

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

**RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO: COMO O PROCESSO PENAL
BRASILEIRO OBSERVA O SISTEMA GARANTISTA**

EDUARDA RODRIGUES SANT' ANNA DA CUNHA

RIO DE JANEIRO

2022

EDUARDA RODRIGUES SANT' ANNA DA CUNHA

RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO: COMO O PROCESSO PENAL
BRASILEIRO OBSERVA O SISTEMA GARANTISTA

Projeto de Monografia apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio de Janeiro, como requisito
parcial para obtenção do título de Bacharel
em Direito.

Orientador: Nilo César Martins Pompilio da
Hora

RIO DE JANEIRO
2022

CIP - Catalogação na Publicação

R696r Rodrigues Sant Anna da Cunha, Eduarda
Reconhecimento fotográfico: como o processo
penal brasileiro observa o sistema garantista /
Eduarda Rodrigues Sant Anna da Cunha. -- Rio de
Janeiro, 2023.
61 f.

Orientador: Nilo Pompilio .
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2023.

1. Reconhecimento fotográfico . 2. Sistema
acusatório . 3. Epistemologia jurídica . I. Pompilio
, Nilo, orient. II. Título.



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO

Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas

Faculdade Nacional de Direito

Coordenação de Monografia

ATA DE APRESENTAÇÃO DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

DATA DA APRESENTAÇÃO: 06 / 07 / 2023

Na data supramencionada, a **BANCA EXAMINADORA** integrada pelos (as) professores (as)

1. CEZAR AUGUSTO RODRIGUES COSTA

2. FRANCISCO RAMALHO ORTIGÃO FARIAS

3. NILO CESAR MARTINS RUPPIO DA NOVA

4. _____

Reuniu-se para examinar o TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO - TCC do discente:

NOME COMPLETO DO ALUNO:

EDUARDA RODRIGUES SANTIANNA DA CUNHA

DRE _____

TÍTULO DA MONOGRAFIA: RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO: COMO O PROCESSO PENAL BRASILEIRO OBSERVA O SISTEMA GARANTISTA

APÓS A EXPOSIÇÃO DO TRABALHO DE MONOGRAFIA PELO (A) DISCENTE, ARGUIÇÃO DOS MEMBROS DA BANCA E DELIBERAÇÃO SIGILOSA, FORAM ATRIBUÍDAS AO DISCENTE AS SEGUINTE NOTAS POR EXAMINADOR (A):

	Respeito à Forma (Até 2,0)	Apresentação Oral (Até 2,0)	Conteúdo (Até 5,0)	Atualidade e Relevância (Até 1,0)	TOTAL
Prof. Orientador(a)	2,0	2,0	5,0	1,0	10,0 (dez)
Prof. Membro 01	2,0	2,0	5,0	1,0	10,0 (dez)
Prof. Membro 02	2,0	2,0	5,0	1,0	10,0 (dez)
Prof. Membro 03					
MÉDIA FINAL					10,0 (dez)

OBS: Professor Orientador tem prerrogativa de referendar as notas dos membros da BANCA EXAMINADORA assinando por todos.

Assinatura do PROF. ORIENTADOR (A): NILO CESAR MARTINS RUPPIO DA NOVA

NOTA: 10,0 (dez)

Assinatura PROF. MEMBRO 01: CEZAR AUGUSTO RODRIGUES COSTA

NOTA: 10,0 (dez)

Assinatura PROF. MEMBRO 02: FRANCISCO RAMALHO ORTIGÃO FARIAS

NOTA: 10,0 (dez)

Assinatura PROF. MEMBRO 03: _____

NOTA: _____

MÉDIA FINAL (Disciplina MONOGRAFIA JURÍDICA III):

10,0 (dez)

AGRADECIMENTOS

Antes de tudo, gostaria de agradecer aos meus pais, que sempre me incentivaram, me deram todo o apoio possível para realizar o meu sonho de entrar na faculdade, confiaram em mim e nunca deixaram de acreditar no potencial que eu mesma duvidava ter.

Agradeço também à minha irmã por ser sempre um exemplo de dedicação, estudo e persistência e por estar do meu lado nos momentos bons e ruins, me fazendo companhia e me incentivando nesta caminhada.

Ao meu namorado, o meu bem, por toda a paciência, suporte, por entender meus momentos e por estar sempre à disposição, me fazendo passar por esse momento de forma tranquila e me ajudando a construir meus sonhos.

Reservo um agradecimento especial a outras pessoas que me ajudaram nessa fase da graduação, como meus tios Lúcia e Marcus, por me abrigarem em uma cidade nova e terem toda a paciência; à minha madrinha Alessandra e meu padrinho de consideração, Alexandre, por terem me dado a chance de estagiar na Defensoria Pública, o que foi determinante para a escolha do tema da monografia; e aos outros familiares e amigos por estarem sempre dispostos a me auxiliar.

Obrigada ao meu amigo mais fiel da faculdade, Jonas, por sempre ouvir minhas lamentações e crises, pelos passeios, pela distração e também pelo incentivo nos estudos e na vida.

Ao meu orientador, Professor Nilo, por sempre estar disponível para as dúvidas, o que foi essencial para me tranquilizar quanto a eventuais problemas e intercorrências.

Por fim, agradeço à Universidade Federal do Rio de Janeiro especialmente à Faculdade Nacional de Direito, meu maior orgulho e meu sonho realizado.

“A história de todas as classes até hoje existentes é a história da luta de classes.”

Karl Marx

RESUMO

O reconhecimento fotográfico é um meio de prova constantemente utilizado nas instituições policiais e tem chamado atenção a maneira como é processado e valorado. O presente trabalho tem como objetivo analisar como é realizado no Brasil desde a investigação preliminar até a instrução processual, tendo em vista os parâmetros exigidos pelo sistema acusatório previsto na Constituição de 1988. O tema é abordado a partir da análise das regras processuais e dos direitos fundamentais considerando as definições de prova e sob a lógica da epistemologia jurídica, apresentando a jurisprudência das Cortes Superiores, trazendo elementos de direito comparado e implicações socioeconômicas. É feito um estudo de um caso concreto para compreender como o procedimento ocorre na prática e se é dotado de constitucionalidade, além de serem investigados meios de torná-lo mais seguro.

Palavras-chave: Reconhecimento fotográfico. Prova. Epistemologia. Sistema acusatório. Direitos fundamentais.

ABSTRACT

Photographic recognition is a form of evidence constantly used in law enforcement agencies and has drawn attention to the way it is processed and valued. This paper aims to analyze how it is conducted in Brazil, from preliminary investigation to the trial proceedings, considering the parameters required by the accusatory system provided for in the 1988 Constitution. The topic is approached through the analysis of procedural rules and fundamental rights, considering the definitions of evidence and under the logic of legal epistemology, presenting the jurisprudence of the Superior Courts, bringing elements of comparative law, and discussing socioeconomic implications. A study of a specific case is conducted to understand how the procedure occurs in practice and whether it is endowed with constitutionality, as well as to investigate means of making it more secure.

Keywords: photographic recognition. Evidence. Epistemology. Accusatory system. Fundamental rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O PROCESSO PENAL	6
1.1 O sistema acusatório	6
1.2 A relação entre o inquérito policial e os direitos fundamentais	8
1.3 As considerações jurisprudenciais sobre os elementos do inquérito.....	13
2 PROVA, VALORAÇÃO E EPISTEMOLOGIA NO RECONHECIMENTO FOTOGRAFÍCO	20
2.1. Provas: definições, ilicitude e aplicação.....	20
2.2. Como se adequa a epistemologia jurídica ao sistema processual penal constitucional.....	22
2.3 Reconhecimento fotográfico no Brasil na prática	27
3 ANÁLISE DO CASO LUIZ CARLOS JUSTINO	33
3.1 Resumo do caso.....	33
3.2 As regras constitucionais foram obedecidas?.....	39
3.3 Como foi feita a valoração do reconhecimento fotográfico no caso	43
CONCLUSÃO.....	48
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	51

INTRODUÇÃO

No Brasil, o Processo Penal, de acordo com a Constituição de 1988, se caracteriza como pertencente a um sistema acusatório, que garante o devido processo legal, a imparcialidade do juiz, a separação entre as funções de acusar e julgar e o contraditório. Se opõe a um modelo inquisitório, que aglutina ao juiz as funções probatória e de julgamento, ignora o contraditório e se torna parcial. Apesar dessa estrutura garantista, as regras do jogo são frequentemente violadas, o que, nas palavras do professor Salo de Carvalho, revela uma vontade inquisitória primitiva: punir.¹

Um dos grandes problemas que surgem a partir da não observância dos procedimentos e da manutenção da ordem social que faz com que a vontade de punir e se vingar a qualquer custo ocorram, é a forma como o reconhecimento fotográfico se dá. Desde antes do início da persecução penal, em sede de delegacia de polícia, no momento em que alguém realiza uma conduta típica, até o dia do julgamento, em meio a inúmeros fatores que geram equívocos quanto à legitimidade desse procedimento, a forma, que é garantia no Direito Penal, é ignorada e banalizada. No Brasil, a prova testemunhal isolada advinda do reconhecimento, muitas vezes é considerada suficiente para embasar uma sentença condenatória.

Segundo Cesare Beccaria, no livro "Dos Delitos e das Penas", há dois tipos de provas, perfeitas e imperfeitas:

“Uma única prova perfeita é suficiente para autorizar a condenação; se se quiser, porém, condenar sobre provas imperfeitas, como cada uma dessas provas não estabelece a impossibilidade da inocência do acusado, é preciso que sejam em número muito grande para valerem uma prova perfeita, isto é, para provarem todas juntas que é impossível que o acusado seja culpado”²

A reação social ao crime e ao indivíduo definido como criminoso, faz com que esse ciclo se mantenha, o que contribui para o desrespeito ao procedimento legalmente estabelecido, na tentativa de ser garantista, ainda que haja pontos que obstam os direitos. A forma como os delitos chegam à sociedade, faz com que o desejo de justiça e vingança a qualquer custo se estenda tanto aos agentes pertencentes às instituições penais, quanto às pessoas em geral, que

¹ DE CARVALHO, Salo. Antimanual de Criminologia. 2ª Edição. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2008.

² BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. Tradução Paulo M. Oliveira - Ed. especial - Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. (Saraiva de Bolso).

observam, que opinam e que, eventualmente, ocupam a posição de vítima de alguma atividade criminosa.

Em “Estarão as prisões obsoletas?”³, Angela Davis questiona o caráter racista das penitenciárias, através de um paralelo com a escravidão americana, traçando um estudo nos Estados Unidos, que pode ser aplicado no caso brasileiro, em que não só a história acabou definindo o espaço de cada um, como incutiu ideias e preconceções na mente das pessoas, sobretudo quando se pensa no estereótipo do “bandido” e da população carcerária. Quando se pensa nos crimes de colarinho branco e na reação social que geram, o caráter racial do desejo de punir se torna ainda mais evidente, na medida em que a indignação não é tão acentuada. Angela Davis, citando Frederick Douglas, menciona, na obra, a tendência de "imputar crime a cor", ideia que exemplifica uma das razões de ser tão problemática a maneira que é realizado o reconhecimento fotográfico no Brasil.

A ideia de dominação de classes, que define uma moral, uma ética dentro de um paradigma, permite que essa moralidade seja difundida para ser perpetuada. Não é exatamente consciente, mas acaba presente em quem nasce em determinado contexto. O racismo, no livro “Como o racismo criou o Brasil” de Jessé Souza, é apresentado como um elemento que deriva dessa dominação e favorece determinadas condutas, instituições, funcionamentos e maneira de agir e pensar. A reação social ao crime e a condução dos procedimentos dentro do sistema penal, se revestem desse paradigma.

Ao analisar as finalidades do Direito Penal, o que primeiramente se pensa é no potencial de evitar “a guerra de todos contra todos”, nas palavras de Von Liszt⁴ Entretanto, a manutenção de uma ordem econômica e social, através de um controle exercido sobre a sociedade, acaba sendo o verdadeiro ponto de partida.

“Seletividade, repressividade e estigmatização são algumas características centrais de sistemas penais como o brasileiro. Não pode o jurista encerrar-se no estudo - necessário, importante e específico, sem dúvida - de um mundo normativo, ignorando a contradição entre as linhas programáticas legais e o real funcionamento das instituições que as executam.” (BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. 2011)⁵

³ DAVIS, Angela. *Estarão as prisões Obsoletas?* - 1ª ed – Rio de Janeiro: Difel, 2018.

⁴ *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tradução de J. Hygino. Rio de Janeiro: Ed. Briguiet.

⁵ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 12ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

Deste modo, o sistema penal, formado por instituições, auxilia nessa manutenção da ordem vigente, na medida em que seleciona as condutas a serem criminalizadas, os procedimentos e como e para quem eles serão realizados.

Segundo a redação do artigo 3º-A, do Código de Processo Penal, a estrutura acusatória prevista na Constituição de 88, é expressamente definida:

Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Ao interpretar tal dispositivo à luz da Carta constitucional, é possível perceber que um dos fundamentos principais da estrutura acusatória é o papel do juiz ser exercido de forma imparcial e a garantia do contraditório ao imputado.

Nas palavras de Aury Lopes Júnior:

“Ademais, a Constituição demarca o modelo acusatório, pois desenha claramente o núcleo desse sistema ao afirmar que a acusação incumbe ao Ministério Público (art. 129), exigindo a separação das funções de acusar e julgar (e assim deve ser mantido ao longo de todo o processo e, principalmente, ao definir as regras do devido processo no art. 5º, especialmente na garantia do juiz natural (e imparcial, por elementar), e também inciso LV, ao fincar pé na exigência do contraditório”(2020, pág. 60)

A partir dessas disposições, se questiona se, no Brasil, realmente há essa garantia ao contraditório, essa imparcialidade dos julgadores e, sobretudo, se é possível atribuir a todos os procedimentos e fases do processo a característica de garantistas.

O procedimento do reconhecimento fotográfico que, não obstante não seja previsto no CPP, vem sendo aplicado pelos tribunais superiores, de forma analógica, para justificar condenações penais:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO. NULIDADE. RECONHECIMENTO FOTOGRAFICO. AUTORIA CORROBORADA POR OUTRAS PROVAS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

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" (HC n. 598.886/SC, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2020, DJe 18/12/2020).

2. Na hipótese em análise, o reconhecimento fotográfico do acusado em nível policial foi ratificado em juízo pela vítima de forma precisa, observando-se o contraditório e a ampla defesa.

Precedentes.

3. Agravo regimental desprovido.

Importante destacar a redação do art. 226, do CPP:

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.

