

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

**RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO EM PROCESSOS CRIMINAIS: O
CONTROLE EPISTÊMICO E O RACISMO ESTRUTURAL EM ANÁLISE**

HUGO SENNA DA COSTA

RIO DE JANEIRO

2023

HUGO SENNA DA COSTA

RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO EM PROCESSOS CRIMINAIS: O CONTROLE
EPISTÊMICO E O RACISMO ESTRUTURAL EM ANÁLISE

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Antônio Eduardo Ramires Santoro.

RIO DE JANEIRO

2023

CIP - Catalogação na Publicação

S478r Senna da Costa, Hugo
Reconhecimento Fotográfico em Processos
Criminais: O Controle Epistêmico e o Racismo
Estrutural em Análise / Hugo Senna da Costa. --
Rio de Janeiro, 2023.
51 f.

Orientador: Antonio Eduardo Ramires Santoro.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2023.

1. Reconhecimento Fotográfico. 2. Controle
Epistemológico. 3. Racismo. 4. Meio de Prova. 5.
Seletividade penal. I. Eduardo Ramires Santoro,
Antonio, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos
pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de começar agradecendo em primeiro lugar a Deus, por ser aquele que me auxilia e me guia em cada fase da minha vida, sem a sua ajuda e presença não estaria aqui hoje, concluindo mais uma etapa de muitas que ainda virão. Toda honra e glória sejam dadas a Ele!

Agradeço a minha família e esposa por todo suporte, apoio e incentivo ao longo dessa caminhada. Cada um deles foi de extrema importância durante a minha graduação, através de conselhos, palavras, gestos de carinho e amor, que fazem toda diferença nesse percurso, me possibilitando avançar e alcançar o objetivo final da tão sonhada formatura.

Sou muito grato pela oportunidade de ter estudado numa das melhores Universidades do país, na qual tive acesso ao conhecimento e me desenvolvi como profissional e ser humano. Agradeço a cada professor que contribuiu e fez parte da minha jornada até aqui, e aos amigos que fiz ao longo desse tempo.

Muitas provas, trabalhos e horas de estudo foram gastas, mas creio que tudo isso foi necessário e colaborou para o meu crescimento. Espero um dia poder retribuir tudo aquilo que aprendi e adquiri durante esse período de tanto aprendizado, a fim de que mais pessoas possam ter acesso à educação de qualidade e a oportunidade de realizar seus sonhos.

RESUMO

O presente estudo pretende compreender e analisar o reconhecimento fotográfico como meio de prova em processos criminais e será abordado de acordo com a perspectiva da legislação nacional. Buscará a partir de doutrinas e artigos científicos, bem como por meio de decisões judiciais, identificar a relação existente entre os procedimentos adotados e o racismo estrutural presente na sociedade e no ordenamento jurídico, analisando a importância do controle epistêmico na produção probatória. Diante disso, procura-se verificar como esse meio de prova produz uma realidade na qual se reforça uma estrutura preconceituosa, visando responder de que forma a falta de regulamentação ou a fragilidade desse procedimento altamente dependente da memória humana dificulta a plena aplicação dos direitos fundamentais e constitucionais. Ressalta-se, portanto, a relevância do estudo e do debate, que está na possibilidade de desenvolver um sistema mais efetivo, alterando esse modelo comprovadamente questionável e discriminatório, a fim de possibilitar um alcance mais justo na busca pela verdade na resolução de crimes na persecução penal.

PALAVRAS-CHAVES: Reconhecimento fotográfico; Meio de prova; Produção probatória; Controle epistêmico; Racismo estrutural; Seletividade penal.

ABSTRACT

This study aims to understand and analyze photographic recognition as evidence in criminal proceedings and will be approached from the perspective of national legislation. It will seek from doctrines and scientific articles, as well as through judicial decisions, to identify the relationship between the procedures adopted and the structural racism present in society and in the legal system, analyzing the importance of epistemic control in the production of evidence. Therefore, we intend to verify how this means of proof produces a reality in which a prejudiced structure is reinforced, aiming to answer how the lack of regulation or the fragility of this procedure highly dependent on human memory hinders the full application of fundamental and constitutional rights. Therefore, the relevance of the study and the debate is emphasized, which lies in the possibility of developing a more effective system, changing this demonstrably questionable and discriminatory model, in order to enable a fairer reach in the search for the truth in the resolution of crimes in the criminal prosecution.

