifei]

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. REVISÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO. RECONHECIMENTO FOTOGRAFICO EM SEDE POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DAS FORMALIDADES CONTIDAS NO ART. 226 DO CPP. RECONHECIMENTO PESSOAL FEITO EM JUÍZO. IRREGULARIDADE SANADA SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. PRECEDENTES DO STJ E STF. ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. MATÉRIA NÃOANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA. 1.A

¹⁰⁵ STJ - AgRg no HC: 539979 SP 2019/0310712-2, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 05/11/2019, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/11/2019

jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite a possibilidade de reconhecimento do acusado por meio fotográfico desde que observadas as formalidades contidas no art. 226 do Código de Processo Penal. 2. **Eventual irregularidade cometida no inquérito policial restou sanada na fase judicial**, porquanto o juiz processante, **ao realizar o reconhecimento pessoal do acusado na audiência de inquirição de testemunhas, o fez sob o crivo do contraditório e da ampla defesa**. 3. Não tendo a controvérsia relativa à alteração do regime de cumprimento de pena sido objeto de debate e julgamento por parte do Tribunal de origem, o exame da matéria pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de habeas corpus, ocasionaria indevida supressão de instância. 4. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada.¹⁰⁶ [grifei]

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. ABSOLVIÇÃO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. **RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO RATIFICADO EM JUÍZO. CONDENAÇÃO COM FUNDAMENTO EM ELEMENTOS DE CONVICTÃO COLHIDOS NA FASE PRÉ-PROCESSUAL E EM JUÍZO. EVENTUAL NULIDADE DO INQUÉRITO QUE NÃO CONTAMINA O PROCESSO. PROVAS RENOVADAS DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL. OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.** AGRAVO DESPROVIDO. 1. O habeas corpus não se presta para a apreciação de alegações que buscam a absolvição do paciente, em virtude da necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via eleita. 2. Hipótese na qual as instâncias ordinárias destacaram que o reconhecimento fotográfico do paciente, que fora efetuado durante o inquérito, foi ratificado em juízo pessoalmente, tendo ele sido corroborado por outros elementos de convicção amealhados nos autos, sendo, portanto, descabido falar em nulidade da prova e, por consectário, em carência de elementos de convicção para a condenação do paciente ou em condenação baseada exclusivamente em elementos informativos. 3. **A jurisprudência deste Tribunal Superior admite a possibilidade de reconhecimento do acusado por meio fotográfico, ainda que não observadas a totalidade das formalidades contidas no art. 226 do Código de Processo Penal. Com efeito, o reconhecimento fotográfico do réu, quando ratificado em juízo, sob a garantia do contraditório e ampla defesa, pode servir como meio idôneo de prova para fundamentar a condenação.** 4. "Prevalece no moderno sistema processual penal que eventual alegação de nulidade deve vir acompanhada da demonstração do efetivo prejuízo. Como é cediço, não se proclama uma nulidade sem que se tenha verificado prejuízo concreto à parte, sob pena de a forma superar a essência. Vigora, portanto, o princípio pas de nullité sans grief, a teor do que dispõe o art. 563 do Código de Processo Penal" (HC 510.584/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/12/2019, DJe 19/12/2019). 5. Nos moldes do entendimento consolidado esta Corte, eventual irregularidade ocorrida na fase do inquérito policial não contamina a ação penal dele decorrente, quando as provas são renovadas em juízo, com a devida observância do contraditório e da ampla defesa. 6. Agravo desprovido.¹⁰⁷ [grifei]

Vislumbra-se que, em todos os casos em tela, houve o desrespeito parcial ou total aos requisitos previstos no artigo 226 do Código de Processo Penal, mas, sob o argumento de independência entre fase a pré-processual e a processual, bem como o fato desta última ser contemplada com o contraditório e a ampla defesa faltantes na primeira, os ilustres magistrados entenderam que a confirmação em juízo bastaria para validar o ato do

¹⁰⁶ STJ - HC 136.147/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, j. 06/10/2009, DJe 03/11/2009

¹⁰⁷ STJ - AgRg no HC: 462030 SP 2018/0192458-3, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 05/03/2020, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/03/2020

reconhecimento, mesmo que este tenha sido feito de forma arbitrária e contrária às disposições contidas na lei.

Importante ressaltar que a referida tese vai contra o que é defendido no presente trabalho, visto que, como expresso no primeiro capítulo, a inobservância à forma ensejaria na nulidade do ato que, se admitido, contaminaria todo o processo e acarretaria consequências que fogem da esfera processual, visto que o direito a ser tratado é a garantia da liberdade de indivíduos presumidos inocentes até prova válida que ateste o contrário.

Nesse sentido, quanto a necessária formalidade do reconhecimento, Aury Lopes ressalta que:

“(...) partindo da premissa de que – em matéria processual penal – forma é garantia, não há espaço para informalidades judiciais. Infelizmente, prática bastante comum na praxe forense consiste em fazer 'reconhecimentos informais', admitidos em nome do princípio do livre convencimento motivado”.¹⁰⁸

Portanto, reitere-se aqui o entendimento do autor supracitado, no sentido de que faz-se imperiosa a observância às formalidades previstas no artigo 226 do Código de Processo Penal, configurando estas em “condição de credibilidade do instrumento probatório, refletindo na qualidade da tutela jurisdicional prestada e na própria confiabilidade do sistema judiciário de um país”.¹⁰⁹

A problemática ganha ainda maior dimensão quando observamos que o entendimento de ser desnecessário o respeito ao procedimento previsto na lei abriu margem para outras práticas arbitrárias em sede de reconhecimento, como é o caso dos reconhecimentos realizados com base em fotos retiradas dos “álbuns de suspeitos” presentes nas delegacias ou até mesmo de redes sociais, tendo muitos destes acarretado em sentenças condenatórias como único e suficiente elemento probatório.

A fim de ilustrar o argumento trazido acima, cabe citar o caso do jovem Tiago Vianna Gomes, de apenas 27 anos, condenado com base unicamente em falso reconhecimento realizado em delegacia policial. Tiago já foi reconhecido erroneamente por, pelo menos, oito

¹⁰⁸ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 p. 488

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 490

vezes. Isto se deu pelo fato de sua foto ter sido colocada, sem seu consentimento ou ciência, a um álbum de suspeitos e foi mantida lá, mesmo depois de tantas acusações equivocadas.¹¹⁰

Em relação ao referido episódio, o advogado Guilherme Carnelós se posicionou no sentido de que a observância ao trâmite previsto no artigo 226 do Código de Processo Penal seria uma das formas de amenizar a ocorrência de acusações estapafúrdias como esta, salientando que “para evitar esse tipo de equívoco catastrófico, tanto para quem é acusado quanto para as garantias individuais, bastava simplesmente seguir o que a lei já determina”.¹¹¹

Nessa mesma esteira, pode-se mencionar o caso de Luiz Carlos Justino, jovem músico de 24 anos, que foi reconhecido por foto em álbum de suspeitos de uma delegacia da cidade de Niterói – RJ. A ficha de antecedentes criminais de Luiz Carlos era limpa e, apenas com base em incorreto reconhecimento fotográfico, o rapaz passou cinco dias de sua juventude em restrição de liberdade.¹¹²

Além dos pontos já abordados, faz-se mister pontuar que a inobservância à forma do ato de reconhecimento, além de abrir a oportunidade para que mais práticas arbitrárias se perpetuem nas delegacias, também aumenta a suscetibilidade deste meio de prova à ocorrência das falsas memórias, à seletividade penal e a fenômenos como o *cross race effect*, conforme já discutimos de forma detalhada em tópico anterior.

Dentro desse cenário, reporto-me ao caso de Bárbara Querino de Oliveira, mulher de 20 e poucos anos, que foi fotografada pela polícia na delegacia e que teve sua imagem, onde esta segurava cartaz contendo seus dados pessoais, compartilhada ilegalmente para grupos do aplicativo Whatsapp e em páginas do Facebook, em publicações que apresentavam a jovem como criminosa. Em decorrência destas fotos ilegais, Bárbara foi reconhecida

¹¹⁰ IDDD, Jovem negro é absolvido pelo STJ depois de falso reconhecimento por foto. *Instituto de Defesa do Direito de Defesa*, 2020. Disponível em: <https://iddd.org.br/jovem-negro-condenado-apos-falso-reconhecimento-tera-caso-julgado-pelo-stj/> Acesso em: 22/09/2021.