A partir do exposto, causa certa estranheza um procedimento aplicado em fase policial, ter destaque em condenações e ser aceito como elemento de prova, ainda que, em tese, não possa ser considerado isoladamente. O acórdão transcrito expõe que a palavra da vítima corroborou com o reconhecimento por fotografia. Entretanto, no Brasil, conforme preliminarmente demonstrado, há uma determinada ordem social vigente, então como confiar no modo como é realizado tal reconhecimento em sede de investigação preliminar?

Segundo Sílvio de Almeida:⁶

“Em resumo: o racismo é uma decorrência da própria estrutura social, ou seja, do modo “normal” com que se constituem as relações políticas, econômicas, jurídicas e até familiares, não sendo uma patologia social nem um desarranjo institucional. O racismo é estrutural. Comportamentos individuais e processos institucionais são derivados de uma sociedade cujo racismo é regra, e não exceção. O racismo é parte de um processo social que ocorre “pelas costas dos indivíduos e lhes parece legado pela tradição”. Nesse caso, além de medidas que coíbam o racismo individual e institucionalmente, torna-se imperativo refletir sobre mudanças profundas nas relações sociais, políticas e econômicas.”

Portanto, o advogado resume a estrutura racial inserida no contexto social e como acaba influenciando em todo o modo de pensar e agir da sociedade. Como incide em todas as relações, o racismo estrutural também não deixa de ser observado no processo penal, especialmente no

⁶ ALMEIDA, Sílvio. Racismo estrutural. São Paulo: Janaíra, 2019.

reconhecimento fotográfico, na medida em que os estereótipos aplicados à população carcerária só passam a se perpetuar.

A Constituição brasileira, analiticamente interpretada, em especial ao se atentar ao princípio da igualdade, que é basilar, não admite que esse tipo de estrutura social mitigue as regras processuais. No entanto, há dificuldades em se distanciar tais regras e o cenário econômico.

Segundo o Infopen (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias), 64% da população carcerária no Brasil é negra, o que representa praticamente dois terços do total. São dados que não devem ser ignorados quando se estabelece, de forma analógica, um procedimento fundado em reconhecimento por fotos cujas fontes e razões de serem expostas sequer são apresentadas. Como confiar em apontamentos sobre álbuns de suspeitos quando a população tida como criminalizada é constituída majoritariamente por uma determinada etnia? Além de ser desconhecido o motivo de determinadas fotos estarem presentes em delegacias e de ser desconhecida a forma de atuação de cada agente no momento de apresentá-las às vítimas.

Um dos casos concretos que será analisado no presente estudo, é o caso de um rapaz de 22 anos, que foi preso na rua, por existir um mandado de prisão em seu nome.⁷ O rapaz, que é violoncelista, foi reconhecido por uma vítima, em um álbum de fotografia de suspeitos, por ser autor de um assalto ocorrido no município de Niterói. No entanto, no dia do suposto crime, o músico estaria, segundo depoimentos de parentes, em apresentação. Permaneceu preso provisoriamente durante quatro dias, em razão de um apontamento em álbum de polícia, sendo desconhecidos os motivos concretos que justifiquem a presença do retrato do rapaz.

Assim, se mostra notável a importância da regulação do procedimento, de forma mais profunda do que a que vem sendo aplicada pelos tribunais, qual seja, a analogia ao reconhecimento de pessoas, que ocorre em juízo. O Brasil, sendo um país com um contexto racial muito específico e incidente em várias relações, não pode ter procedimentos, sobretudo em fase de investigação preliminar, em que o contraditório é praticamente ausente, conforme será analisado, que não são regulados por lei e dissociados aos ditames da Constituição.

⁷ <https://oglobo.globo.com/rio/parentes-amigos-dizem-que-violoncelista-foi-presos-por-engano-em-niteroi-nossa-familia-esta-destruida-24623943>

1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O PROCESSO PENAL

1.1 O sistema acusatório

O Estado Democrático de Direito previsto na Constituição de 1988 é garantista, marcado por prever direitos, princípios norteadores e o bem-estar social a partir da atuação intervencionista. No Processo Penal essas características importam em cada fase, desde a investigação até o trânsito em julgado.

A dimensão garantista do constitucionalismo busca dar efetividade concreta aos direitos fundamentais, frente a todos os Poderes e níveis.⁸ Historicamente o Brasil é marcado por diferentes períodos com diferentes graus de opressão e liberdade e cada momento constitucional reflete a realidade sociopolítica.

As mudanças paradigmáticas ocorrem quando um contexto histórico é questionado e surgem novos problemas, novas soluções e novas teorias que se adequem aos fatos, o que se ocasiona a partir de crises, segundo a teoria de Thomas Kuhn.⁹ Em 88, a Constituinte, após anos de repressão em um ambiente ditatorial anterior, objetivou limitar as possibilidades de mitigação de direitos em todas as esferas através do garantismo, do social, dos princípios, da racionalidade e do regime democrático.

O Processo Penal brasileiro, que teve o Código foi elaborado em 1941, precisou se adequar ao paradigma constante na Carta de 88 e à nova ordem vigente. Os princípios basilares são a legalidade, a presunção de inocência, o contraditório, a ampla defesa, o juiz natural, o direito ao silêncio, à duração razoável do processo e entre outros gerais e específicos.

Se aplica então, o sistema acusatório ao processo penal, marcado pela imparcialidade do julgador, a separação das funções de acusar, julgar e defender e o respeito aos direitos humanos. Tal sistema se contrapõe ao modelo inquisitório, em que o juiz tem amplos poderes, podendo interferir na produção de provas sob o argumento da busca da verdade real, enquanto no acusatório a preocupação final se concentra na verdade processual, alcançada quando os

⁸ FERRAJOLI, Luigi. Dos Modelos de Constitucionalismo. Madrid: Trotta, 2013.

⁹ KUHN, Thomas. A Estrutura das Revoluções Científicas. 5ª Edição. - São Paulo: Editora Perspectiva.

procedimentos e fases observam as regras, as formas legalmente estabelecidas e os direitos daquele que tem a sua liberdade submetida ao poder coercitivo do Direito Penal.

A teoria da verdade por correspondência, defendida por Gustavo Badaró, faz entender que o que se conhece não são fatos, mas enunciados fáticos, e a busca pela verdade caminha de forma conjunta com a busca pela justiça, sendo a prova o elemento que permite aproximar essas noções, através de meios suficientes.

“Em suma, a verdade é muito importante para o processo. Mas não é tudo. É preciso entender que retirar a verdade do trono em que reinava absoluta no processo penal não significa desterrá-la. Se a verdade não é o centro do processo penal, não há como negar, por outro lado, que a verdade exerce um papel importante no processo, sendo o seu acerto um dos seus escopos institucionais. Não se trata, portanto, de eliminá-la, mas de deslocá-la do lugar de centralidade, até então ocupado, para um ponto diverso, o que não significa secundário ou de pouca relevância.”¹⁰

O contraponto entre os dois sistemas não é exatamente a noção de verdade, que não deixa de importar na modalidade acusatória, mas o respeito à paridade de armas e ao comportamento das partes na construção e condução da justiça em um determinado caso. Já na forma inquisitiva, a verdade a qualquer custo pode justificar violações legais e chegar a um resultado através do método utilizado, com os poderes instrutórios do juiz.

O *in dubio pro reo* aplicado de forma integral determina que quando não houver provas suficientes por parte da acusação para condenar, deve ser declarada inocência. Se for permitido que o julgador produza provas, é possível que se chegue a uma demonstração de culpa do acusado, sendo desrespeitada a dúvida a favor do réu, pois as funções de acusação e julgamento se concentram em uma só parte.

A Constituição, no artigo 129, especifica que o Ministério Público detém a atribuição de acusar e delimitar o objeto do processo aos fatos apresentados, não sendo possível o juiz de ofício mude a denúncia e, conseqüentemente o curso do feito.

Ainda que teoricamente seja garantido o devido processo legal e a obediência às regras processuais derivadas da hermenêutica constitucional, há um problema prático nas atividades

¹⁰ BADARÓ, Gustavo. Epistemologia Judiciária e Prova Penal / Gustavo Henrique Badaró. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

processuais, tanto em primeira instância quanto nos tribunais, inclusive nos entendimentos e precedentes das Cortes superiores. A capacidade cognitiva no momento da valoração das provas pode impedir que a verdade processual e as regras do jogo sejam asseguradas.

Os direitos fundamentais e as garantias processuais ambientados sob a lógica de um Estado democrático e social devem estar presentes no curso do processo e sobretudo na epistemologia da prova para a aplicação do sistema acusatório adotado pelo ordenamento brasileiro. Na análise de casos na esfera criminal é notável que o procedimento correspondente ao reconhecimento fotográfico, realizado em sede de investigação de polícia e que influencia no reconhecimento de pessoas já na fase instrutória, dá causa e é usado como fator principal a justificar condenações.

Conforme mencionado, tal procedimento sequer está expressamente previsto no Código de Processo Penal, sendo a aplicação reconhecida de forma analógica pelos tribunais do país. Entre as diferentes consequências negativas que podem advir dessas práticas questiona-se se a concepção atribuída pela Constituição e pelos princípios nela contidos são respeitados, além das formalidades estabelecidas e exigidas pela legislação adjacente.

1.2 A relação entre o inquérito policial e os direitos fundamentais

De acordo com Dworkin¹¹, a noção de igualdade política no que tange aos direitos significa que todo cidadão, seja ele parte de um grupo minoritário ou não, deve ter a mesma consideração por parte do Estado, independente das consequências que possam vir a surgir sobre o bem-estar da comunidade. Dessa máxima decorre a necessidade de que as instituições tratem os indivíduos observando a legalidade e idoneidade dos procedimentos.

O Processo se constitui de fases e momentos de tomada de decisão por parte dos agentes, que guiam a legitimidade das suas ações e escolhas que afetam diretamente a liberdade de quem está submetido ao poder estatal. Esses momentos se iniciam antes mesmo da instauração de um inquérito policial. Conforme mencionado, a ordem constitucional e social vigente influencia na

¹¹ DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério / Ronald Dworkin; tradução e notas Nelson Boeira. - São Paulo: Martins Fontes, 2002.

definição de regras, normas e princípios ao estabelecer limites e o núcleo de direitos a serem perseguidos e deveres de agir por parte dos órgãos oficiais.

Mas a fase da investigação preliminar, como pré-processual, define como se dará o restante da persecução penal, pois é quando se verifica ou não o respeito à legalidade, ao conteúdo e ao indivíduo, servindo como filtro que seleciona qual notícia crime é relevante para dar ensejo a uma acusação. O artigo 4º do Código de Processo Penal atribui à polícia judiciária a competência de atuar no inquérito.

O artigo 6º do CPP prevê exemplificativamente as diligências que podem ocorrer nesta fase, como averiguação do local, apreensão de objetos, oitiva da vítima, interrogatório e corpo de delito.

Também é quando ocorre o indiciamento, em que a autoridade policial, a partir da colheita de elementos indica a provável autoria do fato noticiado, devendo ser decisão fundamentada que resulta no relatório, que marca o fim desta fase e que deve ser objetivo e explicitar de forma sucinta os fatos, sem demonstrar juízos de valor.

Uma das características dos procedimentos existentes em sede investigatória é o fato de que os direitos fundamentais podem ser mitigados, como o contraditório, o direito ao silêncio, acesso à justiça e até à presunção de inocência, pois não há, necessariamente, a presença de um defensor, além da dispensa do juiz das garantias, que não obstante esteja prevista no CPP, vigora liminar¹² proferida pelo Supremo Tribunal Federal que suspende a eficácia dos artigos relativos à essa previsão, incluídos no ordenamento pela Lei 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime.

Marcado pela restrição de direitos, o inquérito busca apurar o fato criminoso noticiado, sendo os atos praticados pela polícia centrados na autoria, baseado em um juízo de probabilidade para demonstrar a punibilidade, a culpabilidade, a tipicidade e a ilicitude, que devem ser comprovados posteriormente, em sede judicial.

¹² STF, ADIn's n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, Rel. Min. Luiz Fux.

A mitigação do contraditório (art. 5º, LV da CF/88) se verifica quando a possibilidade de reação do investigado é minimizada, seja pela falta da presença da defesa técnica, seja pela atitude dos agentes, que nem sempre fornecem as informações disponíveis ou asseguram as prerrogativas. No caso mencionado que será analisado posteriormente, relativo à prisão do cidadão Luiz Carlos da Costa Justino, após abordagem de policiais foi verificado mandado de prisão preventiva em seu desfavor, que foi efetuada sem que ele fosse informado das condições e das razões do mando.

Ainda que reduzido, o direito de defesa existe na fase investigativa, seja através da autodefesa ou quando exercido por advogado constituído, podendo solicitar diligências e juntar documentos (art. 14 do CPP e art. 7º da Lei nº 8.906/94), além de acessar as informações e autos do inquérito. A Súmula Vinculante nº 14 explicita tal prerrogativa:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Em decorrência do atentado ao contraditório, o direito ao silêncio (art. 5º, LXIII da CF/88) além de não ser informado, também é violado. Assim, ocorre a produção de provas contra si mesmo, pois a confissão informal e fora de sede judicial é admitida na jurisprudência brasileira¹³ e acaba embasando condenações. A defesa pessoal negativa importa para o imputado porque toda declaração fornecida o deve ser de forma espontânea, razão pela qual se veda a obtenção de declarações através de hipnoses, coações a participar de coleta de materiais e submissão a detectores de mentira, por exemplo. É dever de qualquer autoridade advertir que se pode calar sem prejuízo na defesa ou presunção de culpa por isso.

O princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV da CF/88) não é típico do Direito Penal, mas é essencial ao Estado democrático de direito¹⁴, devendo estar presente de forma sistemática. No âmbito do inquérito, essa garantia fundamental ao imputado é violada porque a justiça do caso concreto pode não ser alcançada quando os agentes repetidamente “se esquecem” de advertir direitos e agir contrariando a legalidade e legitimidade dos

¹³ STJ, AgRg no HC 674893/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 04/09/2021, DJe 20/09/2021.

¹⁴ DALLA, Humberto. A Releitura do Princípio do Acesso à Justiça e o Necessário Redimensionamento da Intervenção Judicial na Resolução dos Conflitos na Contemporaneidade. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, p. 241-271, set.-dez., 2019

procedimentos. As conclusões formadas durante a fase preliminar influenciam diretamente na atuação tanto do órgão acusador quanto do órgão julgador, pois são extraídos os elementos iniciais que caracterizam a notícia crime como fato criminoso e punível. Se as regras do jogo são desobedecidas, o resultado nem sempre é justo a quem se submete ao poder punitivo estatal.