KEYWORDS: Photographic recognition; Means of proof; Evidence production; Epistemic Control; Structural Racism; Penal selectivity.

LISTA DE ABREVIATURAS

CPP	CÓDIGO DE PROCESSO PENAL
CRFB	CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
HC	HABEAS CORPUS
RHC	RECURSO EM HABEAS CORPUS
STJ	SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
STF	SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
TJRJ	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
Modelo metodológico.....	11
1 RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO COMO MEIO DE PROVA.....	12
1.1 Considerações gerais.....	12
1.2 Natureza jurídica.....	14
1.3 Jurisprudencia.....	17
2 CONTROLE EPISTÊMICO NA PRODUÇÃO DAS PROVAS.....	25
2.1 Epistemologia da prova.....	25
2.2 Contexto do Reconhecimento Fotográfico.....	28
2.3 Memória Humana.....	34
3 QUESTÃO RACIAL.....	38
3.1 Base histórica do sistema penal brasileiro.....	38
3.2 O racismo estrutural e a seletividade penal.....	40
3.3 Projeto de Lei 676/21.....	44
CONCLUSÃO.....	46
REFERÊNCIAS.....	48

INTRODUÇÃO

Ao dissertar sobre o reconhecimento de pessoas é imperioso destacar a figura do reconhecimento fotográfico, sendo este um instrumento que tem ganhado protagonismo no cenário probatório aplicado ao sistema criminal brasileiro.

O código de processo penal (CPP) trata do tema da seguinte forma:

Art. 226, CPP. 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. (BRASIL, [1941]).¹

Previsto no art. 226 do CPP, o reconhecimento de pessoas é um instrumento comumente utilizado na persecução penal, possuindo considerável relevância para solução dos crimes investigados. O artigo determina alguns requisitos que devem ser obedecidos, estabelecendo formalidades consideradas essenciais, que caso não sejam cumpridas ensejam a nulidade do ato.

No entanto, importante salientar que na *praxis forense*, embora não esteja previsto em lei, depara-se mais com a utilização do reconhecimento fotográfico, sendo considerado um meio infalível para obtenção do suposto autor do crime. Observa-se que apesar de ser um meio atípico, ele não é proibido, portanto, percebe-se que o problema não está na ilicitude do ato, mas em compreender quais são os fundamentos adotados para a construção desse método (epistemológico), constituindo esse o maior desafio.

Com efeito, apresenta-se a necessidade manifesta do debate sobre o controle epistêmico na produção probatória, bem como isso importa na sua valoração. Considerando a prova como instrumento que exerce grande influência epistêmica no processo, auxiliando na reconstrução histórica dos fatos, evidencia-se os limites impostos pela busca da verdade e a necessária

¹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Código de Processo Penal. Brasília, Presidência da República, [1941].

abordagem do método racional ao determinar-se os fatos narrados, interpretando os critérios e os instrumentos utilizados pelo julgador ao tomar suas decisões.

Isso posto, torna-se notório os obstáculos que rodeiam esse meio de prova, ilustrado, por exemplo, pela fragilidade da memória humana, a qual se encontra submetida a inúmeros fatores externos que demonstram o risco dos falsos registros, comprovados empiricamente.

Nesse aspecto, é comum existirem pessoas que dizem lembrar de toda cena, com precisão de detalhes, e afirmam ter um elevado grau de certeza em relação ao fato que descrevem ou as características físicas do investigado. Entretanto, essa prática não é constatada na realidade, tendo em vista a memória humana não conseguir armazenar de forma exata todas os fatos vividos, sendo considerada degradável, flexível e maleável² (MATIDA; CECCONELLO, 2021). Dessa forma, o grau de veracidade das informações que são registradas não deveria ser entendido como infalível e um meio único de colocar pessoas em condição de restrição de direitos e liberdades.