¹¹¹ IDDD, Jovem negro é absolvido pelo STJ depois de falso reconhecimento por foto. *Instituto de Defesa do Direito de Defesa*, 2020. Disponível em: <https://iddd.org.br/jovem-negro-condenado-apos-falso-reconhecimento-tera-caso-julgado-pelo-stj/>. Acesso em: 22/09/2021.

¹¹² RJ1. Justiça do RJ absolve músico que foi preso por engano por assalto à mão armada. *Globo.com*. Rio de Janeiro, 10/06/2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/06/10/justica-do-rj-absolve-musico-que-foi-presos-por-engano-por-assalto-a-mao-armada.ghtml>. Acesso em 22/09/2021

equivocadamente por dois crimes que não cometeu, tendo sido condenada a 5 anos e 4 meses de reclusão. Quanto a forma que se deu um dos reconhecimentos falsos do qual Bárbara foi vítima, cabe explicitar o argumento eivado de racismo estrutural trazido por uma das reconhecedoras, uma mulher branca, que afirmou ter reconhecido Bárbara pois sua imagem foi “bem familiar por causa dos cabelos”¹¹³.

Outrossim, cumpre, ainda, destacar o fato de que, não coincidentemente, todos os 3 (três) indivíduos citados acima são jovens pretos de baixa renda, confirmando a tese aqui defendida de que o desrespeito à garantia da forma, ou qualquer deficiência processual que enseje em arbitrariedades, perpetua ainda mais os estigmas existentes na sociedade e, conseqüentemente, no processo penal brasileiro.

Por fim, resta salientar que os fundamentos utilizados para as acusações e condenações nos casos aqui expostos não são compatíveis com um sistema de direitos e garantias de estatura constitucional. Sendo assim, conclui-se que o antigo posicionamento do STJ, ao afirmar que as formalidades previstas no artigo 226 do Código de Processo Penal configuram mera recomendação e ao admitir o reconhecimento fotográfico como único elemento ensejador de uma sentença condenatória, expõe as fragilidades deste meio de prova estudado, fragilidades estas evidenciadas caso o ato do reconhecimento seja realizado de forma arbitrária e contrária ao estabelecido na legislação pátria.

2. O HABEAS CORPUS Nº 598.886 – SC114 E A NOVA POSIÇÃO ADOTADA PELO STJ

Em um primeiro momento, cumpre analisar os detalhes de cada passo do julgamento do *Habeas Corpus* nº 598.886 – SC a fim de destacar os argumentos utilizados pela Corte do Superior Tribunal de Justiça e, posteriormente, ressaltar as importantes conclusões estabelecidas por esta. *In verbis*:

¹¹³ SALVADORI, Fausto. Barbara Querino, a Babi: como a Justiça condenou uma jovem negra sem provas. *Ponte*. Disponível em: <<https://ponte.org/barbara-querino-a-babi-como-a-justica-condenou-uma-jovem-negra-sem-provas/>> Acesso em 22/09/2021.

¹¹⁴ STJ - HC: 598886 SC 2020/0179682-3, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 27/10/2020, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/12/2020

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DE PESSOA REALIZADO NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. PROVA INVÁLIDA COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. RIGOR PROBATÓRIO. NECESSIDADE PARA EVITAR ERROS JUDICIÁRIOS. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. **O reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto, para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.** 2. Segundo estudos da Psicologia moderna, **são comuns as falhas e os equívocos que podem advir da memória humana e da capacidade de armazenamento de informações.** Isso porque a memória pode, ao longo do tempo, se fragmentar e, por fim, se tornar inacessível para a reconstrução do fato. O valor probatório do reconhecimento, portanto, possui considerável grau de subjetivismo, a potencializar falhas e distorções do ato e, conseqüentemente, causar erros judiciários de efeitos deletérios e muitas vezes irreversíveis. 3. **O reconhecimento de pessoas deve, portanto, observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se vê na condição de suspeito da prática de um crime, não se tratando, como se tem compreendido, de "mera recomendação" do legislador.** Em verdade, a inobservância de tal procedimento enseja a nulidade da prova e, portanto, não pode servir de lastro para sua condenação, ainda que confirmado, em juízo, o ato realizado na fase inquisitorial, a menos que outras provas, por si mesmas, conduzam o magistrado a convencer-se acerca da autoria delitiva. **Nada obsta, ressalve-se, que o juiz realize, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório.** 4. O reconhecimento de pessoa por meio fotográfico é ainda mais problemático, máxime quando se realiza por simples exibição ao reconhecedor de fotos do conjecturado suspeito extraídas de álbuns policiais ou de redes sociais, já previamente selecionadas pela autoridade policial. E, mesmo quando se procura seguir, com adaptações, o procedimento indicado no Código de Processo Penal para o reconhecimento presencial, não há como ignorar que o caráter estático, a qualidade da foto, a ausência de expressões e trejeitos corporais e a quase sempre visualização apenas do busto do suspeito podem comprometer a idoneidade e a confiabilidade do ato. 5. **De todo urgente, portanto, que se adote um novo rumo na compreensão dos Tribunais acerca das conseqüências da atipicidade procedimental do ato de reconhecimento formal de pessoas; não se pode mais referendar a jurisprudência que afirma se tratar de mera recomendação do legislador, o que acaba por permitir a perpetuação desse foco de erros judiciários e, conseqüentemente, de graves injustiças.** 6. É de se exigir que as polícias judiciárias (civis e federal) realizem sua função investigativa comprometidas com o absoluto respeito às formalidades desse meio de prova. E ao Ministério Público cumpre o papel de fiscalizar a correta aplicação da lei penal, por ser órgão de controle externo da atividade policial e por sua ínsita função de custos legis, que deflui do desenho constitucional de suas missões, com destaque para a "defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (art. 127, caput, da Constituição da República), bem assim da sua específica função de "zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos [inclusive, é claro, dos que ele próprio exerce] [...] promovendo as medidas necessárias a sua garantia" (art. 129, II). 7. **Na espécie, o reconhecimento do primeiro paciente se deu por meio fotográfico e não seguiu minimamente o roteiro normativo previsto no Código de Processo Penal. Não houve prévia descrição da pessoa a ser reconhecida e não se exibiram outras fotografias de possíveis suspeitos; ao contrário, escolheu a autoridade policial fotos de um suspeito que já cometera outros crimes, mas que absolutamente nada indicava, até então, ter qualquer ligação com o roubo investigado.** 8. Sob a égide de um processo penal comprometido com os direitos e os valores positivados na Constituição da República, busca-se uma verdade processual em que a reconstrução