O tratamento conferido ao investigado é imprescindível na determinação quanto ao *fumus comissi delicti*, pois a autoria, apesar de não ser o objeto desta fase, é constantemente perseguida pelas autoridades. O suspeito, ao ser submetido a procedimentos com restrição a direitos fundamentais, não poderia ter a presunção de inocência (art. 5º, LVII da CF/88) afastada, pois esta é dotada de dimensão política e estrutura e fundamento do modelo acusatório, sendo a culpa apenas atestada após trânsito em julgado de sentença condenatória. Não só norma de tratamento, o *in dubio pro reo* também é norma probatória, pois há *standards* para a suficiência ou não dos indícios de autoria, conforme será aduzido posteriormente.

O Código de Processo Penal, nos artigos 3º-B a 3º-F, prevê a figura do juiz das garantias, que atuaria na fase pré-processual analisada até o momento do recebimento ou rejeição da denúncia, disposto no art. 399 do CPP. A importância dessa atuação, além de permitir a imparcialidade no momento do julgamento, por limitar o acesso aos autos do inquérito, que não são obtidos com a garantia de direitos fundamentais amplamente, possibilita que o juízo cognitivo no momento da valoração e formação da convicção do julgador leve em conta os elementos obtidos na instrução e no curso do processo, em que, em tese, há maior segurança e estabilidade.

Os artigos suspensos descrevem qual seria a função do juiz das garantias. Dentre as incumbências, o papel fundamental desta autoridade seria o controle de legalidade dos procedimentos, observando os direitos do indiciado, decidindo sobre a necessidade de medidas cautelares, sobre o requerimento de provas, requisitando informações, fornecendo à defesa o acesso aos autos e entre outras atribuições. Importante é a previsão do §3º do artigo 3º-C, que dispõe que os autos do inquérito ficariam acautelados e não remetidos em integralidade ao juízo de instrução, mas apenas as peças necessárias, sendo assegurado o acesso das partes.

A importância da presença de dois juízes se fundamenta em afastar ainda mais o caráter inquisitório do processo criminal, pois as funções de produzir as provas, acusar e julgar se separam de forma mais clara. Ao proferir uma sentença, o julgador só teria conhecimento dos

elementos probatórios produzidos durante a instrução, em que em tese a defesa se faz presente de forma mais efetiva, com os direitos e garantias sendo observados e reivindicados.

O Código de Processo Penal da Itália adotou a separação entre o juiz das investigações preliminares (que teria o mesmo papel do juiz das garantias) e o juiz pretor que possui apenas a função judicial.¹⁵ De acordo com Ferrajoli, o ordenamento italiano, reformado em 1948 possui de fato um caráter garantista e acusatório, ainda que não seja ideal em sua integralidade, como o fato de existir a possibilidade de o mesmo juiz das investigações preliminares atuar na audiência preliminar (o que no Brasil, por exemplo, pode ocorrer sem óbices legais):

“O processo penal é, no nosso ordenamento, uma série de atividades realizada pelo juiz independente, nas formas previstas pela lei, e seguida da formulação em contraditório público entre acusação e defesa de um juízo consistente na verificação ou falsificação empírica de uma hipótese acusatória, e na conseqüente condenação ou absolvição de um imputado.”

O trecho acima destacado evidencia que a obediência ao contraditório na atividade cognitiva do juiz é imprescindível em um sistema acusatório, que, no caso italiano, separa as figuras do julgador nas diferentes fases (pré-processual e instrutória).

Com a noção de que a presença de um juiz das garantias separado do juiz responsável pela instrução é característica de um sistema processual penal que preza pelos direitos fundamentais, pela separação das funções e pela imparcialidade, se depreende a defesa da eficácia dos artigos anteriormente citados que permanecem suspensos por ordem do Ministro Fux.

Com o procedimento do reconhecimento fotográfico servindo para embasar condenações, se torna necessária a presença de uma figura que garanta ao suspeito apontado como autor do delito seus direitos de forma ampla. Antes de surgir um nome e uma face, deve ser controlada também a legalidade do procedimento que, como não é previsto no CPP, é realizado de forma análoga ao reconhecimento de pessoas do artigo 226, que dispõe que o reconhecimento deve ocorrer em três passos: descrição da pessoa, comparação com outra semelhante e por fim, indicação do reconhecido.

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 3 ed. rev. e ampl.

Importa que o momento descritivo não seja vago, pois a narração de características genéricas ou incompletas pode gerar um problema maior na hora da comparação e da identificação, pois muitas pessoas podem se encaixar no perfil noticiado. Há, ainda, diversos fatores de tempo e lugar que podem confundir a testemunha, além do fator emocional, na hora de apontar um suspeito em um álbum de fotos, fora os elementos de raça e gênero e as características advindas.

Ainda que as Cortes Superiores não permitam que tal procedimento seja, de forma isolada¹⁶, fundamento para condenações, devendo ser corroborado por outras provas, o subjetivismo das decisões e a cognição do juiz nem sempre permitem que a noção de elementos probatórios suficientes seja adequada. Ademais, ainda que não embase a condenação em si, a submissão do indivíduo à persecução penal ocorrer concretamente, inclusive podendo incidir medidas cautelares que cerceiam a liberdade e a dignidade humana.

Portanto, nota-se a importância da materialidade da Constituição e da incidência dos princípios nela previstos no âmbito do processo penal, para que sejam garantidos os direitos fundamentais dos indivíduos em sede de investigação preliminar, que é marcada por restringi-los. Procedimentos realizados requerem um controle judicial efetivo para validade e legitimidade dos atos praticados.

Não se nega valor probatório ao inquérito policial, mas são informações que, de acordo com o artigo 155 do CPP não podem servir de forma exclusiva como fundamentos de decisões judiciais. Fato é que as provas obtidas sem o contraditório devem ser limitadas e serem adstritas à finalidade da fase investigativa, que é a aferição do *fumus comissi delicti*. O valor probatório conferido ao que foi recolhido fora da instrução deve depender da convergência com a produção processual, que em regra obedece às regras do jogo e os princípios constitucionais e processuais.

1.3 As considerações jurisprudenciais sobre os elementos do inquérito

O caráter inquisitivo da investigação preliminar, que não oferece amplas oportunidades de defesa ao indiciado por não se caracterizar como uma fase instrutória pode ser evitado de

¹⁶ STJ, AgRg no HC 669.563/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 01/06/2021, DJe 08/06/2021.

vícios no decorrer das averiguações, o que ensejaria nulidade não só dos atos viciados, mas da ação penal como um todo. Porém não é esse o entendimento da doutrina e da jurisprudência, que entendem da validade do processo, sendo desconsiderado o valor probatório de um elemento colhido de modo ilegal.

Mas de acordo com a posição de Gustavo Badaró¹⁷ os vícios ocorridos em sede policial repercutem na ação penal, o que ensejaria nulidade desta. Isso porque os meios de obtenção de prova acabam, muitas vezes, sendo feitos de forma ilícita, não devendo integrar os autos.

Fazendo uma breve diferenciação entre meios de prova e meios de obtenção de provas, aqueles se referem aos instrumentos capazes de formar um elemento probatório, como é o caso do reconhecimento de pessoas e coisas, da perícia e da acareação. Já os meios de obtenção de provas são instrumentos para a colheita de elementos, como a busca e apreensão e a interceptação telefônica. Quando não precedidos de ordem judicial, os meios de obtenção de prova são ilegais e não podem ser considerados.

Quanto ao reconhecimento fotográfico, os tribunais decidem de forma divergente e muitas vezes subjetiva e aberta à interpretação do juiz, que tem ampla liberdade no momento de definir se o reconhecimento obedeceu a regra do artigo 226 do CPP e se há outras circunstâncias no processo que possam embasar uma sentença condenatória.

O HC 598.886 do STJ¹⁸ firmou o entendimento que o reconhecimento fotográfico deve observar inteiramente a ordem do artigo 226 sob pena de ser invalidado, pode ser confirmado em juízo e, ainda que o ato seja viciado, pode o magistrado se convencer da autoria do acusado desde que haja a corroboração de outras provas no processo:

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.

12. Conclusões:

¹⁷ BADARÓ, Gustavo. Processo Penal / Gustavo Henrique Badaró. - 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo

¹⁸ STJ, HC nº 598.886, Rel. Min. Rogerio Shietti Cruz, j. 27/10/2020, DJe 18/12/2020.

- 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.
- (HC n. 598.886/SC, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 27/10/2020, DJe de 18/12/2020.)

A posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça na referida decisão é no sentido do respeito à legalidade com relação ao procedimento, ainda que seja realizado na fase pré-processual. No entanto, ao determinar que o juiz pode “se convencer da autoria delitiva a partir do exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento”, abre-se margem para discricionariedade ampla na análise do que poderia ser ou não elemento probatório independente do ato ilegítimo.

O STJ, no julgamento do HC 668.385¹⁹, mencionou o julgado citado acima para justificar que o reconhecimento não serviu como lastro para a condenação porque depoimentos dos policiais que teriam efetuado a prisão do suspeito corroboraram e levaram à conclusão da autoria delitiva:

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. RECONHECIMENTO PESSOAL REALIZADO NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. EXISTÊNCIA DE OUTRAS PROVAS VÁLIDAS E INDEPENDENTES COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. ORDEM DENEGADA.

2. Na espécie, ao contrário do que ocorreu no caso analisado no HC n. 598.886/SC (paradigma), não foi apenas o reconhecimento pessoal realizado pela vítima que embasou a condenação do paciente pela prática do crime de roubo; ao contrário, o édito condenatório foi lastreado também nos depoimentos dos policiais realizados na fase policial e confirmados em juízo - submetidos, portanto, ao crivo do contraditório e da ampla defesa.

3. As demais provas que compuseram o acervo fático-probatório amalhado aos autos - depoimento dos dois policiais militares - foram produzidas por fonte independente da que culminou com o elemento informativo obtido por meio do reconhecimento pessoal realizado na fase inquisitiva, de maneira que,

¹⁹ STJ, HC nº 668.385, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 24/08/2021, DJe 30/08/21.

ainda que o reconhecimento haja sido feito em desacordo com o modelo legal e, assim, não possua valor probante pleno, certo é que houve outras provas, independentes e suficientes o bastante, para lastrear o decreto condenatório.

4. Irrelevante, para fins de se concluir pela autoria do delito em relação ao paciente, se ele era o motorista do veículo roubado ou o passageiro do automóvel, quando verificado que os policiais militares afirmaram, categoricamente e sob o crivo de contraditório e da ampla defesa, que ele seria um dos ocupantes do referido veículo, relatos, esses, que se somaram ao reconhecimento pessoal realizado pela vítima.

5. Ordem denegada.

(HC n. 668.385/SP, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 24/8/2021, DJe de 30/8/2021.)

Segundo o acórdão, os depoimentos dos policiais fornecidos em sede de investigação foram confirmados na instrução, o que teria feito com que se considerassem produzidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Ainda sem entrar no âmbito da epistemologia da prova, que será analisada em capítulo posterior, questiona-se se tais depoimentos realmente são independentes do ato nulo realizado sem a obediência das formalidades exigidas, pela natureza da própria profissão dos agentes.

Para Aury Lopes Júnior²⁰ a intenção do Ministério Público ao arrolar policiais que participaram da apreensão dos indivíduos como testemunhas é revestir o depoimento fornecido no inquérito de legalidade e produção sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, para que não seja exclusivamente considerado o que foi dito em sede policial. Para o autor, a palavra desses profissionais não precisa ser necessariamente desconsiderada, mas o magistrado deve ser cauteloso no momento de valoração.

Também será comentada mais adiante a importância da atuação do órgão de acusação no momento investigativo e no curso do processo.

Além da problemática envolvendo o embasamento dos procedimentos ocorridos na investigação policial nas sentenças, os elementos informativos coletados nesta fase também acabam sendo aptos a gerar outras medidas restritivas, como a prisão preventiva, prevista no artigo 311 do Código de Processo Penal. Para que esta seja decretada, é requisito essencial disposto no artigo 312 o *fumus comissi delicti*, referente a indícios suficientes de materialidade

²⁰ LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal / Aury Lopes Junir. - 17. Ed. - São Paulo: Saraiva Educação 2020.

e autoria, bem como o *periculum libertatis*, sob os fundamentos de garantia da ordem pública, econômica, conveniência da instrução e aplicação da pena.

O fundamento da prisão cautelar é ser instrumental ao processo de conhecimento, ou seja, garantir que o andamento seja regular e eficaz, sendo questionado que possa ser decretada em momento não processual. Na prática, tal medida opera como pena antecipada.

Os argumentos da ordem pública e ordem econômica se caracterizam como vagos e imprecisos, muitas vezes utilizados para fundamentar a prisão por suposta presença de risco de reiteração delitiva e risco de fuga, que não são, em tese, possíveis de serem analisados e atestados através de informações obtidas no inquérito, gerando uma periculosidade abstrata.

Para Raúl Zaffaroni²¹, há uma tendência na América Latina de um sistema penal cautelar, em que as medidas preventivas restritivas de direitos ocorrem com frequência frente a um clamor político e ideológico caracterizado pela valorização do poder punitivo em que os órgãos estatais responsáveis deixam de dar importância às evidências concretas de um fato criminoso:

“O drama do confinamento cautelar se localiza no fato de que a legitimação implica um problema sem solução, uma quadratura do círculo, da qual só é possível sair assumindo com sinceridade o reconhecimento de sua natureza punitiva e sua consequente ilegitimidade, por mais que a possibilidade de um processo penal sem confinamento preventivo pareça distante.”

No caso do cidadão Luiz Carlos da Costa Justino, a ser analisado neste trabalho, foi expedido mandado de prisão preventiva em seu desfavor em razão de reconhecimento fotográfico realizado em sede policial pela vítima de um crime de roubo. A descrição dos supostos autores do fato se restringiu a características genéricas, como cor da pele, altura e idade prováveis. Ainda assim, foi considerado suficiente para embasar um decreto de medida cautelar prisional.