Além disso, imprescindível destacar o racismo estrutural e institucional presente na sociedade, bem como isso reflete no sistema de justiça como um todo – alcançando órgãos do Poder Judiciário, Ministério Público, Polícia - gerando obstáculos para quem exerce a defesa de acusados e, por conseguinte, causando embaraços a efetiva tutela jurisdicional. Nesse contexto, é costumeiro os relatos de pessoas que são induzidas por um enredo falacioso e por um racismo arraigado, sendo flagrantemente observado através dos depoimentos das vítimas, que sujeitas a grande pressão emocional são facilmente induzidas ao erro, ensejando, infelizmente, em reconhecimentos deturpados da realidade em relação a pessoas que até que se prove o contrário deveriam ser consideradas inocentes. O que se busca, no entanto, não é desvalorizar ou amordaçar a voz da vítima, mas garantir um meio justo e eficaz que possibilite a obtenção da verdade através de um processo confiável.

Não obstante possam ser feitos de forma “honestas”, isto é, embora não possuam a real intenção de mentir, os registros feitos, muitas vezes promovem a injustiça criminal e a seletividade penal, atingindo em grande número a parcela negra da população. Sendo assim, revela-se como esse quadro legitima a prática racista e como isso auxilia na perpetuação desse

² MATIDA, Janaina; CECCONELLO, William W. Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 7, n. 1, p. 409-440, jan./abr. 2021.

fenômeno estrutural, o qual deveria ser mitigado e combatido por todos os Poderes, sobretudo daqueles que deveriam promover a justiça.

A partir do cenário apresentado, demonstra-se com base na legislação e no contexto brasileiro, como ocorre a aplicação do reconhecimento fotográfico, indicando na prática a exata condição e o grau de fiabilidade desse procedimento adotado como meio de prova, retratando as suas implicações na esfera processual, bem como no âmbito externo ou extrajudicial, permitindo compreender qual a real necessidade de sua reformulação e o cuidado que se deve ter no seu uso, a fim de que os mecanismos utilizados na busca pela elucidação e obtenção de respostas indiquem as verdades de cada fato investigado, para que assim se garanta os direitos fundamentais e constitucionais, precipuamente da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana.

Modelo Metodológico

O recurso metodológico a ser utilizado nesta monografia é o do tipo pesquisa exploratória documental e, por conseguinte, tem-se como objetivo analisar artigos científicos, livros, textos doutrinários e legislativos, sites, dissertações e outras fontes de dados que se relacionam com direitos humanos, fundamentais e constitucionais. Além disso, será realizada análise de precedentes e decisões judiciais disponibilizados por órgãos públicos.

1 RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO COMO MEIO DE PROVA

1.1 Considerações gerais

Para melhor compreensão do tema abordado, faz-se mister destacar o conceito de prova no processo penal. A princípio, sem pormenorizar, a prova pode ser compreendida como todo elemento pelo qual se procura mostrar a existência e a veracidade de um fato, tendo como objetivo principal influenciar no convencimento do julgador³ (CARDOSO, 2023).

Segundo ensina o eminente doutrinador Aury Lopes Júnior (2020), importante assimilar que as provas são um meio para que se consiga proporcionar a reconstrução histórica de um fato alegado⁴ (LOPES JUNIOR, 2020), exercendo, portanto, uma função epistêmica no processo. Dessa maneira, poderá se chegar a formação de um convencimento ao permitir que o juiz realize sua atividade recognitiva, cumprindo a prova, dessarte, um papel persuasivo. Contudo, conforme defendido pelo autor, essa suposta verdade não pode ser considerada absoluta, tendo em vista que o conhecimento do que seria integralmente verdadeiro é limitado, segundo o seu entendimento isso seria algo utópico, concluindo criticamente que a busca pela verdade real (material) no processo penal seria infundada, porquanto herdada do sistema inquisitivo, capaz de ensejar decisões arbitrárias.

De acordo com o posicionamento de Gustavo Badaró, a verdade deve ser vista como relativa, ao demonstrar que o alcance de uma verdade pura ou absoluta seria inatingível, podendo ser entendida da seguinte maneira:

A ‘verdade’ atingida no processo – e também fora dele – nada mais é do que um elevado ou elevadíssimo grau de probabilidade de que o fato tenha ocorrido como as provas demonstram. Por outro lado, a certeza, enquanto aspecto subjetivo da verdade, também é relativa. O juiz tem certeza de um fato, quando acredita que o seu convencimento é verdadeiro. Todavia, esse acreditar é fundado em uma verificação⁵ (BADARÓ, 2012, p.)