histórica dos fatos objeto do juízo se vincula a regras precisas, que assegurem às partes um maior controle sobre a atividade jurisdicional; uma verdade, portanto, obtida de modo "processualmente admissível e válido" (Figueiredo Dias). 9. O primeiro paciente foi reconhecido por fotografia, sem nenhuma observância do procedimento legal, e não houve nenhuma outra prova produzida em seu desfavor. **Ademais, as falhas e as inconsistências do suposto reconhecimento - sua altura é de 1,95 m e todos disseram que ele teria por volta de 1,70 m;** estavam os assaltantes com o rosto parcialmente coberto; nada relacionado ao crime foi encontrado em seu poder e a autoridade policial nem sequer explicou como teria chegado à suspeita de que poderia ser ele um dos autores do roubo - ficam mais evidentes com as declarações de três das vítimas em juízo, ao negarem a possibilidade de reconhecimento do acusado. 10. Sob tais condições, o ato de reconhecimento do primeiro paciente deve ser declarado absolutamente nulo, com sua consequente absolvição, ante a inexistência, como se deflui da sentença, de qualquer outra prova independente e idônea a formar o convencimento judicial sobre a autoria do crime de roubo que lhe foi imputado. 11. Quanto ao segundo paciente, teria, quando muito - conforme reconheceu o Magistrado sentenciante - emprestado o veículo usado pelos assaltantes para chegarem ao restaurante e fugirem do local do delito na posse dos objetos roubados, conduta que não pode ser tida como determinante para a prática do delito, até porque não se logrou demonstrar se efetivamente houve tal empréstimo do automóvel com a prévia ciência de seu uso ilícito por parte da dupla que cometeu o roubo. É de se lhe reconhecer, assim, a causa geral de diminuição de pena prevista no art. 29, § 1º, do Código Penal (participação de menor importância). 12. Conclusões: 1) O reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime; 2) À vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo; 3) Pode o magistrado realizar, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório, bem como pode ele se convencer da autoria delitiva a partir do exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento; 4) O reconhecimento do suspeito por simples exibição de fotografia (s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo. 13. Ordem concedida, para: a) com fundamento no art. 386, VII, do CPP, absolver o paciente Vânio da Silva Gazola em relação à prática do delito objeto do Processo n. 0001199-22.2019.8.24.0075, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Tubarão - SC, ratificada a liminar anteriormente deferida, para determinar a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso; b) reconhecer a causa geral de diminuição relativa à participação de menor importância no tocante ao paciente Igor Tártari Felácio, aplicá-la no patamar de 1/6 e, por conseguinte, reduzir a sua reprimenda para 4 anos, 5 meses e 9 dias de reclusão e pagamento de 10 dias-multa. Dê-se ciência da decisão aos Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais, bem como ao Ministro da Justiça e Segurança Pública e aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, encarecendo a estes últimos que façam conhecer da decisão os responsáveis por cada unidade policial de investigação.¹¹⁵

Como pode ser observado na ementa colacionada acima, o Habeas Corpus em comento foi impetrado pela Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina em defesa da liberdade dos pacientes Vânio da Silva Gazola e Igor Tartari Felacio, tendo como responsável pela

¹¹⁵ STJ - HC: 598886 SC 2020/0179682-3, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 27/10/2020, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/12/2020

relatoria o Ministro Rogerio Schietti Cruz. Os réus foram condenados à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime semiaberto, mais multa, nos termos do artigo 157, §2º, II, do CP, por supostamente serem autores de roubo realizado em um restaurante, com emprego de arma de fogo. O trânsito em julgado da condenação se deu em 27/08/2020.

Ocorre que, para a presente pesquisa, o foco será em relação ao caso particular do paciente Vânio da Silva Gazola, o qual teve sua condenação baseada somente em um reconhecimento fotográfico extrajudicial feito pelas vítimas.

Inicialmente, cabe destacar o fato de que, na descrição do autor do assalto, as vítimas detalharam um homem de 1 metro e 70 centímetros de altura, sendo que o paciente Vânio mede 1 metro e 95 centímetros, ou seja: 25 centímetros a mais. Ainda nesse sentido, o depoimento de um funcionário do restaurante, onde ocorreu o delito, afirma que, apesar de ter realizado o reconhecimento na delegacia, o depoente não possuía a certeza deste, visto que os indivíduos estavam encapuzados no momento do ocorrido. Duas outras vítimas confirmaram que os autores estavam encapuzados e que, assim, seria impossível reconhecê-los.¹¹⁶

Outrossim, no depoimento de outra funcionária do referido estabelecimento, esta revela que o reconhecimento foi feito através das filmagens das câmeras do restaurante, visto que os supostos autores do delito estiveram no local momentos antes do ocorrido e que estavam usando as mesmas vestimentas no assalto. Frise-se que, em seu depoimento, a funcionária afirma que “reconheceu com convicção” o acusado Vânio Gazola, alegando que este ficou próximo dela no momento do delito e que a altura do indivíduo era em torno de 1 metro e 70 centímetros.

No entanto, a realidade fática não é compatível com o relatado pela supracitada depoente, visto que, como já vimos acima, o paciente Vânio da Silva Gazola possui 1,95 m (um metro e noventa e cinco centímetros de altura), ou seja, 25 centímetros a mais do que o indivíduo descrito pela funcionária, uma diferença mais do que considerável.

¹¹⁶ STJ. Sexta Turma rechaça condenação baseada em reconhecimento que não seguiu procedimento legal. Publicado em 27/10/2020. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/27102020-Sexta-Turma-rechaca-condenacao-baseada-em-reconhecimento-que-nao-seguiu-procedimento-legal.aspx>> Acesso em 22/09/2021.

Supreendentemente, em que pese a dissonância da prova oral com os fatos, o juiz sentenciante entendeu que esta não poderia ser tratada isoladamente em detrimento dos outros elementos probatórios constantes no caso, e, assim, a menção errônea da depoente sobre a estatura do acusado não ensejaria, por si só, o afastamento da condenação.

Em face da r. Sentença, a defesa interpôs Apelação, a qual foi negado o provimento pelo Acórdão do Tribunal competente. No escopo da defesa, salientou-se a fragilidade do reconhecimento fotográfico extrajudicial, o qual não foi corroborado por outros elementos probatórios e que, portanto, não poderia ensejar a condenação do acusado.

Além da fragilidade do reconhecimento fotográfico como única prova, a peça defensiva trouxe em sua fundamentação o artigo 155 c/c o caput do artigo 157, ambos do Código de Processo Penal. *In verbis*:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

A defesa cita os artigos acima como conclusão de que a inobservância do trâmite do reconhecimento formal, previsto no artigo 226 do Código de Processo Penal, enseja na nulidade desse elemento probatório e, conseqüentemente, na invalidade desta prova para embasar uma condenação como ocorreu no caso em tela.

No Acórdão que negou provimento à Apelação interposta pela defesa do paciente, a Corte aplicou o entendimento pela possibilidade do reconhecimento fotográfico, apesar da inobservância às formalidades previstas no artigo 226 do Código de Processo Penal¹¹⁷. O Tribunal ressaltou que, em que pese a depoente supramencionada ter descrito altura não compatível com o acusado, bem como ter afirmado, na data da audiência, que não teria condições de reconhecer este último devido ao lapso temporal, esta confirmou em Juízo o reconhecimento feito na Delegacia de Polícia.

¹¹⁷ TJ-SC - APR: 00011992220198240075 Tubarão 0001199-22.2019.8.24.0075, Relator: Norival Acácio Engel, Data de Julgamento: 02/06/2020, Segunda Câmara Criminal.

Na instância superior, o Superior Tribunal de Justiça solidificou o entendimento de que o reconhecimento fotográfico somente é apto a ensejar eventual condenação caso sejam observadas as formalidades legais e acrescido de outros elementos probatórios em Juízo. Cabe trazer trecho da referida decisão¹¹⁸:

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 albuns 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.

No caso em comento, verifique-se que não houve qualquer cuidado com a observância do procedimento previsto em lei para o reconhecimento formal do paciente, o que, de acordo com o defendido na presente pesquisa e com os argumentos utilizados pelo Ministro Relator do *Habeas Corpus* aqui discutido, enseja na nulidade e conseqüente invalidade do ato do reconhecimento, restando este sem valor probatório para fundamentar condenação.

Ademais, no julgamento do *Habeas Corpus* impetrado no caso em tela, o STJ ressaltou a suscetibilidade do reconhecimento fotográfico ao fenômeno das falsas memórias, estas que ensejam em distorções e falhas neste meio de prova, o que acaba acarretando em inúmeras e recorrentes condenações de inocentes.

“Dada a evidência de muitos casos de erros judiciários, foi criada nos Estados Unidos, em 1992, a Innocence Project, uma ONG fundada por advogados civilistas, especialistas em pedir indenização ao Estado em decorrência de condenações de pessoas inocentes. Segundo pesquisa feita por essa ONG, aproximadamente 75% das condenações de inocentes se deve a erros cometidos pelas vítimas e por testemunhas ao identificar os suspeitos no ato do reconhecimento. Em 38% dos casos em que houve esse erro, várias testemunhas oculares identificaram incorretamente o mesmo suspeito inocente. (Disponível em: www.innocenceproject.org/.../What_is_the_innocence_Project_How_did_it_get_started.php. Acesso em: set. 2020).” (HC n. 598.886/SC, Rel. Ministro Rogério Schietti, 6ª T., DJe 27/10/2020)

O Superior Tribunal de Justiça enfatiza que o paciente Vânio foi condenado, exclusivamente, com base em reconhecimento fotográfico realizado e confirmado em juízo por somente uma das quatro vítimas, sem nenhuma outra prova, bem como sem ratificação do reconhecimento em juízo.