²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, 1940 - O inimigo no direito penal / E. Raúl Zaffaroni. Tradução de Sérgio Lamarão - Rio de Janeiro, 2ª edição junho de 2007.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 149.403 entendeu que a periculosidade do agente para fins de preventiva deve ser analisada a partir da gravidade em concreto da conduta criminosa:

EMENTA Agravo regimental em habeas corpus. Processual Penal. Homicídio qualificado. Prisão preventiva. Revogação. Impossibilidade. Custódia assentada na periculosidade do agravante para a ordem pública. Legitimidade da medida extrema. Precedentes. Agravo regimental não provido. 1. A prisão preventiva do agravante foi justificada em sua periculosidade para a ordem pública, tendo em vista a gravidade em concreto da conduta praticada, vale dizer, homicídio duplamente qualificado, e a necessidade de resguardar a integridade física da vítima sobrevivente e das testemunhas. 2. É do entendimento da Corte que a periculosidade do agente, evidenciada pela gravidade em concreto da conduta criminosa, legitima a manutenção da segregação cautelar. 3. A existência de condições subjetivas favoráveis ao agravante, tais como primariedade, residência fixa e trabalho lícito, não obsta a segregação cautelar, desde que presentes, nos autos, elementos concretos a recomendar sua manutenção, como se verifica na espécie. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(HC 149403 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 12/12/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-021 DIVULG 05-02-2018 PUBLIC 06-02-2018)

No caso de Luiz Carlos, foi negado pedido de revogação da prisão preventiva em desfavor do ora indiciado sob o argumento da periculosidade concreta. É problemático que decisões como estas sejam consideradas em acordo com o sistema acusatório, pois como se fala em concretismo se a autoria adveio de um apontamento de foto?

Assim, é evidente que o afastamento das garantias constitucionais e processuais não ocorre somente no momento em que são realizados os procedimentos investigativos, mas afetam a liberdade e dignidade de uma pessoa, pois um decreto prisional, ainda que preventivo, pode considerar os elementos informativos do inquérito, coletados com legitimidade questionável, como indícios suficientes.

Portanto, observa-se que os Tribunais indicam que o valor probatório conferido aos elementos coletados em sede de inquérito policial é limitado e deve ser complementado pelas provas produzidas na fase processual em que são observadas as garantias. Porém, ainda que haja essa determinação de limites, estes acabam sendo subjetivos e abrem margem para que os magistrados possam atuar de forma discricionária ao medir se alguma prova é independente ou não da viciada.

Por fim, o fato de procedimentos investigativos serem aptos a gerar decretos de prisões cautelares, que atentam diretamente à presunção de inocência, à liberdade e à dignidade humana em razão do caráter antecipatório de pena, é mais uma agravante a ser adicionada quando se atribui legitimidade a atos como o reconhecimento fotográfico, produzidos sob restrição de direitos.

2 PROVA, VALORAÇÃO E EPISTEMOLOGIA NO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO

2.1. Provas: definições, ilicitude e aplicação

O processo, como forma de solucionar conflitos através de um contraditório adequado, tem como objetivo a reconstrução dos fatos pretéritos. Assim, as provas funcionam como meios para que sejam conhecidos os acontecimentos que levaram à ação, dando condições ao juiz para solucionar determinado caso de forma legítima.

De acordo com Michele Taruffo, há três correntes que indicam qual seria a função das provas no processo. Para uma primeira corrente, a prova seria dispensável, mas necessária para formar o rito processual, como se fosse uma espécie de procedimento destinado a dar aparência de racionalidade das decisões, satisfazendo a opinião pública. Para uma segunda concepção, as provas teriam uma função narrativa, ou seja, o processo é tido como uma história e as provas são pedaços dessa história, não importando a realidade empírica. Assim, as provas funcionariam como elementos persuasivos a embasar determinada versão contada por uma das partes, não revelando um trabalho cognitivo. Por fim, uma terceira posição defende que as provas são meios para estabelecer a realidade dos fatos, ainda que de forma aproximada, atuando como elemento de racionalidade.²² A terceira concepção se adequa à proposta epistemológica, que será discutida a diante.

A doutrina costuma fazer uma distinção entre meios de prova e meios de obtenção de provas, em que meios de prova se destinariam diretamente ao convencimento do juiz, sendo as provas propriamente ditas, como um depoimento testemunhal, e os meios de obtenção seriam indiretamente aptos a formar a convicção, sendo instrumentos para adquirir materiais probatórios.²³

Ainda nas considerações de Taruffo sobre a terminologia probatória, entende o autor que a partir de uma concepção racional e inferencial os meios de prova seriam base das

²² TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos. Ed. Trotta. Madrid. 2011

²³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro) - Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. DPJ Editora, São Paulo. 2005.

inferências lógicas para sustentar as decisões, mas que as provas propriamente ditas seriam o resultado positivo de tais inferências, sendo a verdade judicial a hipótese fática apoiada em inferências racionais baseadas em meios de prova admissíveis.²⁴

A distinção importa porque os meios de prova nem sempre são dotados de idoneidade suficiente para que sejam aceitos a fim de embasar decisões. Utilizando a concepção de Taruffo, a partir de um meio de prova pode não ser possível chegar à prova em si caso não ocorra um resultado positivo da racionalidade dos fatos adequados à hipótese.

O CPP, no artigo 157, dispõe que são inadmissíveis as provas ilícitas, entendidas como aquelas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. Essa definição trazida pelo Código é clara e objetiva, não abrindo margem para dúvidas sobre o que seria considerado ilícito. Uma questão problemática do artigo é o fato de haver provas em que a ilegalidade somente é observada na produção, depois que já foi admitida, caso em que a ilicitude acaba não aparecendo na propositura, quando já é flagrante a violação. No contexto do reconhecimento fotográfico a regra em comento importa, sobretudo quando a problemática aparece de forma recorrente, conforme se demonstrou através dos acórdãos e será estudado na análise do caso concreto adiante.

O artigo 157, em seu parágrafo primeiro, traz duas ressalvas à inadmissibilidade de provas derivadas das ilícitas: quando não evidenciado o nexo de causalidade entre elas e quando a derivada puder ser obtida através de fonte independente da ilícita. Analisando tais exceções, percebe-se que o legislador brasileiro relativizou o princípio da contaminação, ou *fruits of the poisonous tree*, que tem origem no precedente americano que afirmou que o ato contaminado por ter sido ilícito se transmite aos demais atos dele decorrentes.²⁵ Assim, o processo tem sua integridade comprometida como um todo quando uma prova derivada de outra ilícita é admitida.

²⁴ TARUFFO, Michele. La Prueba. MARCIAL PONS EDICIONES JURIDICAS Y SOCIALES, S.A. Madrid. 2008.

²⁵ Silverthorne Lumber Co., Inc. v. United States, 251 U.S. 385 (1920)

O Brasil, por outro lado, adota a Teoria da fonte independente, que segundo o parágrafo segundo do artigo 157, seria aquela que se fosse colocada em curso, traria possibilidade de ser encontrada a mesma informação. Tal teoria também tem origem em precedente estadunidense, sendo complementada pela Teoria de descoberta inevitável²⁶, utilizada na jurisprudência brasileira²⁷. Esta última teoria é ainda mais ampla, pois entende que a prova deve ser admitida se puder ser obtida por qualquer outra forma. A amplitude dessas definições expõe que o objetivo da aplicação pelos Tribunais é justamente abrir margem para a discricionariedade do julgador em considerar a admissão de provas.

Entre as diferentes espécies de provas previstas pelo CPP, importa ao presente estudo o reconhecimento de pessoas, previsto no artigo 226. O procedimento deve seguir duas etapas: a pessoa que vai reconhecer deve apresentar descrição do suposto autor do fato e a pessoa cujo reconhecimento se pretender será colocada, se possível, ao lado de outras semelhantes. A produção dessa prova pressupõe observância estrita das etapas, o que é deturpado tanto pelas autoridades policiais quanto pelas judiciárias, na prática.

Não havendo previsão no ordenamento do reconhecimento por foto, este é feito de forma análoga ao artigo 226.

2.2. Como se adequa a epistemologia jurídica ao sistema processual penal constitucional

Feitas as considerações sobre como é tratado o inquérito policial e seus elementos sob a égide da Constituição de 88 e do Código Processual Penal, a partir da epistemologia jurídica será analisado como os elementos probatórios encontrados preliminarmente são valorados e considerados na fase processual.

A persecução penal compreende uma atividade de cognição pois o papel do juiz é decidir a partir do que se pode conhecer com os elementos obtidos e introduzidos nos autos. Dessa forma, uma hipótese fática é estabelecida como verdadeira a fim de justificar o ato decisório, sendo tal hipótese a mais provável dentro da busca pela verdade.

²⁶ Murray v. United States, 487 U.S. 533 (1988) e Nix v. Williams, 467 U.S. 431 (1984).

²⁷ STF, HC 90.376/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, j. 03/04/2007.

A epistemologia jurídica propõe que essa busca pela verdade seja guiada por uma racionalidade, para que a produção de prova, a valoração e a decisão se baseiem em métodos lógicos e sejam submetidos a padrões. Dessa forma, os abusos, a arbitrariedade disfarçada de discricionariedade e a seletividade criminal seriam controlados através desses *standards*.²⁸

Conforme se verifica com as considerações sobre o papel da investigação policial, as garantias fundamentais e o alto valor conferido aos elementos derivados dessa fase, torna-se necessário que a epistemologia também se apresente no momento pré-processual. Isso porque para que o julgador possa conferir às decisões um aspecto racional, deve contar com um conjunto probatório idôneo e confiável.²⁹ A acusação se baseia em indícios de materialidade e autoria coletados em sede policial e o recebimento da exordial acusatória já indica que a cognição do juiz se liga diretamente a eles, revelando ainda mais a importância da imposição de limites para racionalizar a investigação.

Os *standards* são padrões de controle que objetivam legitimar o livre convencimento do juiz, que é grau de justificação atualmente aceito. Se tais padrões forem alcançados, considera-se aceita a hipótese aduzida. Essa proposta epistêmica busca diminuir o subjetivismo das decisões, que devem ser motivadas de modo a expor como foi feita a valoração de cada consideração e como e se foram atingidos os *standards*, que se afastam das crenças pessoais.

Importa mencionar que diferentes critérios de valoração já foram aceitos ao longo da história da humanidade. Na Idade Média, era amplamente utilizada e aceita a íntima convicção bastando a crença do julgador, sendo desnecessária motivação. Posteriormente começou a ser aplicado o critério da tarifação, em que o legislador atribuiria níveis de valor sobre cada prova, o que se consagrou inaceitável a longo prazo, tendo em vista o Direito opressor e a seletividade. Por fim, o sistema mais aceito é o da livre valoração da prova, devendo o juiz decidir de forma justificada e observando os *standards* impostos, cujo papel é dar legitimidade ao convencimento, o que exige motivação.

²⁸ BADARÓ, Gustavo. Epistemologia Judiciária e Prova Penal / Gustavo Henrique Badaró. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

²⁹ MATIDA, J; MOSCATELLI, L. A construção de uma investigação preliminar epistêmica. Conjur, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-14/limite-penal-construcao-investigacao-preliminar-epistêmica>

Assim se revela a importância da epistemologia da prova, que é o meio de reconstrução dos fatos, é como eles são introduzidos no âmbito processual, o que demonstra que o campo probatório deve ir para além do direito e das regras positivadas, sendo direcionado, também, à realidade.

Considerando que a reconstrução dos fatos não é um processo neutro, mas passível de interpretações advindas do contexto cultural que contém pré-conceitos e estereótipos - ainda que inconscientes - a epistemologia judiciária encontra desafio em conferir racionalidade ao processo. As chamadas máximas da experiência no momento de valorar provas acabam sendo generalizações, o que leva a outro problema, pois os membros do Judiciário e do Ministério Público fazem parte de uma elite social, ensejando uma espécie de epistemologia da injustiça, conceito desenvolvido pela filósofa Miranda Fricker.³⁰

Logo, o caminho epistêmico no processo penal encontra papel fundamental ao determinar que as sentenças devem, necessariamente, ser motivadas, a fim de que seja explicitada a forma de valoração, os critérios levados em conta e quais são os fundamentos empíricos, evitando a injustiça epistêmica.

O reconhecimento pessoal realizado através da fotografia é um procedimento feito no momento investigativo, sendo confirmado ou não no curso da instrução, ensejando, muitas vezes, condenações. A aplicação de um cuidado epistemológico ao serem colhidos os indícios antes da formação do processo se revela imprescindível quando se analisa como é feito o reconhecimento fotográfico, pois no Brasil, ainda que a Constituição garanta um sistema acusatório, há uma importância muito grande atribuída aos autos do inquérito, que por natureza não observam devotamente as garantias e direitos fundamentais.

Na defesa de uma racionalidade introduzida na investigação preliminar, o delegado Leonardo Machado afirma que “se deve buscar um modelo de raciocínio jurídico investigativo criminal que seja epistemologicamente orientado e democraticamente fundado, tudo com vistas

³⁰ FRICKER, Miranda. *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing*. 2007.

à máxima redução possível do caráter abusivo do poder punitivo em consonância com os limites próprios de um Estado de Direito”.³¹

Para que seja feito um processo epistêmico, deve se ter em conta que as inferências probatórias se realizam segundo uma lógica, construída a partir de uma hipótese, os meios de prova e a ligação entre eles. Segundo Humberto Ávila:

“A análise da robustez das provas depende do exame de três elementos: (1) a hipótese (aquilo que deve ser provado); (2) os meios de prova (aquilo que serve para provar a hipótese); e (3) o critério inferencial (aquilo que relaciona os meios de prova com a hipótese). Critérios distintos são aplicados a cada um desses elementos. Assim, enquanto os meios de prova devem atender aos critérios da admissibilidade e da suficiência, o critério inferencial depende da suficiência da fundamentação lógica e da provabilidade causal, ao passo que a hipótese deve observar os critérios de refutabilidade, derivação, singularidade, coerência e simplicidade.”³²

A Teoria do Direito indica o silogismo jurídico como método prático, através da dedução. Assim, a premissa maior é constituída pela norma, a premissa menor é o fato e a terceira premissa se situa entre as duas primeiras. A inferência probatória epistêmica se conceitua como um raciocínio probatório voltado às regras da experiência, ou seja, o que fortalece a ligação entre a hipótese e o meio de prova não é a norma jurídica, mas a aproximação com a realidade.³³ A inferência normativa, por outro lado, aduz que seja necessária a regulação de norma que incida sobre casos em que a associação entre os fatos e os meios de prova conduz a uma situação de incerteza. Por fim, para a inferência interpretativa, o fundamento de garantia da hipótese é a interpretação do conceito/categoria institucional previsto pelo ordenamento.

Pelas razões acima expostas que se verifica a importância do procedimento valorativo das provas para além do direito, sendo observados outras ciências e outros campos. As máximas da experiência, ainda que sob olhar cuidadoso do intérprete, devem servir como fundamento de adequação entre as premissas para que se encontre uma conclusão justa e aproximada com a verdade.

³¹ MACHADO, Leonardo. A investigação criminal exige base epistemológica e fundamento democrático. *Conjur*, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-07/academia-policial-investigacao-criminal-exige-base-epistemologica-democratica>

³² ÁVILA, Humberto. Teoria da prova: standards de prova e os critérios de solidez da inferência probatória. *Revista de Processo*. 2018.

³³ MATIDA, Janaina; HERDY, Rachel. As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* nº73, jul/set. 2019.