A partir disso, cabe ilustrar a definição do professor Guilherme de Souza Nucci, o qual prescreve o conceito de prova por meio de três concepções distintas:

³ CARDOSO, Flavio. **Meios de prova**. Brasília: STF, 2023.

⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

O termo prova origina-se do latim – probatio –, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo provar – probare –, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar.” Há, fundamentalmente, três sentidos para o termo prova: a) ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex.: fase probatória); b) meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato. Neste último senso, pode dizer o juiz, ao chegar à sentença: “Fez-se prova de que o réu é autor do crime”. Portanto, é o clímax do processo. Segundo Antonio Magalhães Gomes Filho, os dois primeiros sentidos dizem respeito à ótica objetiva, enquanto o terceiro refere-se à ótica subjetiva, decorrente da atividade probatória desenvolvida. (NUCCI, 2020, p. 33-34)⁶.

Diante da apresentação dos conceitos ora correlacionados, observa-se a relevância das provas no sistema processual penal, sendo esta indeclinável na atuação do Estado-Juiz, que tem o poder-dever de punir o suposto autor da prática de um delito, embora não possa deixar de observar os princípios fundamentais existentes. Desse modo, compreende-se que aquilo que for entendido como provado irá contribuir para formação da convicção do julgador na análise de uma possível condenação ou absolvição, devendo a prova ser analisada de forma cuidadosa, para que o resultado seja a prolação de decisões justas e compatíveis com os princípios norteadores da persecução penal no Estado Democrático de Direito.

Com efeito, verifica-se que na aplicação de uma pena deve ser obedecido os princípios do devido processo legal e do contraditório e da ampla defesa, conforme preceitua a Constituição Federal no Art. 5º, nos incisos LIV e LV (BRASIL, [2020])⁷. Dessa maneira, cumpre realçar o que aduz a Carta Magna brasileira no art. 93, inciso IX, ao delimitar que toda decisão deve ser fundamentada e motivada, sob pena de nulidade. Consoante ensina Aury Lopes: “é crucial que a fundamentação seja construída a partir dos atos de prova, devidamente submetidos a jurisdicionalidade e o contraditório”⁸, o que por si só demonstra a importância da fase de produção probatória dentro do contexto processual penal.

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

⁷ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, Presidência da República, [2020].

⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

1.2 Natureza jurídica

Importante salientar a classificação do reconhecimento fotográfico como meio de prova. Esse termo na verdade consiste em um instrumento ou uma atividade exercida para retirar informações da fonte de prova, que nada mais são do que coisas/objetos (documentos em sentido amplo) ou pessoas (vítima, testemunha, perito, etc) que possuem informação para dar, isto é, das quais pode-se extrair elementos de prova. Além do mais, esse instrumento possui em regra o caráter endoprocessual como característica, ou seja, são produzidos no curso do processo sendo assegurados os princípios do contraditório e da ampla defesa, o que, todavia, não é a realidade do procedimento fotográfico.

Conforme destacado por Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, meios de provas são:

São instrumentos processuais disponíveis para a produção da prova em procedimento contraditório, podendo ser denominada de meio de prova de primeiro grau, na medida em que se destinam a produção da prova de maneira imediata e em sentido estrito, exigindo sua inserção no processo de linguagem com ele compatível. São endoprocessuais, só existindo no processo, naturalmente conduzido por magistrado. A prova se considera produzida quando vertida em linguagem adequada e carreada ao processo. Por exemplo: para se comprovar uma lesão corporal, a parte pode dispor de mais de um meio, tais como a prova pericial, a prova testemunhal, a fotografia ou a imagem digitalizada. (TÁVORA; ALENCAR, p. 629)⁹.