¹¹⁸ HC n. 598.886/SC, Rel. Ministro Rogério Schietti, 6ª T., DJe 27/10/2020

Ademais, em sua Decisão, o Ministro Relator Rogerio Schietti Cruz aduz que o reconhecimento fotográfico realizado no caso em comento foi induzido, destacando a forma com que se deu o trâmite deste, em que ignorou-se completamente as disposições contidas no artigo 226 do Código de Processo Penal.

É dizer, a polícia não realizou nenhuma medida para tentar fazer um reconhecimento fotográfico nos moldes do art. 226 do CPP; ao contrário, "os policiais militares, diante das descrições delatadas pelas vítimas, mostraram imagens de Vânio da Silva Gazola, vulgo 'Vaninho', tendo duas delas o reconhecimento como um dos autores do roubo" (fl. 205), ressaltando a autoridade policial, na sequência, que: "Vânio é bastante conhecido no meio policial, inclusive encontrando-se foragido há tempos, ostentando contra si mandado de prisão ativo por homicídio. Sabe-se também do envolvimento de Vânio em crimes patrimoniais" (fl. 205).¹¹⁹

O Ministro Relator do *Habeas Corpus* analisado em tela afirma que o que se está em discussão não é a validade do depoimento das vítimas, mas sim da condenação fundamentada apenas no reconhecimento fotográfico feito em desacordo com as regras previstas para a produção probatória, não devendo correr o risco de um eventual erro judiciário com mais uma condenação apoiada em elemento frágil e que não cumpre os requisitos especificados na lei.

Diante de toda a vasta fundamentação doutrinária utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do presente remédio constitucional, HC 598886 – SC, a ordem fora concedida e o paciente Vânio Da Silva Gazola foi absolvido.

Cabe destacarmos as conclusões que resumem o novo posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça quanto a prova do reconhecimento. Vejamos:

- 1) O reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime;
- 2) À vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo;
- 3) Pode o magistrado realizar, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório, bem como pode ele se convencer da autoria delitiva a partir do exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento;
- 4) O reconhecimento do suspeito por simples exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal

¹¹⁹ HC n. 598.886/SC, Rel. Ministro Rogerio Schietti, 6ª T., DJe 27/10/2020

e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo.¹²⁰ [grifei]

Finalizada a análise do dispositivo em tela, merece destaque a importância das discussões doutrinárias, inclusive já abordadas nos primeiros capítulos do presente trabalho, para o enriquecimento argumentativo e extenso arcabouço teórico utilizado pelo Ministro Relator Rogério Schiatti no julgamento aqui analisado.

Desta forma, destaque-se que o novo posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça é decisão histórica no que se refere ao instituto do reconhecimento, visto que a decisão de ratificar a necessária observância às formalidades previstas no artigo 226 do Código de Processo Penal, bem como a decretação de nulidade e consequente invalidade dos atos que contrariem tal entendimento, e a impossibilidade de condenação baseada unicamente no reconhecimento fotográfico, mesmo que este seja confirmado em juízo, constituem em avanço incontestável para o sistema probatório no processo penal brasileiro.

3. O IMPACTO DA MUDANÇA JURISPRUDENCIAL ESTUDADA

É cediço que o Superior Tribunal de Justiça visa uniformizar as interpretações de leis federais, da melhor forma possível, gerando precedentes que embasam e servem como fundamentação para os diversos tribunais pátrios.

No que tange à uniformização de decisões pelos precedentes estabelecidos em entendimentos do STJ, Daniel Mitidiero aduz que:

(...) a decisão recorrida deve ser entendida como meio de que se vale a Corte Superior para, a partir da interpretação adequada do Direito, alcançar o máximo possível da unidade do direito aplicado em todo o território nacional, sem renunciar, por óbvio, ao controle de juridicidade das decisões recorridas¹²¹.

Nesse sentido, necessário abordar o impacto que o recente julgamento do *Habeas Corpus* nº 598.886 – SC, datado de 27/10/2020 – proferido há menos de 1 ano, já causou na jurisprudência.

¹²⁰ STJ - HC: 598886 SC 2020/0179682-3, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 27/10/2020, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/12/2020

¹²¹ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: Editora RT, 2013.

Inicialmente, insta colacionar algumas das decisões do próprio Superior Tribunal de Justiça que já se basearam no novo posicionamento adotado. Vejamos:

HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. NEGATIVA DE AUTORIA. RECONHECIMENTO PESSOAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. SUPORTE PROBATÓRIO INSUFICIENTE À CONDENAÇÃO EM 2º GRAU. CERTEZA NÃO DEMONSTRADA. NULIDADE RECONHECIDA. ABSOLVIÇÃO QUE DEVE SER RESTABELECIDA. WRIT CONCEDIDO. 1. Acerca do instituto processual do reconhecimento de pessoas, previsto no art. 226 do CPP, entendia esta Corte que as disposições contidas no art. 226 do Código de Processo Penal configuram uma recomendação legal, e não uma exigência absoluta, não se cuidando, portanto, de nulidade quando praticado o ato processual (reconhecimento pessoal) de forma diversa da prevista em lei (AgRg no AREsp n. 1.054.280/PE, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 13/6/2017). 2. Entretanto, no julgamento do HC 598.886/SC, da relatoria do Min. Rogério Schietti Cruz, a interpretação foi revista pela Sexta Turma, no sentido de que se determine, doravante, a invalidade de qualquer reconhecimento formal - pessoal ou fotográfico - que não siga estritamente o que determina o art. 226 do CPP, sob pena de continuar-se a gerar uma instabilidade e insegurança de sentenças judiciais que, sob o pretexto de que outras provas produzidas em apoio a tal ato - todas, porém, derivadas de um reconhecimento desconforme ao modelo normativo - autorizariam a condenação, potencializando, assim, o concreto risco de graves erros judiciários. 3. **Hipótese em que o reconhecimento pessoal do réu, ora paciente, não obedeceu aos ditames do precedente mencionado - HC 598.886/SC** - e, mais grave ainda, da própria norma processual em apreço (art. 226/ CPP), porquanto a vítima não descreveu a pessoa suspeita do ilícito, mas, tão somente, a reconheceu através de uma viseira aberta de seu capacete, acessório que usava no momento do fato, destacando-se, da sentença absolutória, que [a] vítima Ingrid, certamente dificultada pela visibilidade e pelo uso de capacetes, não foi nada assertiva no reconhecimento pessoal em juízo. E ainda, como já se disse, o procedimento de apuração relacionado a outro fato, em que são investigados Cláudio e o tal Marcos Vinícius, não foi utilizado pela acusação, neste processo, para amparar a pretensão condenatória de Cláudio, de modo que o que há, neste momento, é uma prova muito frágil da autoria imputada a Cláudio. 4. A despeito de o paciente ser suspeito da prática de outros roubos, isso não significa dizer que, de igual modo, tenha cometido o delito em debate, até porque (no caso) não foi condenado nos termos do art. 71 do Código Penal - crime continuado. 5. Como observado no HC 598.886/SC, [à] vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo. 6. Pode a sentença se convencer da autoria delitiva a partir do exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento, o que, na espécie, não ocorreu, haja vista inexistirem outras provas nesse sentido, afirmando o julgado que não só o réu Jeferson deve ser absolvido, por absoluta ausência de qualquer elemento que embase a autoria que lhe é imputada, mas também o acusado Cláudio, cujos elementos que serviriam para embasar uma condenação são todos por demais frágeis. 7. Habeas corpus concedido para reconhecer a nulidade em relação ao reconhecimento pessoal do paciente e restabelecer a sentença na qual foi absolvido.¹²² [grifei]