A ligação entre a racionalidade da decisão e os meios de prova deve atingir certos *standards*, conforme mencionado. A questão que se impõe é definir quais seriam esses padrões que conferem aspecto racional. A doutrina processualista norte-americana adotou o critério do BARD, *beyond any reasonable doubt*, como racionalizador das fundamentações. Em português, equivalente à expressão "além de toda a dúvida razoável".

De acordo com tal critério, a fundamentação idônea seria aquela que considera as provas suficientes para além de qualquer dúvida razoável. O uso do BARD, no entanto, vem sendo questionado por estudiosos do tema, pois não há clareza sobre qual seria a definição de uma dúvida razoável capaz de ensejar uma condenação. Michele Taruffo, em *La prueba de los hechos*³⁴, ao explicar a teoria, problematizou o uso automático da expressão como fundamento capaz de racionalizar qualquer decisão, sem que a motivação seja exposta.

O *standard* deve justamente condicionar a livre valoração a exigências mínimas, mas o uso descontrolado do BARD pode gerar o efeito diverso dessa ferramenta. Uma das críticas entende que o sistema da íntima convicção do julgador se aproxima da dúvida razoável, já que há um caráter subjetivo em condenar porque as provas teriam superado tal dúvida, o que geraria, inclusive, uma tautologia, pois razoável seria a condenação que o tribunal assim determinasse.³⁵

Dessa forma, a epistemologia jurídica, de forma contrária ao *beyond any reasonable doubt*, dispõe que a valoração da prova deve se dar a partir de uma inferência que seja capaz de adequar as hipóteses e os meios de prova existentes à realidade fática. Para isso, o julgador deve contar com a experiência, com as generalizações para além do que descreve a norma e o ordenamento, razão pela qual a motivação é necessária para que seja atribuída racionalidade a uma sentença condenatória. Ao seguir a filtragem epistêmica dos meios de prova, é conferida posição central à presunção de inocência, devendo esta ser o padrão quando não há elementos que corroborem uma hipótese.

³⁴ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, ed. Trotta. Madrid. 2011.

³⁵ MATIDA, Janaina; VIEIRA, Antonio. Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do sistema de standard de prova "para além de toda a dúvida razoável" no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. 2019.

Ao sistema acusatório previsto no Brasil, que observa a separação dos papéis de defender, acusar e julgar a partir das garantias legais e processuais, além da presunção de inocência e princípios fundamentais, cabe a aplicação de uma epistemologia da prova capaz de conferir o caráter democrático e efetivamente justo às decisões. O reconhecimento fotográfico, como procedimento realizado no âmbito da investigação preliminar, deixa de atender à ampla proteção dos direitos fundamentais de quem está sendo investigado. Portanto, garantir que a admissibilidade e valoração desse meio de prova obedeça aos critérios e *standards* adequados à realidade faz com que seja racional a hipótese fática.

2.3 Reconhecimento fotográfico no Brasil na prática

Ao ocorrer um delito é natural que a vítima se dirija a uma delegacia e apresente uma notícia-crime sobre o ocorrido. Assim, tem início o inquérito policial a partir de ato administrativo do delegado de polícia, destinado a averiguar os acontecimentos narrados pela pessoa comunicante. Os artigos 6º e 7º do CPP indicam os atos que devem ser praticados pelas autoridades investigativas para a averiguação das circunstâncias do fato e da autoria. Entre as diligências previstas, destacam-se neste trabalho as constantes nos incisos III, IV e VI:

Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:
 III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;
 IV - ouvir o ofendido;
 VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;

A partir do que determina o artigo transcrito e os três incisos, resta evidenciado que a colheita de provas e a obtenção de informações a partir destas é determinante para a fase processual, uma vez que o órgão acusador disporá de tais elementos para fundamentar a denúncia, que será recebida ou não pelo juiz.

A oitiva de testemunhas observa o disposto no artigo 201, enquanto o reconhecimento de pessoas e coisas observa o 226. Nesse depoimento testemunhal deve ser narrado, na medida do possível, como ocorreu o fato, as características do possível autor e quaisquer outras informações relevantes para que seja estabelecido um juízo de probabilidade.

Conforme mencionado, o Código Processual Penal prevê somente o reconhecimento pessoal, mas na impossibilidade de ser feito, admite-se na prática que este ato seja feito através

de fotografias. O procedimento, no entanto, é problemático em vários níveis, desde a apresentação à vítima às imagens, passando pelas medidas cautelares que limitam a liberdade, a valoração dessa prova colhida em momento de mitigação do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência, até a decisão final. O inciso II Do art. 226 determina que a pessoa a ser reconhecida, após descrição da vítima, deve ser colocada ao lado de outras pessoas com características semelhantes.

No Brasil as formas mais comuns de ser feito o reconhecimento atentam diretamente à regra do alinhamento contida no inciso II, através de duas técnicas: *show-up* e álbum de suspeitos.

A técnica do *show-up* consiste na apresentação à vítima, pela autoridade policial, de apenas um suspeito. É comum ocorrer nos casos de flagrância ou quando se tem certeza de quem é o autor com base na descrição narrada. Também pode ocorrer em fase processual, quando em audiência o suspeito está presente e simplesmente há um questionamento à testemunha se ele é o autor. Quando tal técnica é utilizada por fotografia se torna ainda mais problemática, com grande potencial para conduzir ao erro, além da possibilidade de introduzir uma memória falsa em quem está reconhecendo.³⁶

Já o álbum de suspeitos é quando é mostrada à vítima uma seleção de fotos de pessoas com características físicas que coincidem com as narradas em depoimento. Em tese o álbum é organizado a partir do tipo de delito cometido e contendo pessoas com passagem anterior pela polícia. Na prática, há pouco controle sobre a confecção desses álbuns e o limite de tempo que as fotos de alguém permanecem sendo mostradas. Essa técnica é questionável porque a pessoa é levada a folhear páginas contendo diversos indivíduos, com características muito similares, podendo ser facilmente levada a erro, além da mencionada falta de fiscalização.

Assim, resta demonstrado que a forma como é feito o procedimento contraria não só as disposições do CPP, como também a lógica constitucional. Isso porque o inquérito policial é um momento pré-processual caracterizado por mitigar os direitos fundamentais e as garantias,

³⁶STEIN, Lilian; ÁVILA, Gustavo. Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses. Brasília. 2015. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf

então uma prova obtida nesta fase que sequer respeita aos ditames da legalidade atenta à Constituição Federal.

O apontamento de um indivíduo como sendo o autor do fato narrado leva o selecionado a ser indiciado e posteriormente acusado, podendo inclusive incidir medidas cautelares. Recebida a acusação, tem início o processo e a fase instrutória. Em sede de audiência, a testemunha/vítima é levada a realizar, novamente, o reconhecimento pessoal do suposto autor do delito. Questão que se discute é: será reconhecido o sujeito que cometeu o crime ou o sujeito apontado na fotografia em se policial?

A psicologia explica que a memória humana não é estática, mas maleável e se contamina quando são inseridas ou retiradas informações. No caso no reconhecimento pessoal por foto ocorre um problema cognitivo da repetição, pois a fotografia reforça a memória do fato e o segundo reconhecimento acessa a memória produzida a partir da imagem e não do acontecimento do crime³⁷. Assim, dentro de uma epistemologia jurídica, não é racional que seja aceito o segundo reconhecimento quando o primeiro é realizado sobre circunstâncias questionáveis, sem a devida fiscalização e observação às formalidades exigidas. Esse meio de prova, portanto, adquire natureza irrepitível, pois o segundo apontamento feito no processo já está contaminado.³⁸ O HC nº 712.781 do STJ reconheceu a irrepitibilidade do reconhecimento sob os argumentos aqui expostos:

“13. Convém, ainda, lembrar que as prescrições legais relativas às provas cumprem não apenas uma função epistêmica, i. e., de conferir fiabilidade e segurança ao conteúdo da prova produzida, mas também uma função de controlar o exercício do poder dos órgãos encarregados de obter a prova para uso em processo criminal, vis-à-vis os direitos inerentes à condição de suspeito, investigado ou acusado. Nesse sentido, é sempre oportuna a lição de Perfécto Ibañez, que divisa, na exigência de cumprimento das prescrições legais relativas à prova, uma função implícita, a saber, a de induzir os agentes estatais à observância dessas normas, o que se perfaz com a declaração de nulidade dos atos praticados de forma ilegal.”

O trecho acima, extraído do acórdão do HC supramencionado, revela o caráter ilegal do reconhecimento feito em delegacia com a inobservância do procedimento adequado. Partindo

³⁷ Cecconello, W. W., & Stein, M. L. Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos. *Avances en Psicología Latinoamericana*, 38(1), 172-188. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/apl/a.6471>

³⁸ MATIDA, Janaina; CECCONELLO, Willian. Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência. *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 7, n. 1, p. 409-440, jan.-abr. 2021.

do princípio da contaminação, ou *fruits of the poisonous tree*, se revela absolutamente inaceitável que sejam aceitas condenações baseadas em reconhecimentos reafirmados em sede de instrução, pois derivam de um ato nulo na origem, qual seja o reconhecimento por foto.

Outro problema, de ordem social, do reconhecimento, é a seletividade penal, em que as pessoas pertencentes a determinada raça/etnia se adequam a certos estereótipos e a sociedade cria uma preconceção sobre qual tipo de indivíduo se encaixa nos padrões de criminoso. As fotos de pessoas estereotipadas e sem qualquer controle de seleção reforçam ainda mais as raízes desiguais e raciais brasileiras, devendo ser levado em conta esse recorte quando se discute a valoração e aceitação da prova aqui estudada. Essa é mais uma razão que revela a importância de que seja seguido estritamente o disposto no art. 226 no que tange ao alinhamento justo, sendo disponibilizadas fotos de pessoas efetivamente semelhantes, não sendo priorizadas apenas as características raciais (cabelo, traços faciais, tamanho, altura).

O Conselho Nacional de Justiça lançou a Resolução 484/2022 estabelecendo diretrizes procedimentais sobre este ato, objetivando conferir legitimidade e validade. As recomendações contidas no regulamento consideram a irrepetibilidade dessa prova e uma série de observações e cuidados a serem tomados na colheita. Estabelece o alinhamento justo (mínimo de 4 participantes), gravação do procedimento, acompanhamento por defensor ou advogado, entrevista prévia com a testemunha, instruções, autodeclaração de raça e registro. Também dispõe que a autoridade judiciária deve observar a idoneidade do reconhecimento no momento de valoração, devendo considerar outras evidências para que a condenação seja fundamentada. Por fim estabelece que aos membros do Judiciário será ofertada capacitação para o entendimento dos casos e para que saibam lidar com essa situação processual.

Tal Resolução, ainda que de extrema relevância, não passa de recomendação e enfrenta a recusa dos julgadores na cautela quanto à valoração do reconhecimento e da palavra da vítima, sem levar em consideração a falsa memória e os aspectos para além do direito. Um dos comitês que integraram a comissão de formação dessas disposições atuou justamente com o objetivo de minimizar as consequências negativas que recaem sobre a população negra e pobre no país, que

são as mais afetadas.³⁹ Assim, ainda que haja um direcionamento para o Judiciário tratar a questão, ainda há margem de discricionariedade para a fundamentação da decisão.

O questionamento quanto aos critérios de seleção das fotos apresentadas em delegacias merece atenção, conforme explicitado, pelo fato de pessoas inocentes poderem ter suas imagens vinculadas a delitos, sofrer medidas da persecução penal e até mesmo condenações. Dispõe o art. 158-A do CPP que:

Art. 158-A. Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.

Vestígio é todo objeto que se relaciona à prática do crime e a cadeia de custódia tem o papel de garantir a integralidade, integridade e mesmidade do vestígio através de registros e protocolos. A relevância para o reconhecimento fotográfico está em como são escolhidas e de onde se originam as fotos apresentadas às partes, pois são objetos que devem ser, segundo a Resolução do CNJ, a jurisprudência e a lei, relacionados ao delito.

Na prática, no entanto, não há divulgação, relatório ou explicação sobre a razão das imagens estarem contidas em sede policial, o que faz com que haja uma quebra na cadeia de custódia, pois o meio de prova perde a credibilidade. O problema é que os julgadores relutam em identificar a gravidade da quebra, pois ainda que a previsão esteja direcionada às perícias, se aplica a quaisquer outras espécies de prova. Como pode ser valorada uma prova quando sua origem é desconhecida e até mesmo aleatória?

É contra epistêmico que uma prova obtida sem a garantia de integralidade e idoneidade seja capaz de formar o convencimento do juiz a ponto de motivar decisões. Nas palavras de Geraldo Prado:⁴⁰

“A rigor, além de escavar lacunas nos elementos probatórios e torna-los porosos e carentes de dados capazes de orientar em outra direção a conclusão judicial acerca dos fatos penalmente relevantes, a quebra da cadeia de custódia indicia a perversão dos fins da cautelar: no lugar da << aquisição >> e << preservação >> de elementos informativos, a medida tende a

³⁹ MATIDA, Janaina. Novos rumos do reconhecimento de pessoas: contribuições do CNJ. Conjur. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-ago-12/limite-penal-novos-rumos-reconhecimento-pessoas>

⁴⁰ PRADO, Geraldo. Prova penal e sistema de controles epistêmicos: A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. 1. ed, - São Paulo: Marcial Pons. 2014.

instrumentalizar ações abusivas de supressão de alguns destes elementos, esgrimindo os remanescentes com apoio nos efeitos alucinatórios das evidências."

Dessa forma, a quebra da cadeia de custódia no que tange ao cuidado ao selecionar as fotos presentes na delegacia e as serem apresentadas, pois há uma falta de critério e controle, torna a prova inadmissível, devendo ser considerada ilícita qualquer outra que dela decorra. Não é confiável que seja aceito o reconhecimento sem a observação desses procedimentos, sendo ausente qualquer *standard* e sendo desconsiderada a presunção de inocência àquele que tem contra si uma acusação fundada em fotografia com origem desconhecida.

Portanto, o reconhecimento fotográfico da maneira como é realizado pelas autoridades policiais e posteriormente considerado e repetido em sede judicial, se revela inconstitucional. Isso porque não são seguidos os trâmites processuais do CPP, além das garantias constitucionais do contraditório, ampla defesa e presunção de inocência na medida em que a ausência do controle sobre a integridade das fotos torna a prova ilícita, pois é valorada sem que se atente à falta da cadeia de custódia. Logo, não é racional que seja utilizado esse meio de prova para fundamentar decisões, ainda que a testemunha confirme o reconhecimento na fase instrutória, como tem sido reconhecido pela doutrina, pela jurisprudência e pelo Conselho Nacional de Justiça, ainda que o Poder Judiciário, por sua composição elitista, e os demais órgãos envolvidos na persecução penal relutem em tratar a questão com o devido cuidado.