Desse modo, consoante ministra o professor Aury Lopes Junior, o meio de prova “é o meio através do qual se oferece ao juiz meios de conhecimento, de formação da história do crime, cujos resultados probatórios podem ser utilizados diretamente na decisão” (LOPES JUNIOR, 2016, p. 366)¹⁰. Logo, constata-se que através do seu uso torna-se possível alcançar a reconstrução do fato delituoso investigado, ensejando a produção de provas que fundamentarão decisões futuras.

No entanto, não se confunde com os chamados meios de obtenção de prova, os quais, em regra, são extraprocessuais, como, por exemplo, a interceptação telefônica e a busca e apreensão, os quais devido a sua natureza, tendo como fator essencial o elemento surpresa, não

⁹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

¹⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

permitem a concretização do contraditório e ampla defesa, devendo, por isso, serem autorizados judicialmente para que possam ser considerados válidos.

Quanto a esse meio, observa-se a explanação de Renato Brasileiro de Lima, o qual dispõe da seguinte maneira:

[...] os meios de investigação da prova (ou de obtenção da prova) referem-se a certos procedimentos (em regra, extraprocessuais) regulados por lei, com o objetivo de conseguir provas materiais, e que podem ser realizados por outros funcionários que não o juiz (v.g., policiais). No Código de Processo Penal, apesar de inserida entre os meios de prova, a busca pessoal ou domiciliar deve ser compreendida como meio de investigação, haja vista que seu objetivo não é a obtenção de elementos de prova, mas sim de fontes materiais de prova. Exemplificando, se de uma busca domiciliar determinada pelo juiz resultar a apreensão de determinado documento, este sim funcionará como meio de prova, uma vez juntado aos autos do processo. Outros exemplos de meios de investigação são as interceptações telefônicas, reguladas pela Lei nº 9.296/96, bem como a infiltração de agentes, prevista tanto na Lei nº 11.343/06 (art. 53, inciso I), quanto na Lei nº 12.850/13 (arts. 10 a 14). Pelo menos em regra, devem ser produzidos sem prévia comunicação à parte contrária, funcionando a surpresa como importante traço peculiar, sem a qual seria inviável a obtenção das fontes de prova. (LIMA, 2020, p. 662)¹¹.

Torna-se evidente a diferença entre os dois instrumentos citados, enquanto o primeiro pode ser considerado como a prova em si, o segundo, como uma pesquisa ou meio de investigação, encontra caminhos que conduzem ao elemento de prova, ou seja, não são por si só fontes de conhecimento, de acordo com Badaró (2012, p. 270): “são instrumentos para a colheita de elementos ou fontes de provas, estes, sim, aptos a convencer o julgador (p. ex.: um extrato bancário – documento – encontrado em uma busca e apreensão domiciliar; interceptações telefônicas, interceptação ambiental)”¹². Nesse aspecto, tal distinção surge como fator preponderante quando se apresentam irregularidades nos diferentes instrumentos, sendo de grande importância, uma vez que indica as consequências que poderão incidir no processo durante o momento de sua produção. Posto isso, em caso de irregularidade nos meios de prova, o resultado será a nulidade da informação probatória, ao passo que, caso apurada nos meios de investigação, conduzirá, em regra, à inadmissão do elemento no processo, tendo em vista a

¹¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

¹² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012.

violação de regras associadas à sua obtenção, isto é, por meios ilícitos (GOMES FILHO, 2005)¹³, conforme preceitua o art. 5º, inciso LVI, da CRFB (BRASIL, [2020])¹⁴.

Diante do quadro apresentado, compreende-se que os meios de prova são de grande valia para o andamento do processo, afim de que se obtenha informações probatórias que serão valoradas pelo juiz, sendo o reconhecimento fotográfico comumente utilizado como um desses mecanismos no âmbito do sistema acusatório. Contudo, imperioso frisar que esse procedimento não se encontra consubstancializado em lei, não sendo considerado ilícito por si só, o que permite sua aplicação tendo em vista a inexistência de qualquer restrição legal, uma vez que os meios de prova positivados pelo legislador não são considerados exaustivos.