¹²² STJ - HC: 648232 SP 2021/0058344-7, Relator: Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), Data de Julgamento: 18/05/2021, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/05/2021

RECURSO ESPECIAL. ROUBO TENTADO. RECONHECIMENTO PESSOAL REALIZADO NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. INEXISTÊNCIA DE OUTRAS PROVAS VÁLIDAS E INDEPENDENTES COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A Sexta Turma desta Corte, no julgamento do HC 598.886/SC, em 27/10/2020, superou o entendimento, até então prevalente, de que o procedimento de reconhecimento pessoal, previsto no art. 226 do CPP, constitui "mera recomendação", cuja inobservância não induziria à nulidade. 2. Na oportunidade, adotou-se a compreensão de que, "à vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo" (HC 598.886/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2020, DJe 18/12/2020). 3. O posicionamento do réu sozinho para o reconhecimento pessoal viola o art. 226, II, do Código de Processo Penal, que determina que o agente será colocado, ao lado de outras pessoas que com ele tiverem semelhança. 4. A inexistência de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento impõe a absolvição do recorrente, por violação ao art. 226 do CPP. 5. Recurso especial provido para absolver o recorrente.¹²³ [grifei]

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ROUBO MAJORADO. CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA EM RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO OU PESSOAL. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. FRAGILIDADE PROBATÓRIA. AUSÊNCIA DE OUTRA FONTE MATERIAL INDEPENDENTE DE PROVA. ABSOLVIÇÃO DE RIGOR. LEADING CASE DA SEXTA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: HC 598.886/SC, REL. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA. 1. No caso, malgrado ter havido o reconhecimento fotográfico pela Vítima, o Magistrado de primeiro grau - mais próximo dos fatos e das provas - absolveu o Paciente porque não houve flagrante, não havia outras testemunhas presenciais e a res (aparelho de telefonia celular) não foi encontrada na posse do Acusado. Essa conclusão, todavia, foi reformada pelo Tribunal local, que reconheceu a autoria e condenou o Réu pelo crime de roubo. 2. A Vítima, única depoente presencial dos fatos a ter sido ouvida em juízo, mais de um ano depois da prática da conduta, tão somente ratificou o que já havia afirmado em sede policial, quando houve, por ela, o reconhecimento fotográfico do Paciente. 3. O único outro testemunho na fase judicial foi prestado por Agente de Polícia que esclareceu ter localizado o Adolescente que adquiriu o telefone celular produto do roubo, sem constar nos autos, contudo, que a res teria sido vendida pelo Paciente. **É certo, ainda, que o depoente compromissado informou que extraiu fotos do Paciente na rede social Facebook para o reconhecimento fotográfico pela Vítima.** Porém, não indicou nenhuma fonte material independente de prova (independent source) diversa. 4. Em conclusão, o Juízo condenatório proferido pelo Tribunal a quo, fundado tão somente no reconhecimento fotográfico que não observou o devido regramento legal - portanto, dissociado de outros elementos probatórios suficientes para lastrear idoneamente a condenação -, está em desconformidade com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 5. **Inobservância do devido regramento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, nos termos da orientação consagrada no julgamento do HC n. 598.886/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ (STJ, SEXTA**

¹²³ STJ - REsp: 1912219 SP 2020/0336558-7, Relator: Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), Data de Julgamento: 22/06/2021, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/06/2021

TURMA, julgado em 27/10/2020, DJe 18/12/2020). 6. Ordem de habeas corpus concedida, para restabelecer os efeitos da sentença absolutória.¹²⁴ [grifei]

Compulsando as decisões acima, observe-se a menção direta ao entendimento consagrado no julgamento do *Habeas Corpus* nº 598.886 – SC, utilizando este para declarar a nulidade dos reconhecimentos realizados fora do trâmite previsto artigo 226 do Código de Processo Penal brasileiro.

Sendo assim, considerando que os reconhecimentos de que tratam os casos abordados não observaram as formalidades devidas, bem como considerando as teses trazidas em sede da mudança jurisprudencial da Corte Superior no julgamento do *Habeas Corpus* nº 598.886 – SC, fez-se imperiosa a absolvição dos pacientes.

Importante destacar que, se não fosse pela mudança jurisprudencial adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, os casos colacionados acima virariam números dentro da estatística de condenações injustas baseadas em reconhecimentos viciados, os quais deveriam ter tido a nulidade decretada, como vimos nos casos concretos tratados no primeiro subcapítulo deste capítulo.

Dentro dessa perspectiva, a fim de ilustrar, de forma mais efetiva, o real e necessário impacto deste posicionamento do STJ, interessante mencionar novamente o caso de Tiago Vianna Gomes, o qual foi abordado neste trabalho para apontar os reiterados reconhecimentos fotográficos viciosos dos quais o jovem foi vítima.

Ocorre que, partindo do precedente do julgamento do HC 598.886 – SC, Tiago Vianna Gomes foi absolvido após ser condenado em 2ª instância por sentença condenatória baseada em falso reconhecimento realizado em delegacia policial. Após ter sido reconhecido equivocadamente pela oitava vez por meio de foto constante em álbum de suspeitos, a Defensoria Pública do estado do Rio de Janeiro impetrou *habeas corpus* contra recurso do Ministério Público que contestou a absolvição em primeira instância, tendo sido concedido o *writ* pelo Superior Tribunal de Justiça. Observemos:

¹²⁴ STJ - HC: 617717 DF 2020/0262983-8, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 10/08/2021, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/08/2021

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. WRIT SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. INEXISTÊNCIA DE JULGAMENTO DE MÉRITO NESTA CORTE. INCOMPETÊNCIA DO STJ. FUNDAMENTO SUBSIDIÁRIO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ILEGALIDADE FLAGRANTE. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA (INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA) **ACÓRDÃO CONDENATÓRIO CALCADO NO RECONHECIMENTO EFETIVADO EM SEDE POLICIAL E RATIFICADO EM SEDE JUDICIAL. COTEJO APTO A EVIDENCIAR QUE O ARESTO CONDENATÓRIO NÃO INFIRMOU, DE FORMA PEREMPTÓRIA, AS PONDERAÇÕES LANÇADAS PELO MAGISTRADOS, APTAS A EXTINGUIR OU, AO MENOS, REDUZIR O GRAU DE CERTEZA DA PROVA OBTIDA COM O RECONHECIMENTO.** CONTATO DIRETO DO MAGISTRADO COM A PROVA PRODUZIDA. SENTENÇA QUE OSTENTA UMA ANÁLISE MINUCIOSA E COMPLETA DA PROVA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO, DE OFÍCIO, PARA ABSOLVER O AGRAVANTE. Agravo regimental improvido. Habeas corpus concedido de ofício, a fim de absolver o agravante, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal (Processo n. 0006420-78.2018.8.19.0036, da 1ª Vara Criminal de Nilópolis/RJ).¹²⁵ [grifei]

Saindo da esfera do Superior Tribunal de Justiça, saliente-se que as decisões deste reverberam nos julgamentos não só desta Corte Superior, mas igualmente no âmbito das outras instâncias. Com isso, vale destacar alguns julgados de Tribunais de segunda instância os quais também já vem adotando o novo entendimento estabelecido pelo STJ, conforme se segue:

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL APELAÇÃO CRIMINAL (417) Nº 1024642-36.2020.8.11. 0002 APELANTE: JOSE AMILTON CARVALHO NASCIMENTO APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO EMENTA APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENOR – ABSOLVIÇÃO – POSSIBILIDADE – **RECONHECIMENTO PESSOAL VICIADO – RÉU APRESENTADO INFORMALMENTE À VÍTIMA NO BATALHÃO DA POLÍCIA ANTES DO ATO DE IDENTIFICAÇÃO NA DELEGACIA – TERMO DE RECONHECIMENTO QUE APONTA SER O RÉU A ÚNICA PESSOA COLOCADA PARA IDENTIFICAÇÃO – INOBSERVÂNCIA AO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ARTIGO 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – CONDENAÇÃO BASEADA UNICAMENTE NO RECONHECIMENTO EFETUADO PELA VÍTIMA – AGENTE QUE NÃO ESTAVA NA POSSE DA RES FURTIVA E DE ARMA DE FOGO – FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO – ABSOLVIÇÃO – JULGADOS DO STJ – RECURSO PROVIDO, EM DISSONÂNCIA COM O PARECER MINISTERIAL. “A Sexta Turma desta Corte, no julgamento do HC 598.886/SC, em 27/10/2020, superou o entendimento, até então prevalente, de que o procedimento de reconhecimento pessoal, previsto no art. 226 do CPP, constitui “mera recomendação”, cuja inobservância não induziria à nulidade.** 2. Na oportunidade, adotou-se a compreensão de que, “à vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo” (HC 598.886/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2020, DJe 18/12/2020). 3. O posicionamento do réu sozinho para o reconhecimento pessoal viola o art. 226, II, do

¹²⁵ STJ - AgRg no HC: 619327 RJ 2020/0271528-8, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 15/12/2020, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/12/2020

Código de Processo Penal, que determina que o agente será colocado, se possível, ao lado de outras pessoas que com ele tiverem semelhança. 4. A inexistência de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento impõe a absolvição do recorrente, por violação ao art. 226 do CPP. 5. Recurso especial provido para absolver o recorrente.” (STJ, REsp 1912219/SP)¹²⁶ [grifei]

APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. RECONHECIMENTO POR FOTOGRAFIA. FACEBOOK. FRAGILIDADE DA PROVA. AUSÊNCIA DE OUTRAS PROVAS. ABSOLVIÇÃO. PARADIGMAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 598.886. 1. Reconhecimento de pessoas como provas para condenação de pessoas. Precedente do STJ. **Conforme recém orientação estabelecida pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do HC 598.886, reconhecimentos de pessoas por fotografias não podem servir como única prova para a condenação, ainda que confirmado em Juízo.** É indispensável a existência de outras provas independentes e idôneas que corroborem a autoria para formar o convencimento judicial, o que não ocorreu no caso em tela. 2. Diante da ausência de outras provas, além do reconhecimento das vítimas realizado por fotografias, e da divergência em questões fáticas importantes, correta a sentença que absolve denunciados, nos termos do art. 386, VII do Código de Processo Penal, em observância ao sistema acusatório, presunção de inocência e devido processo legal. Doutrina. Precedentes TJDFT. 3. Negado provimento ao recurso.¹²⁷ [grifei]

EMENTA - APELAÇÃO - ROUBO - RECONHECIMENTO DE PESSOA - AUSÊNCIA DE AUTO PORMENORIZADO ASSINADO POR DUAS TESTEMUNHAS - NULIDADE - DESCRIÇÃO DO AUTOR - CONTRADIÇÕES - ÁLIBI DEFENSIVO - RAZOABILIDADE - DÚVIDA - ABSOLVIÇÃO. **A ausência de auto pormenorizado, assinado por duas testemunhas, enseja a nulidade do ato formal de reconhecimento de pessoas (art. 226, IV, do CPP), o qual constitui garantia mínima dos direitos do acusado (HC 598.886 / STJ).** As contradições na descrição do autor do fato pela vítima, bem como a existência de dúvida razoável quanto à negativa de autoria apresentada pelo acusado ensejam a sua absolvição (art. 386, VII, do CPP), prejudicado o recurso do MP. V.V. ROUBO MAJORADO - RECURSO DEFENSIVO: MATERIALIDADE E AUTORIA - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO MINISTERIAL: CAUSA DE AUMENTO ESTATUÍDA NO INCISO I DO § 2º-A DO ART. 157 DO CÓDIGO PENAL - APLICABILIDADE. 1- A materialidade e a autoria quanto ao delito de roubo majorado pelo Concurso de Agentes, se comprovadas, conduzem à manutenção da condenação nas sanções do art. 157, § 2º, II, do Código Penal. 2- A apreensão e perícia da arma de fogo é prescindível à configuração da Majorante estatuída no inciso I do § 2º-A do art. 157 do Código Penal, quando a utilização do artefato bélico for comprovada pelas provas orais.¹²⁸ [grifei]

Ocorre que, em que pese a benéfica mudança jurisprudencial analisada, ainda se faz necessário o enfoque nas discussões acerca das subjetividades que circundam o ato do reconhecimento, prova de natureza circunstancial, como a ocorrência das falsas memórias, o *cross race effect*, a visão de túnel e tantas outras fragilidades já destacadas no presente

¹²⁶ TJ-MT 10246423620208110002 MT, Relator: ORLANDO DE ALMEIDA PERRI, Data de Julgamento: 21/09/2021, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: 26/09/2021

¹²⁷ TJ-DF 00012215020178070002 DF 0001221-50.2017.8.07.0002, Relator: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 26/08/2021, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 10/09/2021 . Pág.: Sem Página Cadastrada

¹²⁸ TJ-MG - APR: 10024181394719001 Belo Horizonte, Relator: Octavio Augusto De Nigris Boccacini, Data de Julgamento: 01/06/2021, Câmaras Criminais / 3ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 11/06/2021

trabalho. Com isso, há que se promover um maior diálogo entre os operadores do Direito e os estudiosos da psicologia do testemunho, utilizando nas decisões proferidas o conteúdo proveniente das pesquisas e estudos realizados no campo teórico.

Nesse sentido, Machado e Barilli, delegados de polícia civil, destacam que a academia já produziu diversas pesquisas sobre as problemáticas envolvendo a persecução penal, mas restam faltantes práticas e estratégias que otimizem a instrução probatória.

As mudanças urgentes no campo probatório penal, que devem ocorrer a partir das contribuições da psicologia do testemunho, não podem se limitar apenas ao âmbito dogmático (teórico) ou normativo (dever ser) mediante projetos de reforma legislativa do atual artigo 226 do CPP. Devem ser pensadas em diferentes níveis operacionais da Justiça criminal e, por óbvio, sem descuidar da realidade nacional. Do contrário, teremos apenas refinadas teorias ou excelentes normas, porém sem qualquer alteração real no cotidiano das varas criminais e delegacias de polícia país afora. A academia já foi capaz de produzir inúmeras pesquisas sobre as mazelas do sistema de persecução penal, inclusive das nefastas práticas policiais quanto às falsas identificações pessoais. Faltam, agora, estratégias concretas que, acolhidas pelo poder público, possibilitem a devida instrução e correta implementação de protocolos técnicos de reconhecimento pessoal nos diferentes âmbitos da Justiça criminal brasileira¹²⁹.

Destaque-se, ainda, que o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça perde sua potencial força se os órgãos de persecução penal continuarem descumprindo as formalidades contidas na lei, obstando o alcance a um processo penal menos injusto e aliado das pesquisas científicas que visam aprimorá-lo.

Destarte, cumpre trazer o entendimento trazido por integrantes do *Innocence Project Brasil*, o qual consiste no reforço da necessária comunicação entre a ciência, as práticas nas delegacias policiais e a aplicação do Direito pelos competentes julgadores.

"impõe aos operadores do Direito, desde o policial que atua no flagrante até os membros das mais altas cortes do Poder Judiciário, o desafio de se apropriarem de técnicas pautadas nos avanços científicos para que se promovam os ajustes necessários a evitar que os reconhecimentos equivocados sigam produzindo condenações de inocentes¹³⁰".

¹²⁹ MACHADO, Leonardo Marcondes; BARILLI, Raphael Jorge de Castilho. O reconhecimento de pessoas como fonte de injustiças criminais. *Consultor Jurídico*, 2019. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-jul-16/academia-policia-reconhecimento-pessoas-fonte-injusticias-criminais>> Acesso em: 15/09/2021

¹³⁰ INNOCENCE PROJECT BRASIL. *Prova de reconhecimento e erro judiciário*. São Paulo. 1. ed., jun.2020, p. 3.