3 ANÁLISE DO CASO LUIZ CARLOS JUSTINO

3.1 Resumo do caso

A partir das considerações tecidas anteriormente sobre como é realizado o inquérito policial no Brasil e sua adequação ao modelo acusatório previsto na Constituição e às regras processuais penais, será feita uma análise de um caso concreto em que foi expedida ordem de prisão preventiva baseada unicamente na palavra da vítima e no reconhecimento fotográfico por ela feito na delegacia.

No ano de 2020, enquanto voltava de uma apresentação de música, Luiz Carlos Justino foi abordado por agentes do “Niterói presente”, que o conduziram à delegacia por não estar portando no momento documento de identidade. Chegando ao local, foi constatado que havia um mandado de prisão preventiva em desfavor do abordado em razão de um delito de roubo circunstanciado por arma de fogo e concurso de agentes ocorrido no ano de 2017. O fundamento da ordem teria sido o reconhecimento por foto feito pela vítima do delito.

Luiz Carlos foi levado preso no mesmo dia, o que ensejou um pedido de revogação da prisão preventiva com base na insubsistência dos requisitos de manutenção da decisão, seja pelo decurso do tempo, seja pela primariedade do indiciado ou pelas condições pessoais deste, que possuía trabalho lícito, informações comprovadas aos autos.

O Ministério Público se manifestou no sentido de negar a revogação sob os argumentos de ter se tratado de crime gravíssimo, de ser necessária a prisão para a instrução criminal e para a garantia da ordem pública, e desconsiderou as condições pessoais. O parecer foi baseado em considerações genéricas sobre o caso e fundamentado em elementos contidos nos autos, apenas, o que demonstra a tendência punitivista brasileira, sendo a medida cautelar mais gravosa frequentemente a primeira a ser adotada e requerida.

Os argumentos rasos a favor da prisão e que a justificaram violam o princípio da proporcionalidade no âmbito do processo penal. De acordo com Juarez Tavares⁴¹ a proporcionalidade impõe que os meios e os fins de uma medida processual devem se adequar

⁴¹ TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. Prova e Verdade. 1. ed. São Paulo, 2020.

às regras e princípios norteadores do direito, e que prisões preventivas, sobretudo as extensas, se caracterizam como antecipações de pena, o que é vedado pelo sistema brasileiro. Assim, a ponderação entre direitos e interesses abstratos, como a ordem pública e conceitos como “crime gravíssimo” é contrária aos ditames constitucionais.

O parecer do *Parquet* menciona os requisitos abstratos da cautelar e ignora a absoluta ausência de contemporaneidade, exigência de manutenção da ordem. Passados quase 3 anos não foi mencionada a necessidade de, no mínimo, serem reavaliados os fundamentos anteriormente usados para a decretação.

Os autos do processo em que se requer a revogação mostram que não foi efetivada a prisão em razão de o oficial de justiça não ter encontrado o rapaz, seja por não ter localizado o endereço, seja por considerar o local de alta periculosidade. Assim, Luiz Carlos viveu normalmente durante anos, trabalhando e agindo como qualquer cidadão, sem saber da existência de um indiciamento contra si mesmo e incapaz de se defender.

Consultando os autos do processo foi possível analisar o depoimento da vítima fornecido na fase do inquérito policial. No termo de declaração narrou que quatro homens saíram de um veículo estacionado e dois deles o abordaram utilizando arma de fogo enquanto os outros dois permaneceram no banco traseiro do carro. Posteriormente, todos teriam se dirigido a outro veículo e fugido.

Ao ser questionado sobre as características físicas, se limitou a descrever que um deles tinha a pele “morena clara” e o outro a pele negra, além da cor das roupas e brincos, não tendo sido possível observar a fisionomia dos demais. Perguntado sobre a possibilidade de ser feito um retrato falado, respondeu não ter condições. Por fim, analisou o álbum de fotografias da delegacia e afirmou reconhecer Luiz Carlos Justino como um dos autores do fato.

O relato da vítima sobre o acontecimento combinado com o reconhecimento fotográfico foi suficiente para embasar a prisão, sem terem sido levados em conta outros fatores, como a ausência de anotações da Folha de Antecedentes Criminais do indiciado, a contradição do depoente quando afirmou reconhecer o autor ao mesmo tempo que não teria como proceder ao retrato falado e elementos psicológicos que poderiam ter influenciado na lembrança, como a pressão ao ser submetido à abordagem com arma de fogo. A descrição se limitou à cor da pele,

sem levar em conta quaisquer outros traços físicos. Como pode ter sido suficiente para, a partir de um álbum repleto de fotos similares, ter apontado um autor?

A vontade do indivíduo ao apontar um sujeito como culpado de um delito sem que haja subsídios para tal afirmação decorre da necessidade social da punição. Um sistema movido pelo capital e dividido em classes que exploram e classes que são exploradas tem a segregação como meio de manter as relações sociais como são, com uma elite minoritária definido o que é crime, quem são criminosos e como devem ser punidos. Citando novamente Juarez Tavares⁴²:

“Sem se darem conta, as pessoas da atualidade, que pugnam desesperadamente pela punição de infratores que se situam completamente fora de seu círculo de conhecimento ou de interesse (que interesse existe para uma pessoa no Rio de Janeiro que um político do Amapá deva ser condenado a 200 anos de prisão?), estão, na verdade, fortalecendo a estrutura de uma sociedade desigual, ou seja, de uma sociedade hierarquizada.”

Ainda que em caráter cautelar, a punição é perseguida pela sociedade como um todo, o que se demonstra a partir dos inúmeros apontamentos de autoria a partir de fotos, pelos agentes políticos e pelas instituições, mesmo que a Constituição de 88 seja definida como social e estabeleça princípios e garantias.

No caso de Luiz Carlos da Costa Justino, a decisão⁴³ do juiz André Nicolitt foi pelo deferimento da revogação da prisão. Inicialmente é mencionada a necessidade prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Pacto Interamericano de Direitos Civis e Políticos de que toda pessoa levada a prisão deve ser conduzida à presença do juiz, para que não ocorra demora na análise e que seja causado o mínimo de dano aos direitos fundamentais. Porém não houve tal comunicação no caso em questão, o que por si só já é uma violação normativa e fundamental que tornaria a prisão ilegal.

Em seguida o juiz menciona a ausência de contemporaneidade da ordem expedida, pois de 2017 até o momento da condução não houve qualquer ocorrência envolvendo o indiciado e o Estado não foi capaz de encontrá-lo.

⁴² TAVARES, Juarez. Crime: crença e realidade. - Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2021.

⁴³ TJ RJ. Processo nº 0021082-75.2020.8.19.0004. Juiz: André Luiz Nicolitt. São Gonçalo/RJ. DJE: 06/09/2020.

No âmbito probatório são questionados os indícios suficientes de autoria que ensejaram o mandado, pois se basearam exclusivamente no reconhecimento fotográfico e na palavra da vítima, além da ausência da cadeia de custódia com relação às fotos presentes na delegacia. Cabe transcrever o trecho da decisão:

“São muitas as objeções que se pode fazer ao reconhecimento fotográfico. Primeiro, porque não há previsão legal acerca da sua existência, o que violaria o princípio da legalidade. Segundo, porque, na maior parte das vezes, o reconhecimento fotográfico é feito na delegacia, sem que sejam acostadas ao procedimento “as supostas fotos utilizadas” no catálogo, nem informado se houve comparação com outras imagens, tampouco informação sobre como as fotografias do indiciado foram parar no catálogo, o que viola a ideia de cadeia de custódia da prova. Desse modo, não é possível saber se o autor do “reconhecimento” indicou o indivíduo reconhecido, confirmou uma opinião de terceiros, ou, até mesmo, se existiram dúvidas se o autor da conduta criminosa seria a pessoa da fotografia.”

O juiz Nicolitt entendeu que a utilização do reconhecimento fotográfica afronta ao princípio da legalidade em razão da ausência de precisão legal no Código de Processo Penal, ainda que a jurisprudência determine que deve ser aceito caso ocorra de forma análoga ao reconhecimento de pessoas do artigo 226.

No trecho a seguir, é questionada a razão de um jovem músico, sem passagem pela polícia e bem visto pela comunidade, ter sua foto em um álbum de suspeitos antes de qualquer investigação preliminar:

“Em resumo, um suspeito sem investigação prévia, que já é apresentado em um álbum no ato do registro da ocorrência, é um suspeito que precede o próprio fato. É uma espécie de suspeito natural.”

A decisão de revogação da prisão reforça a argumentação de que o reconhecimento fotográfico é contrário à legalidade, aos princípios constitucionais e à racionalidade que deve ser presente na valoração dos meios de prova, ainda que no inquérito policial haja mitigação das garantias. O caso de Luiz Carlos somente reforça a necessidade de que seja revista a atuação das autoridades e os procedimentos aplicados.

Ao analisar os fundamentos decisórios do juiz do caso, é possível perceber a importância da presença do juiz das garantias no sistema brasileiro, pois o controle da legalidade e adequação dos atos, além da preservação das garantias e direitos do suspeito poderiam ser verificados frequentemente, evitando o resultado violador, que é a prisão preventiva baseada em elementos frágeis. A figura garantidora do juiz nesse momento limitaria a valoração de um

reconhecimento feito a partir de um álbum cujas fotos e motivo de apresentação não encontram justificativa para estarem presentes.

Aury Lopes Júnior, na obra “Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal”⁴⁴ demonstra que no Estado Democrático de Direito consagrado na Constituição Federal e que adota o modelo garantista, o Judiciário não detém atuação política, mas função garantidora de direitos constitucionalmente protegidos, tomando como base os princípios fundamentais, o que se aplica no processo penal para justificar a imprescindibilidade da figura do juiz das garantias.

Há Ações de Inconstitucionalidade em tramitação perante o STF em relação ao assunto, o que ensejou a liminar preferida pelo relator Ministro Fux de suspender a eficácia do artigo do Código que institui o juiz garante, como anteriormente mencionado. A Ordem dos Advogados do Brasil está intervindo nas Ações como *amicus curiae*, em defesa da constitucionalidade do instituto. O parecer técnico da OAB⁴⁵ segue o entendimento de que a implementação dessa figura no ordenamento brasileiro fortalece o contraditório e a ampla defesa na medida em que a imparcialidade do julgador se apresenta desde o momento pré-processual e que se impede que os atos praticados sem a estrita obediência às regras constitucionais sejam confirmados de forma automática no curso do processo.

Dessa forma, a presença do juiz das garantias faz com que os direitos fundamentais sejam objeto de controle e fiscalização pelo Judiciário sem que o processo caminhe para um julgamento baseado em atos previamente praticados e sem respeito à Constituição.

Com a análise do depoimento do ofendido, da decisão pela revogação e dos atos policiais do caso, não tem como afastar a problemática racial e social existente no caso. A menção do depoente à cor de pele dos autores do fato sem caracterização detalhada dos traços físicos seguida do reconhecimento a partir do álbum fotográfico, combinado à ausência de critérios justificados para a presença de fotos de indivíduos considerados suspeitos de forma genérica mostra como o fator racial incide diretamente na política criminal.

⁴⁴ LOPES JR., Aury. Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal. Editora Lumen Juris. 1ª ed, 2001.

⁴⁵ Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Memorial da ADI nº 6298. Brasília - DF. 24/05/2023. Disponível em: <https://s.oab.org.br/arquivos/2023/05/c436fe9f-8451-44f6-bfb9-19c5f8c7b3fd.pdf>

Além disso, a abordagem dos policiais direcionada a dois jovens negros e da periferia sem qualquer atuação considerada justificadamente suspeita reforça a força dos estereótipos no sistema criminal como um todo. Já são visados indivíduos com probabilidade de terem mandados de prisão contra si pois já se sabe que a presença de um álbum de fotografias totalmente desprovido de critério e fiscalização, por exemplo, pode ter ensejado a ordem.

Um exemplo prático de como o elemento racial é utilizado sem critérios de evidência e controle é o fato de um ator americano, Michael B. Jordan, ter sido reconhecido através de foto constante no álbum de suspeitos de uma delegacia do Ceará⁴⁶. O ator foi apontado como participante de uma chacina que teria ocorrido na cidade de Fortaleza. Resta evidenciada a ausência de objetividade na seleção das fotografias e de racionalidade do apontamento pela testemunha, que demonstram o racismo escancarado que permeia as instituições e a própria sociedade. Um artista estrangeiro e notadamente conhecido considerado suspeito ao lado de outros inúmeros brasileiros com possibilidade de serem indiciados e terem mandados de prisão expedidos só demonstra a problemática e a estrutura racista. Se Michael B. Jordan é reconhecido sem ter, obviamente, qualquer participação no delito, quantos Luiz Carlos Justinos podem ser injustamente perseguidos?

No artigo americano “No Justice, No Peace: An Interview with Jerome Miller”⁴⁷, em que Jerome Miller é ex-diretor do Centro Nacional para Instituições e Alternativas dos Estados Unidos, este faz a seguinte observação:

“Há certas palavras cifradas que permitem que você nunca diga ‘raça’, mas, ainda assim, todos compreendam o que você quer dizer, e ‘crime’ é uma delas [...]. Então, quando falamos a respeito de aprisionar mais e mais pessoas, na verdade nós estamos falando de aprisionar mais e mais homens negros.”

A citação acima referenciada, utilizada para mencionar a problemática do encarceramento americano no tocante à Guerra às Drogas pode ser aplicada na discussão sobre o elemento racial ser ponto central no momento de indiciar pessoas e selecionar álbuns de

⁴⁶Disponível em:<https://g1.globo.com/ce/ceara/noticia/2022/01/07/astro-do-cinema-michael-b-jordan-aparece-em-lista-de-procurados-pela-policia-do-ceara.ghtml>

⁴⁷Disponível em:<https://www.thefreelibrary.com/No+justice%2c+no+peace%3b+an+interview+with+Jerome+Miller.-a014713826>

suspeitos. O trecho abaixo, extraído da decisão pela revogação da prisão de Luiz Carlos demonstra que o julgador seguiu pelo mesmo entendimento:

“Em resumo, um suspeito sem investigação prévia, que já é apresentado em um álbum no ato do registro da ocorrência, é um suspeito que precede o próprio fato. É uma espécie de suspeito natural.”

3.2 As regras constitucionais foram obedecidas?

Feita uma breve descrição do caso e a análise da estrutura racial como fator determinante de atuação da polícia e da testemunha, a partir dos autos do inquérito é possível perceber como se deu, na prática, a observância ao sistema acusatório e se as garantias constitucionais foram respeitadas.

Foi relatado como se aceita de forma recorrente no Brasil que os direitos fundamentais sejam entendidos de forma restritiva pelas autoridades policiais no momento do inquérito. Isso porque há um caráter sumário e anterior ao próprio processo penal para que os elementos mínimos de autoria e materialidade sejam percebidos a fim de que seja formulada uma acusação.

Aury Lopes Jr. menciona a contradição gerada pelo CPP ao não fixar com clareza a condição do sujeito passivo na investigação⁴⁸. Sem essa delimitação, o indiciado acaba sendo equiparado a uma mera testemunha e deixa de ser a ampla defesa e o contraditório como garantias, o que, de acordo com o autor, é caso de resistência por parte das autoridades.

O juiz Nicolitt, ao fundamentar a decisão, arguiu que o reconhecimento fotográfico já é um procedimento falho, tendo em vista não ser regulamentado de forma expressa na lei e em razão das variáveis que podem ocorrer para fragilizar ainda mais esse meio de prova, como o fato de a memória ser limitada, das condições as quais a vítima foi exposta durante a ocorrência e como foi feito o apontamento na delegacia. Segundo o juiz, o fato de o indiciado não se envolver e nem participar do momento do reconhecimento torna o ato ainda mais falho, pois há

⁴⁸ LOPES JR., Aury. A crise do inquérito policial: breve análise dos sistemas de investigação preliminar no processo penal. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDP_04_39.pdf

ausência total do contraditório, que é princípio basilar que legitima o processo penal como um todo.

No caso de Luiz Carlos, a dinâmica que ocorreu desde a abordagem dos agentes até a condução à delegacia e os atos posteriores que terminaram na efetivação da prisão determinada anos depois revela a ausência total das autoridades em aplicar as regras e garantias constitucionais. Ainda em 2017, no momento em que foi apontada a autoria, deveria ter havido comunicação ao indicado para a garantia dos meios de se defender, do silêncio, de indicar provas e os demais atos que podem e devem ser praticados por quem é submetido à persecução penal. Não houve chance do exercício de tais direitos e anos passaram sem o conhecimento de que foi expedida a ordem.

Como visto, o princípio da presunção de inocência é norma de tratamento, prova e julgamento, devendo ser necessariamente observado e respeitado desde o início de qualquer ação estatal passível de restringir a liberdade dos sujeitos. Quando Luiz Carlos foi abordado na rua já teve sua presunção de inocência violado, pois sem qualquer fundamento foi percebido como alguém que poderia se enquadrar como criminoso. O mandado de prisão expedido em seu desfavor a partir do depoimento fornecido sem detalhes e sem caracterização minimamente concreta do autor e que ainda assim ensejou um reconhecimento fraco, demonstram a total afastabilidade dessa norma.

É uma herança inquisitória o esvaziamento da presunção de inocência, que como no caso analisado é frequentemente renegada no que tange às prisões cautelares, que acabam sendo decretadas a partir dos requisitos vagos descritos no CPP e não são precedidas de um mínimo arcabouço de direitos e garantias. De acordo com Alexandre Morais da Rosa, na obra “A Teoria Dos Jogos Aplicada ao Processo Penal”⁴⁹:

“Daí que a presunção de inocência deve ser colocada como o significante primeiro, pelo qual, independentemente de prisão em flagrante, o acusado inicia o jogo absolvido. A derrubada da muralha da inocência é função do jogador acusador. Aqui descabem presunções de culpabilidade.”

⁴⁹ MORAIS DA ROSA, Alexandre. A teoria dos jogos aplicada ao Processo Penal. Ed. Letras e Conceitos, Lda. Mark Press Brasil. 2ª Ed. 2015.

A presunção de inocência como standard quando não há provas é impositiva no julgamento de um processo, e ainda que o inquérito seja fase anterior e não observe estritamente as garantias constitucionais, deve ser aplicada no momento de concessão de medidas gravosas como a prisão cautelar.

O princípio da provisionalidade e da atualidade também foram violados quando decorridos quase 3 anos da decretação da cautelar, foi possível ser efetuada a medida sem análise prévia da necessidade, que sequer ocorreu em 2017. Refletiu na ausência de contemporaneidade explicitada na decisão.

De acordo com o art. 282, § 6º do CPP:

Art. 282, §6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada.

O dispositivo mencionado indica que a prisão preventiva possui caráter excepcional, o que demonstra que o juiz deve primeiramente olhar para as outras modalidades de cautelares previstas para, na falta de adequação, decretar a mais severa. O problema dessa previsão é a vagueza da redação quanto aos requisitos de "adequação" e "necessidade", que abrem margem para a aplicação arbitrária de prisões cautelares, tendo e vista o fator punitivo que norteia a sociedade brasileira e, por conseguinte, a atuação dos magistrados.

O parecer do Ministério Público exemplifica a ausência de fundamentos que realmente justifiquem a decretação de uma medida, em regra, excepcional, pois é mencionado simplesmente que não caberia no caso de Luiz Carlos, a aplicação de medida cautelar diversa.

Combinado ao princípio da excepcionalidade, a proporcionalidade foi desrespeitada, pois um indivíduo sem anotações na FAC, primário e que realiza atividades notadamente lícitas teve sua liberdade restringida para suposta garantia da ordem pública, que, como visto, é um argumento genérico que abre margem para decisões arbitrárias. Assim, novamente a presunção de inocência é atacada.

O mandado de prisão expedido diretamente, sem comunicação e sem observação aos princípios e garantias se reveste de ilegalidade. O reconhecimento fotográfico no Brasil se torna

ainda mais grave e perigoso quando, mesmo realizado sob conduções questionáveis e desprovido de confiabilidade, tendo em vista a ausência de cadeia de custódia, as questões dos *standards* e a violação às garantias fundamentais, é suficiente para embasar tais decisões. Resta demonstrado, portanto, que a cultura inquisitória ainda incide de forma recorrente nas atividades de instituições que deveriam primar pela obediência a uma Constituição voltada, justamente, para institucionalizar os órgãos e agentes públicos a partir de suas normas.

Recentemente o STJ, no julgamento do HC 769.783/RJ⁵⁰, proferiu decisão concedendo ordem para absolvição do porteiro Paulo Alberto da Silva Costa, que estava preso em razão de condenação por crime de roubo, baseada no reconhecimento fotográfico realizado pela vítima. Paulo Alberto havia sido identificado como autor de delitos em 62 ações penais, sem ter qualquer envolvimento anterior em crimes e mesmo assim, teve sua imagem, extraída das redes sociais, inserida no álbum da delegacia em Belford Roxo/RJ. Esse caso é similar ao de Luiz Carlos, pois a descrição das características físicas também ocorreu de forma genérica e mesmo assim baseou mandados de prisões preventivas.

Os ministros, na votação em sessão virtual, mencionaram que o reconhecimento feito não poderia ter sido considerado elemento idôneo a fundamentar condenação⁵¹. Entendeu-se que é indiscutível que o racismo existente na sociedade foi escancarado, pois a população negra é o alvo das atuações policiais de forme recorrente. A Turma também considerou o ato do reconhecimento como falho, pois a vítima sequer afirmou ter certeza da autoria ao depor em uma segunda oportunidade, na delegacia.

Sendo assim, foi considerado o procedimento incapaz de servir como indício mínimo de prova de autoria, pois fatores como racismo, descrição genérica da vítima, ausência de controle sobre a origem da foto no álbum e condições do indiciado tornaram a situação inconcebível no âmbito de um processo penal constitucional e que preze pela presunção de inocência.

⁵⁰ STJ, HC 769.783/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 10/05/2023, DJe 16/05/2023.

⁵¹ Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/10052023-STJ-ve-falha-grave-em-reconhecimento-fotografico-e-manda-soltar-porteiro-acusado-em-62-processos.aspx>

A Relatora mencionou que quando não há outras fontes de provas autônomas e independentes é obrigatória a aplicação do *in dubio pro reo*. Esse entendimento confirma a inconformidade do reconhecimento fotográfico realizado nas condições demonstradas neste caso às regras constitucionais, não devendo servir como argumento de acusação e imposição de qualquer cautelar.

3.3 Como foi feita a valoração do reconhecimento fotográfico no caso

Conforme narrado, a vítima, no caso de Luiz Carlos Justino, ao fornecer sua versão sobre os fatos, fez a descrição do autor de forma genérica, se limitando a elementos físicos amplos e aplicáveis a um grande número de pessoas. Ainda assim, as autoridades consideraram apto para que apontasse a autoria através da observação das fotos do álbum.

A fase investigativa, embora seja distinta do momento processual constituído com a ação penal, também exige regulamentos próprios a serem observados, como já demonstrado. Logo, as questões probatórias devem ser dotadas de racionalidade, pois essa fase antecede a instrução, e suas conclusões são pilares para os acontecimentos processuais.

A representação do delegado de polícia pela prisão preventiva de Luiz Carlos e a consequente decretação desta, deixaram de observar a séria de irregularidades que ocorreram na obtenção das informações sobre o fato criminoso.

O fenômeno das falsas memórias, que ocorre quando a testemunha passa a acreditar ser verdadeira uma lembrança do delito em razão de algum indício a ela mostrado. Os policiais, ao apresentarem as fotografias após a descrição, são capazes a fazer incidir na pessoa a reconhecer uma falsa sensação de certeza sobre o que está sendo indicado. Neste caso, mesmo com o Termo comprovando as palavras exatas do depoente como sendo amplas e aplicáveis a muitos indivíduos, foi feito o reconhecimento fotográfico por iniciativa das autoridades.

Não há justificativa para que essa medida tenha sido tomada ao ser considerado o campo da racionalidade que deve existir nas instâncias criminais. De acordo com Leonardo Marcondes e Willian Ceconello⁵²:

“Por aqui, a investigação criminal, em que pese reformas e iniciativas pontuais, ainda mostra-se muito tímida na sua interlocução com outros tipos de saberes especializados como a psicologia cognitiva. Os juristas, em sua maioria, parecem presos ao modelo inquisitorial da década de 40 do século passado, o que acaba contaminando o processo de formação dos próprios investigadores no campo penal.”

A assertiva anterior corrobora o entendimento pela aplicação da epistemologia jurídica no processo penal como um todo, inclusive no âmbito do inquérito. Se houvessem sido consideradas as outras áreas de conhecimento, a vítima jamais teria sido conduzida ao reconhecimento, e muito menos este ato teria sido, posteriormente, valorado a ponto de gerar a medida cautelar aplicada. A Resolução 484/2022 do CNJ, que adveio depois do caso, já estabeleceu que só deve ser feito o procedimento em questão após descrição detalhada por parte da vítima e com obediência aos ditames do artigo 226, o que não ocorreu.

Isso porque não foi feito o alinhamento justificado, pois a apresentação de fotos selecionadas sem qualquer critério prévio e controle, ainda que contendo indivíduos aparentemente parecidos, não faz com que haja alinhamento. Não é suficiente apresentar pessoas com o tom de pele similar, tendo em vista ter sido a característica narrada. Além disso, o artigo impõe que seja feita a descrição, quer de forma alguma poderia ter sido considerada nas condições do caso.

Portanto, com a generalização da definição das singularidades dos autores combinada à ausência de alinhamento justo, o reconhecimento fotográfico que apontou Luiz Carlos como autor não é apto a gerar indício de autoria a resultar em qualquer medida privativa de liberdade.

A cognição do juiz ao valorar os meios de provas durante a instrução, leva em conta, necessariamente, os autos no inquérito, ainda que não haja acesso direto em decorrência do princípio da imparcialidade. No caso sob análise, o prosseguimento da ação penal poderia

⁵² MARCONDES, Machado Leonardo; CECCONELLO, Willian. É necessário rever as técnicas de investigação decorrentes da memória humana. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-24/academia-policial-necessario-rever-investigacao-decorrente-memoria-humana>

resultar em danos irreparáveis. A conduta elitista dos membros do Poder Judiciário e o entendimento jurisprudência pela Teoria do “além de qualquer dúvida razoável” conferiria legitimidade a uma decisão condenatória em face do indiciado.

A epistemologia jurídica e os *standards* probatórios, caso incididos na investigação preliminar poderiam evitar a injustiça epistêmica, pois seria imposta uma inferência entre os meios de prova (o reconhecimento) e a hipótese (o delito em questão). Teria sido obstado o mandado de prisão e o ora investigado não teria sido conduzido à delegacia ao andar livremente pelas ruas após cumprir seu trabalho lícito e reconhecido como músico, como qualquer cidadão deveria ter direito.

A reconstrução dos fatos, ainda mais sob a lógica limitada do inquérito, não impõe que seja infalível para ser aceito um cenário e as hipóteses. Porém o juízo de probabilidade deve ter grau alto para ser possível afastar a dúvida razoável⁵³.

O juízo de probabilidade que não atingiu grau confiável faz com que o padrão da presunção de inocência se imponha e interrompa as chances de persecução penal. Assim, a epistemologia da prova na investigação policial deve levar o *in dubio pro reo*, constantemente deixado de lado nessa fase, a ser imposto, pois é o que se extrai do conjunto normativo da Constituição brasileira. De acordo com Jordi Ferrer Beltrán⁵⁴:

“Resulta extremamente difícil, para não dizer conceitualmente impossível, sustentar a argumentação de que o imputado é tratado como se fosse inocente e, ao mesmo tempo, que é submetido à prisão para evitar que reincida na comissão do delito. Evidentemente, para reincidir é preciso que já tenha incidido nele, que é exatamente o que a presunção de inocência obriga a presumir que não se fez. O caso da proteção de provas é o mais duvidoso. Se trata aqui de evitar que o imputado manipule ou faça desaparecer provas que lhe sejam desfavoráveis. Ainda que para ter interesse em manipular ou fazer desaparecer provas não seja necessário que o imputado seja o autor do delito do qual é acusado, creio, sim, que de forma geral o argumento pressupõe precisamente o que a presunção de inocência nega: que é autor do delito e, por isso, fará o possível para evitar que essa circunstância possa ser provada no processo. Sobre o perigo de fuga, creio que basta dizer que o inocente não foge, senão viaja. Os próprios termos delatam o argumento ruim. Por outro lado, como já advertira Voltaire há mais de duzentos anos, cabe a possibilidade de que não seja a autoria do delito o que incentiva o imputado a fugir, mas o medo

⁵³ MASCARENHAS, Marcella. Presunção de Inocência, Standards de Prova e Racionalidade das Decisões sobre os Fatos no Processo Penal

⁵⁴ FERRER BELTRÁN, Jordi. Uma concepção minimalista e garantista da presunção de inocência. Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 149-182, jan.-abr. 2018.

de ser submetido à prisão preventiva sem poder se defender. Se a prisão preventiva não existisse, o imputado poderia não ter motivos para fugir, ao menos até o momento imediatamente prévio à condenação. Até então, seu máximo interesse seria o de se defender das acusações feitas contra ele.”