Diante de todo o exposto, conclui-se que a nova posição adotada pelo STJ representa um marco histórico na forma com que a prova do reconhecimento é admitida e valorada, sendo passo inicial de importância inquestionável para colocar em voga a discussão a respeito da fragilidade probatória presente no sistema penal brasileiro, o qual, apesar de ser considerado acusatório, ainda se reveste de seu caráter inquisitorial.

CONCLUSÃO

O presente estudo dedicou-se a examinar o reconhecimento fotográfico como meio de prova no processo penal brasileiro, analisando sua validade probatória a partir de discussões doutrinárias e entendimentos jurisprudenciais.

Constatou-se que o reconhecimento é elemento probatório frágil e pouco confiável, visto que consiste em prova dependente da memória, e que esta, no âmbito do ato do reconhecimento, é facilmente alterada por variáveis como a sugestionabilidade, o lapso temporal entre o delito e o ato de reconhecer, o efeito da falsa informação, o estado psicológico do reconhecedor, o efeito do foco da arma, o *cross race effect* e a infinidade de estigmas presentes estruturalmente em nossa sociedade.

Dentro desse cenário de fragilidades, concluiu-se que os indivíduos pertencentes às minorias, jovens pretos e pobres, são os mais afetados pelas arbitrariedades às quais o reconhecimento fotográfico é suscetível, o que corrobora a seletividade penal, deixando escancarada a realidade de que, no imaginário social brasileiro, o “criminoso” possui rosto, traços e cor antes mesmo de ser reconhecido.

Com isso, restou clara a necessidade de uma aliança entre a aplicação do Direito e os estudos acerca da memória humana, a fim de que sejam minimizadas as interferências que nublam os atos de reconhecimento e, conseqüentemente, retiram qualquer credibilidade dada a este meio de prova.

Considerando que o reconhecimento fotográfico já sofre com as variantes dos aspectos subjetivos atinentes a este, conclui-se que, pelo menos, deve ser observada à sua forma prevista em lei para que este possa oferecer o mínimo de segurança. No entanto, o presente estudo vislumbrou que há autores que interpretam o trâmite contido no artigo 226 do Código de Processo Penal brasileiro como uma “mera recomendação”, o que contribuiu e contribui para a adoção de práticas totalmente arbitrárias durante o processo penal, como o uso do “álbum de suspeitos”, ensejando em inúmeras condenações injustas que possuíram como

único elemento probatório o reconhecimento fotográfico realizado incorretamente, ou seja, fora dos parâmetros legais.

Ocorre que, em concordância com autores como Aury Lopes Jr., a tese defendida na presente monografia é que, como, dentro do processo penal, forma é uma espécie de garantia, a inobservância à forma configuraria em nulidade do ato do reconhecimento por vício formal. Sendo assim, toda e qualquer condenação fundamentada em reconhecimento fotográfico realizado fora do trâmite previsto legalmente configura em inconteste nulidade absoluta, sendo necessária a absolvição dos indivíduos acusados dentro desses moldes.

Portanto, revela-se imperiosa a observância ao procedimento imposto na lei, a fim de que o resultado do ato de reconhecimento não seja viciado e conseqüentemente leve a condenações injustas e a um processo penal defasado.

Na sequência, observou-se que, baseado nas discussões doutrinárias que levaram as problemáticas abordadas acima, o Superior Tribunal de Justiça consolidou novo posicionamento, através do julgamento do *Habeas Corpus* nº 598.886 – SC, onde restou solidificado o que boa parte da doutrina e os pesquisadores de direito probatório já defendiam: o reconhecimento fotográfico é válido somente se observar as formalidades previstas no artigo 226 do Código de Processo Penal, bem como este meio de prova não é suficiente para ensejar uma sentença penal condenatória somente com base nele, mesmo se confirmado em juízo posteriormente.

Destaque-se, ainda, o impacto positivo que a referida mudança jurisprudencial apresentou, tendo funcionado como precedente para o julgamento de diversos outros casos em que o reconhecimento fotográfico fora realizado incorretamente.

Outrossim, ainda que o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça seja um marco histórico para a aplicação e valoração do reconhecimento fotográfico, concluiu-se que os efeitos deste benéfico entendimento só serão efetivamente sentidos em sua plenitude uma vez que houver um diálogo direto entre os aplicadores do Direito, os órgãos de persecução penal, as autoridades policiais e os pesquisadores científicos, levando a um processo penal mais consciente e justo.

Por fim, saliente-se que o presente estudo não possui o intuito de retirar o valor que o reconhecimento fotográfico tem para o processo penal. Cabe ressaltar que o referido meio de prova é aliado da instrução probatória, caso seja realizado dentro das formalidades previstas na lei, tendo em vista que o reconhecimento pessoal nem sempre é viável.

Nessa esteira, conclui-se, nas palavras de Janaina Matida:

“Falar sobre reconhecimento fotográfico não é avalizar manifestas irregularidades, mas preencher de regras e protocolos lugares onde, nos dias de hoje, as arbitrariedades comodamente ainda imperam e contribuem às tormentosas condenações de inocentes”¹³¹.

A realidade defendida é que o reconhecimento fotográfico tem sua importância e validade, desde que se tenha em mente que este elemento probatório deve servir à redução do risco de se condenar inocentes, nunca à facilitação¹³².

¹³¹ MATIDA, Janaina; CECCONELLO, William W. *Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência*. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 7, n. 1, p. 432, jan./abr. 2021.

¹³² MATIDA, Janaina. O reconhecimento de pessoas não pode ser porta aberta à seletividade penal. *Consultor Jurídico*, 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-set-18/limite-penal-reconhecimento-pessoas-nao-porta-aberta-seletividade-penal?pagina=2>> Acesso em: 29/09/2021.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017

BERNSTEIN, D.M.; LOFTUS, E.F. *How to Tell If a Particular Memory Is True or False, Perspectives on Psychological Science*, 2009

BRAUN, K.A.; ELLIS, R.; LOFTUS, E.F. *Make my memory: How advertising can change our memories of the past. Psychology and Marketing*, 2002

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 01/10/2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 01/10/2021.

DAMÁSIO, António. *O Erro de Descartes*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Disponível em: <d12a8206c9044a3e92716341a99b2f6f.pdf (rj.def.br)> Acesso em 16/09/2021.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Disponível em:<<http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/imagens/d12a8206c9044a3e92716341a99b2f6f.pdf>.> Acesso em 16/09/2021.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Relatório Consolidado sobre Reconhecimento Fotográfico em Sede Policial. Disponível em: <https://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/consolida%C3%A7%C3%A3o_relato%C3%B3rio_CONDEGE_e_DPERJ_reconhecimento_foto_gr%C3%A1fico.pdf>. Acesso em 21/09/2021

DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Atualizado de acordo com as leis 11.689, 11.690/08 e 11.719/08. Campinas: Millenium Editora, 2008.

DI GESU, Cristina. *Prova Penal e Falsas Memórias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta, 1997. P. 549 apud DI GESU, Cristina. *Prova Penal e Falsas Memórias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

FINDLEY, Keith; SCOTT, Michael. *The Multiple Dimensions of Tunnel Vision In Criminal Cases*. *Wisconsin Law Review*, n. 1023, 2006.

GIACOMOLLI, Nereu José; DI GESU, Cristina Carla. *As Falsas Memórias na Reconstrução dos Fatos pelas Testemunhas no Processo Penal*. p. 4341. (Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008)

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

IDDD, Jovem negro é absolvido pelo STJ depois de falso reconhecimento por foto. *Instituto de Defesa do Direito de Defesa*, 2020. Disponível em: <https://iddd.org.br/jovem-negro-condenado-apos-falso-reconhecimento-tera-caso-julgado-pelo-stj/> Acesso em: 22/09/2021.

INFOPEN. Levantamento nacional de informações penitenciárias. 2019. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMmU4ODAwNTAtY2IyMS00OWJiLWE3ZTgtZGNjY2ZhNTYzZDliIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>> Acesso em: 22/09/2021.

INNOCENCE PROJECT BRASIL. *Prova de reconhecimento e erro judiciário*. São Paulo. 1. ed., jun. 2020

IZQUIERDO, Ivan. *Memória*. 2ª Edição revista e ampliada. Porto Alegre: Artmed, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

LOFTUS, Elizabeth. *As falsas lembranças, in: Viver mente & cérebro.*

LOFTUS, E. F. *Creating false memories.* Scientific American, 1997

LOFTUS, E. F. *Make believe memories.* American Psychologist, 277, 2003

LOFTUS, E. F. *Memory malleability: Constructivist and fuzzy-trace explanations.* *Learning and Individual Differences*, 7, 2005

LOFTUS, E.F.; PICKRELL, J.E. *The formation of false memories.* *Psychiatric Annals*, 1995

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal.* São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal.* 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JR., Aury; CORREIA, Joselton Calmon Braz. Ainda precisamos falar sobre o falso reconhecimento pessoal... *Consultor Jurídico*, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-nov-08/limite-penal-ainda-precisamos-falar-falso-reconhecimento-pessoal>>. Acesso em: 21/09/2021.

LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; CHOUKR, Fauzi Hassan apud LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal.* 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. *Memória não é Polaroid: precisamos falar sobre reconhecimentos criminais.* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-nov-07/limite-penal-memoria-nao-polarid-precisamos-falar-reconhecimentos-criminais>>. Acesso em set de 2021.

LOPES, Mariângela Tomé. *O reconhecimento como meio de prova: necessidade de reformulação do direito brasileiro.* 2011. 224 f. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 63. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-10092012-160242/pt-br.php>>. Acesso em 20/09/2021.

MACHADO, Leonardo Marcondes; BARILLI, Raphael Jorge de Castilho. O reconhecimento de pessoas como fonte de injustiças criminais. *Consultor Jurídico*, 2019. Disponível em

<<https://www.conjur.com.br/2019-jul-16/academia-policial-reconhecimento-pessoas-fonte-injusticas-criminais>> Acesso em: 15/09/2021.

MACLIN, O. H; MACLIN, K. M; MALPASS, R.S. *Race, arousal, attention, exposure, and delay: An examination of factors moderating face recognition*. Psychology, Public Policy, and Law, 2001

MATIDA, Janaina. O reconhecimento de pessoas não pode ser porta aberta à seletividade penal. *Consultor Jurídico*, 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-set-18/limite-penal-reconhecimento-pessoas-nao-porta-aberta-seletividade-penal?pagina=2>> Acesso em: 29/09/2021.

MATIDA, Janaina; CECCONELLO, William W. *Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência*. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 7, n. 1, jan./abr. 2021.

MEISSNER, C. A.; BRIGHAM, J. C. *Thirty years of investigating the own-race bias in memory for faces: A meta-analytic review*. Psychology, Public Policy, and Law, 2001

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: Editora RT, 2013.

NEUFELD, Carmen Beatriz et. al. *Compreendendo o Fenômeno das Falsas Memórias*. In: STEIN, Lilian Milnitsky et. al. *Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e suas Aplicações Clínicas e Jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010.

NORMAN, Keneth A.; SCHACTER, Daniel. L. False Recognition in Younger and Older Adults: exploring the characteristics of illusory memories. *Memory & Cognition*, v. 25, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. *Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle dos não reconhecidos*. Rio de Janeiro. 2003. Tese de doutorado em Direito da PUC-Rio

REYNA, V. F.; LLOYD, F. F. *Theories of false memory in children and adults. Learning and Individual Differences*, 9, 1997

RJ1. Justiça do RJ absolve músico que foi preso por engano por assalto à mão armada. *Globo.com*. Rio de JANEIRO, 10/06/2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/06/10/justica-do-rj-absolve-musico-que-foi-presos-por-engano-por-assalto-a-mao-armada.ghtml>>. Acesso em 22/09/2021

RODAS, Sérgio. Foto de preso em flagrante há anos deve ser excluída de álbum de suspeitos. *Consultor Jurídico*, 2021. Disponível em: <[ConJur - Foto de preso em flagrante deve ser excluída de álbum de suspeitos](#)> Acesso em 15/09/2021.

SALVADORI, Fausto. Barbara Querino, a Babi: como a Justiça condenou uma jovem negra sem provas. *Ponte*. Disponível em: <<https://ponte.org/barbara-querino-a-babi-como-a-justica-condenou-uma-jovem-negra-sem-provas/>> Acesso em 22/09/2021

SANTANA, Igor. Relatórios apontam falhas em prisões após reconhecimento fotográfico. Defensoria Pública do Estado do Rio De Janeiro. Disponível em: <<https://defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/11088-Relatorios-apontam-falhas-em-prisoas-apos-reconhecimento-fotografico>>. Acesso em 16/09/2021.

SCHACTER, Daniel L. *Os Sete Pecados da Memória: Como a Mente Esquece e Lembra*. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

STEIN, Lilian Milnskyet. et al. *Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artes Médicas, 2010.

STEIN, Lilian Milnitsky; NYGAARD, Maria Lúcia Campani. *A memória em julgamento: uma análise cognitiva dos depoimentos testemunhais*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 43, abril/junho de 2003, Editora Revista dos Tribunais

STERNBERG, Robert J. *Psicologia Cognitiva*. Trad. Anna Maria Luche. São Paulo: Cengage Learning, 2012

STJ - AgRg no AgRg no AREsp: 1631690 MG 2019/0366811-4, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 23/06/2020, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/06/2020

STJ - AgRg no AREsp 1291275/RJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. 02/10/2018, DJe 11/10/2018

STJ - AgRg no HC: 462030 SP 2018/0192458-3, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 05/03/2020, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/03/2020

STJ - AgRg no HC: 539979 SP 2019/0310712-2, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 05/11/2019, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/11/2019

STJ - AgRg no HC: 539979 SP 2019/0310712-2, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 05/11/2019, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/11/2019

STJ - AgRg no HC: 619327 RJ 2020/0271528-8, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 15/12/2020, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/12/2020

STJ - HC 136.147/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, j. 06/10/2009, DJe 03/11/2009

STJ - HC: 598886 SC 2020/0179682-3, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 27/10/2020, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/12/2020

STJ - HC: 617717 DF 2020/0262983-8, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 10/08/2021, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/08/2021

STJ - HC: 648232 SP 2021/0058344-7, Relator: Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), Data de Julgamento: 18/05/2021, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/05/2021

STJ - REsp: 1912219 SP 2020/0336558-7, Relator: Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), Data de Julgamento: 22/06/2021, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/06/2021

STJ - RHC: 57199 SP 2015/0044170-2, Relator: Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), Data de Julgamento: 30/06/2015, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/11/2015

STJ. Sexta Turma rechaça condenação baseada em reconhecimento que não seguiu procedimento legal. Publicado em 27/10/2020. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/27102020-Sexta-Turma-r>

[echaca-condenacao-baseada-em-reconhecimento-que-nao-seguiu-procedimento-legal.aspx](#)>

Acesso em 22/09/2021.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 9. ed. 3. tir. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014.

TJ-DF 00012215020178070002 DF 0001221-50.2017.8.07.0002, Relator: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 26/08/2021, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 10/09/2021 . Pág.: Sem Página Cadastrada

TJ-MG - APR: 10024181394719001 Belo Horizonte, Relator: Octavio Augusto De Nigris Boccacini, Data de Julgamento: 01/06/2021, Câmaras Criminais / 3ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 11/06/2021

TJ-MT 10246423620208110002 MT, Relator: ORLANDO DE ALMEIDA PERRI, Data de Julgamento: 21/09/2021, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: 26/09/2021

TJ-SC - APR: 00011992220198240075 Tubarão 0001199-22.2019.8.24.0075, Relator: Norival Acácio Engel, Data de Julgamento: 02/06/2020, Segunda Câmara Criminal.

WELLS, Gary L.; OLSON, Elizabeth A. *The other-race effect in eyewitness identification: what do we do about it? In: Psychology Public Policy and Law*, 2001.

WILSON, John Paul; HUGENBERG, Kurt; BERNSTEIN, Michael J. *The Cross-Race Effect and Eyewitness Identification: How to Improve Recognition and Reduce Decision Errors in Eyewitness Situations*. In: *Social Issues and Policy Review*, 2013

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. v.1. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2003.