O autor analisou a aplicação da presunção de inocência no processo espanhol a partir da Constituição Espanhola, que pode ser estendida ao cenário brasileiro.

A valoração do procedimento do reconhecimento pelas instituições da polícia e do Ministério Público não levou em conta a falta de legalidade e constitucionalidade que ocorreu, já que as formalidades legais foram descartadas e não houve qualquer garantia relativa ao contraditório, ampla defesa e presunção de inocência, além da ausência de comunicação imediata da prisão, de cadeia de custódia e atualidade do mandado de prisão. Também foi ignorado o fator racial que acaba sendo inerente a esse tipo de situação.

Dessa forma, a prova colhida se tornou ilícita, pois contrária à lei e à Constituição, devendo ter sido descartada. Por mais que tenha ocorrido na fase preliminar, o processo penal inevitavelmente levaria em conta o reconhecimento fotográfico feito na origem da persecução. Isso por duas razões: o fenômeno das falsas memórias poderia levar a vítima a confirmar a autoria em juízo não com base na pessoa que cometeu o delito, mas com base na foto apontada; e conforme se demonstrou em casos similares, mesmo quando a vítima afirma não reconhecer ou diz reconhecer com dúvidas, as decisões ainda condenam com base neste meio de prova.

A Teoria da contaminação faz com que a prova ilícita seja nula, não podendo servir como base para valoração pelo julgador. Ainda que o Judiciário brasileiro relativize essa teoria para considerar a prova quando possível extraí-la por outro meio ou quando inevitavelmente viria a ser descoberta, o reconhecimento fotográfico mal feito e que resultou em uma prova ilegal não se encaixa nos cenários de mitigação.

A deflagração da ação penal no caso de Luiz Carlos necessariamente deveria fazer com que a *fruits of the poisonous tree* obstasse uma possível condenação, pois os atos da instrução decorreriam dos atos praticados no inquérito. Como o único indício de autoria não foi idôneo para sequer indiciá-lo, muito menos o seria para acusação e posterior condenação, sob pena de

abuso da discricionariedade do juiz ao condenar. O jurista Lenio Streck, em coluna⁵⁵ de junho de 2023, escreveu que:

“[...] esta Constituição não permite ao magistrado – nem a ninguém – ir além do que o Poder Constituinte disse. Não há como se transformar a formalidade exigida pela lei em informalidade transmitida por juízes. Novamente por uma singela razão: a Constituição não nos permite esta informalidade, ainda mais para privar alguém de sua liberdade de ir e vir.”

Portanto, através da análise do caso, comparando-o aos estudos sobre as provas e suas considerações epistêmicas e constitucionais tendo como ponto de partida o reconhecimento fotográfico na sistemática brasileira, é gritante a necessidade de ser revisto o comportamento dos órgãos e agentes institucionais. As garantias não são direitos abstratos, mas direitos exigíveis e compatíveis com a justiça estabelecida pela ordem brasileira em 88.

⁵⁵ Disponível em: <https://www.metropoles.com/blog-do-noblat/artigos/o-que-espalha-medo-no-brasil-e-o-direito-4-0-por-lenio-streck>

CONCLUSÃO

A partir da perspectiva do Estado Democrático de Direito, determinado pela Constituição de 1988, é possível reinterpretar normas anteriores à promulgação da Carta de modo a adequá-las ao caráter social e garantista estabelecido.

No âmbito do Processo Penal a adequação do Código se fez necessária para que o modelo acusatório do processo passasse a incidir no sistema criminal como um todo, que deve englobar todas as fases e procedimentos previstos em lei. O acusatório é caracterizado como garantidor de direitos e princípios fundamentais, separação das atividades dos órgãos processuais e assim limitar a arbitrariedade e respeitar a presunção de inocência.

O problema é a consagração de institutos e regras que na prática acabam se opondo ao modelo constitucional e fazem com que as raízes inquisitórias prevaleçam em alguns casos. É o que ocorre com o reconhecimento fotográfico.

Conforme este trabalho buscou verificar, o reconhecimento fotográfico, como procedimento não previsto expressamente na lei, é feito de forma análoga ao reconhecimento de pessoas e coisas e acaba sendo feito sem observância dos direitos e garantias fundamentais.

Isso se dá em razão de, ainda na fase de inquérito policial, as autoridades procederem ao reconhecimento desrespeitando o disposto no artigo 226 do CPP, ao apresentarem álbum de suspeitos confeccionado sem qualquer controle prévio, violando a cadeia de custódia, ou ao indicarem uma única foto à testemunha. Assim, a racionalidade da prova colhida é questionável, pois podem ocorrer fenômenos como as falsas memórias, pois a vítima pode ser induzida a erro.

A investigação preliminar, como fase marcada por mitigar o contraditório, a ampla defesa e as garantias em geral, deveria, em razão desse fato, observar ainda mais atentamente a imposição legal quanto ao reconhecimento, pois os atos praticados neste momento são aptos a gerar medidas cautelares gravosas, como a prisão preventiva. Tais atos também são, muitas vezes, usados nas decisões para embasar condenações, como visto nos acórdãos citados.

A epistemologia jurídica surge como alternativa para controlar a racionalidade da prova ao estender para além do direito as formas de verificar a inferência probatória de uma

hipóteses. No procedimento sob análise, averiguar a probabilidade fática do apontamento ser verdadeiro é imprescindível para a segurança jurídica do processo e do indivíduo apontado, de modo a evitar a injustiça epistêmica.

A prova obtida por esse meio é irrepetível, pois há variáveis que influenciam no relato da vítima e no depoimento em juízo. Logo, quando colhida arbitrariamente, a prova se torna ilícita e contamina os atos posteriores que dela derivam, não devendo ser aceita e sequer mencionada nas decisões nem mesmo sob o argumento da condenação para além de qualquer dúvida razoável, pois a discricionariedade do juiz se limita aos elementos obtidos legalmente e que sejam idôneos.

O cenário criminal brasileiro é marcado pela desigualdade social e racial, na medida em que a maior parte da população carcerária é negra e que os indivíduos são selecionados pelas autoridades de acordo com a cor da pele e posição na sociedade. Sobre a interferência do cenário socioeconômico na Criminologia e no sistema penal, de acordo com Vera Malaguti:

“Se a política não tem como reduzir a violência que o modelo socioeconômico produz, ela precisa mais do que um discurso, precisa de um espetáculo. E é nessa policização da política que a vítima (preferencialmente a rica e branca) vai para o centro do palco, é ela que vai produzir as identificações necessárias para a inculcação de uma subjetividade punitiva.”⁵⁶

O caso de Luiz Carlos Justino demonstrou como foram desobedecidas as regras constitucionais e como a epistemologia judicial na fase preliminar teria evitado uma prisão injusta. O depoimento do ofendido foi genérico quanto às características dos autores do fato e, ainda assim, foi aceito o apontamento ao retrato como idôneo a ensejar o decreto prisional. A abordagem policial se deu sem qualquer justificativa, pois estava retornando de apresentação musical, o que demonstra o fator racial como determinante da atuação da polícia.

A presença de um juiz das garantias na investigação serviria de aparato judicial de controle de legalidade dos atos praticados, tendo em vista a relativização dos direitos do investigado, o que poderia obstar que provas irracionais embasassem mandados de prisões e até mesmo acusações.

⁵⁶ BATISTA, Vera Malagiti. Introdução Crítica à criminologia brasileira. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

Ainda que o Conselho Nacional de Justiça tenha editado regulamento específico para a causa e que as Cortes superiores estejam dando atenção à questão e decidindo pela nulidade de reconhecimentos por foto realizados sob circunstâncias ilegais, o sistema seletivo e racista deve ser modificado para que a Constituição seja efetivada. O processo epistêmico se adequa às normas constitucionais, sendo uma maneira de garantir os direitos fundamentais através da racionalização.

Diante do analisado, verifica-se que o reconhecimento fotográfico no Brasil não condiz com o sistema acusatório e garantista estabelecido pela ordem constitucional, pois a atuação das instituições não limita a mitigação aos direitos fundamentais e considera o procedimento como válido ainda que sem a devida racionalidade e legitimidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Silvio. **Racismo estrutural**. São Paulo: Janaína, 2019.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da prova: standards de prova e os critérios de solidez da inferência probatória**. Revista de Processo. 2018.

BADARÓ, Gustavo. **Epistemologia Judiciária e Prova Penal** / Gustavo Henrique Badaró. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal** / Gustavo Henrique Badaró. - 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Vera Malagiti. **Introdução Crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução Paulo M. Oliveira - Ed. especial - Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. (Saraiva de Bolso).

CECCONELLO, W. W., & STEIN, M. L. **Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos**. *Avances en Psicología Latinoamericana*, 38(1), 172-188. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/apl/a.6471>.

Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Memorial da ADI nº 6298**. Brasília - DF. 24/05/2023. Disponível em: <https://s.oab.org.br/arquivos/2023/05/c436fe9f-8451-44f6-bfb9-19c5f8c7b3fd.pdf>.

DALLA, Humberto. **A Releitura do Princípio do Acesso à Justiça e o Necessário Redimensionamento da Intervenção Judicial na Resolução dos Conflitos na Contemporaneidade**. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, p. 241-271, set.-dez., 2019

DAVIS, Angela. **Estarão as prisões Obsoletas?** - 1ª ed – Rio de Janeiro: Difel, 2018.

DE CARVALHO, Salo. **Antimanual de Criminologia**. 2ª Edição. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério** / Ronald Dworkin; tradução e notas Nelson Boeira. - São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3 ed. rev. e ampl.

FERRAJOLI, Luigi. **Dos Modelos de Constitucionalismo**. Madrid: Trotta, 2013.

FERRER BELTRÁN, Jordi. **Uma concepção minimalista e garantista da presunção de inocência.** Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 149-182, jan.-abr. 2018.

FRICKER, Miranda. *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing.* 2007.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro) - Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover.** DPJ Editora, São Paulo. 2005.

KUHN, Thomas. **A Estrutura das Revoluções Científicas.** 5ª Edição. - São Paulo: Editora Perspectiva.

<https://g1.globo.com/ce/ceara/noticia/2022/01/07/astro-do-cinema-michael-b-jordan-aparece-em-lista-de-procurados-pela-policia-do-ceara.ghtml>.

<https://oglobo.globo.com/rio/parentes-amigos-dizem-que-violoncelista-foi-presos-por-engano-em-niteroi-nossa-familia-esta-destruida-24623943>.

<https://www.metropoles.com/blog-do-noblat/artigos/o-que-espalha-medo-no-brasil-e-o-direito-4-0-por-lenio-streck>.

<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/10052023-STJ-ve-falha-grave-em-reconhecimento-fotografico-e-manda-soltar-porteiro-acusado-em-62-processos.aspx>.

<https://www.thefreelibrary.com/No+justice%2c+no+peace%3b+an+interview+with+Jerome+Miller.-a014713826>.

LISZT, Von. **Tratado de Direito Penal Alemão.** Tradução de J. Hygino. Rio de Janeiro: Ed. Briguiet.

LOPES JR., Aury. **A crise do inquérito policial: breve análise dos sistemas de investigação preliminar no processo penal.** Disponível em:

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDP_04_39.pdf.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal / Aury Lopes Junir.** - 17. Ed. - São Paulo: Saraiva Educação 2020.

LOPES JR., Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal.** Editora Lumen Juris. 1ª ed, 2001.

MACHADO, Leonardo. **A investigação criminal exige base epistemológica e fundamento democrático.** Conjur, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-07/academia-policia-investigacao-criminal-exige-base-epistemologica-democratica>.

MARCONDES, Machado Leonardo; CECCONELLO, Willian. **É necessário rever as técnicas de investigação decorrentes da memória humana.** Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2020-mar-24/academia-policial-necessario-rever-investigacao-decorrente-memoria-humana>.

MASCARENHAS, Marcella. **Presunção de Inocência, Standards de Prova e Racionalidade das Decisões sobre os Fatos no Processo Penal**. 2018, Crise no Processo Penal Contemporâneo: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988.

MATIDA, Janaina. **Novos rumos do reconhecimento de pessoas: contribuições do CNJ**. Conjur. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-ago-12/limite-penal-novos-rumos-reconhecimento-pessoas>.

MATIDA, Janaina; CECCONELLO, Willian. **Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência**. Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 7, n. 1, p. 409-440, jan.-abr. 2021.

MATIDA, Janaina; HERDY, Rachel. **As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos**. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº73, jul/set. 2019.

MATIDA, J; MOSCATELLI, L. **A construção de uma investigação preliminar epistêmica**. Conjur, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-14/limite-penal-construcao-investigacao-preliminar-epistemica>.

MATIDA, Janaina; VIEIRA, Antonio. **Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do sistema de standard de prova "para além de toda a dúvida razoável" no processo penal brasileiro**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. 2019.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **A teoria dos jogos aplicada ao Processo Penal**. Ed. Letras e Conceitos, Lda. Mark Press Brasil. 2ª Ed. 2015.

Murray v. United States, 487 U.S. 533 (1988) e Nix v. Williams, 467 U.S. 431 (1984).

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. 1. ed, - São Paulo: Marcial Pons. 2014.

Silverthorne Lumber Co., Inc. v. United States, 251 U.S. 385 (1920).

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

STF, ADIn's n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, Rel. Min. Luiz Fux.

STF, HC 90.376/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, j. 03/04/2007.

STJ, HC 769.783/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 10/05/2023, DJe 16/05/2023.

STJ, AgRg no HC 674893/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 04/09/2021, DJe 20/09/2021.

STJ, AgRg no HC 669.563/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 01/06/2021, DJe 08/06/2021.

STJ, HC nº 598.886, Rel. Min. Rogerio Schiatti Cruz, j. 27/10/2020, DJe 18/12/2020

STJ, HC nº 668.385, Rel. Min. Rogerio Schiatti Cruz, j. 24/08/2021, DJe 30/08/21.

TARUFFO, Michele. **La Prueba**. MARCIAL PONS EDICIONES JURIDICAS Y SOCIALES, S.A. Madrid. 2008.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Ed. Trotta. Madrid. 2011

TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e Verdade**. 1. ed. São Paulo, 2020.

TAVARES, Juarez. **Crime: crença e realidade**. - Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2021.

TJ RJ. Processo nº 0021082-75.2020.8.19.0004. Juiz: André Luiz Nicolitt. São Gonçalo/RJ. DJE: 06/09/2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, 1940 - **O inimigo no direito penal** / E. Raúl Zaffaroni. Tradução de Sérgio Lamarão - Rio de Janeiro, 2ª edição junho de 2007.