Devido a sua natureza atípica, portanto, considerado uma espécie inominada, o reconhecimento fotográfico deve seguir o rito do art. 226 do CPP (Código de Processo Penal), que disciplina sobre o reconhecimento de pessoas, uma vez que não há regulamentação para esse meio de prova. De acordo com Renato Brasileiro de Lima, pode ser definido da seguinte forma:

trata-se de meio de prova por meio do qual alguém identifica uma pessoa ou coisa que lhe é mostrada com pessoa ou coisa que já havia visto, ou que já conhecia, em ato processual já praticado perante a autoridade policial ou judiciária, segundo o procedimento previsto em lei. (LIMA, 2020, p. 787)¹⁵.

Assim sendo, nota-se que o reconhecimento fotográfico no Brasil é identificado como prova inominada, sendo admitido na instrução processual penal. No entanto, não pode ser considerado como um meio altamente confiável em virtude da sua natureza, considerando as nítidas dificuldades de correspondência entre uma fotografia e uma pessoa, o que revela sua fiabilidade questionável.

¹³ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (org.). **Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005.

¹⁴ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, Presidência da República, [2020].

¹⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

1.3 Jurisprudência

A análise do posicionamento adotado pela jurisprudência quanto a aplicação desse instrumento fotográfico mostra-se pertinente. Conforme dito anteriormente, deve ser seguido o mesmo procedimento previsto no art. 226 do CPP para o reconhecimento de pessoas presencial. Contudo, a orientação dada quanto a observância dos parâmetros legais exigidos pelo respectivo artigo não era um assunto pacífico.

O grande cerne envolvendo a questão era a obrigatoriedade dos ritos disciplinados pelo art.226. Nesse aspecto, uma das principais controvérsias envolvia o inciso II, qual seja, “se possível, ao lado de outras (pessoas) que com ela tiverem qualquer semelhança”. Essa frase, assim como todo rol do referido artigo, era compreendida pela maioria da jurisprudência apenas como uma sugestão do legislador. No STJ e demais tribunais, prevalecia a tese de que o procedimento não seria obrigatório, ou seja, era considerado apenas como uma recomendação as autoridades competentes e não uma regra indispensável, que pudesse vincular a atuação dos agentes estatais.

Em contraponto a posição adotada pelos Tribunais, o professor Guilherme de Souza Nucci argumentava no sentido de que a expressão “se possível”, deveria ser entendida como referência a possibilidade de se colocarem pessoas parecidas com aquela que deve ser reconhecida, e não com a hipótese de várias pessoas dispostas juntas, uma ao lado da outra (NUCCI, 2020)¹⁶.

Nessa perspectiva, cabe destacar, ainda, o ensinamento de Aury Lopes Jr, ao afirmar que as opções traçadas pelo CPP no art. 226 não podem ser consideradas formalidades inúteis, de outro modo:

Trata-se de uma prova cuja forma de produção está estritamente definida e, partindo da premissa de que – em matéria processual penal – forma é garantia, não há espaço para informalidades judiciais. Infelizmente, prática bastante comum na praxe forense consiste em fazer 'reconhecimentos informais', admitidos em nome do princípio do livre convencimento motivado. (LOPES JUNIOR, 2017, p. 488)¹⁷.

¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

¹⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

O autor defende que as previsões exaradas pelo art. 226 devem ser respeitadas e caso fossem violadas motivariam a nulidade do meio de prova. Desse modo, segundo as lições do professor, eventual simplificação ou descaso desse rito processual implicaria em um menosprezo à formalidade do ato probatório, ensejando ações arbitrárias que não respeitariam as regras do devido processo legal, arrolado no art. 5º, inciso LIV, da CRFB, bem como e, precipuamente, violariam o princípio *nemo tenetur se detegere*, isto é, da vedação à autoincriminação, infringindo o direito de não fazer prova contra si mesmo, disciplinado no Pacto de San Jose da Costa Rica, Artigo 8º, alínea g, recepcionado pelo Brasil como Tratado Internacional de Direitos Humanos.

Passado algum tempo, essa linha de pensamento dos Tribunais Superiores sofreu grande alteração após o julgamento do HC 598.886/SC¹⁸, realizado em 27/10/2020, alinhando-se ao posicionamento da doutrina garantista e, com isso, se aproximando da realidade dos fatos vivenciados pela sociedade, tendo em vista a constatação do aumento no número de casos de prisões injustas motivadas por falhas no reconhecimento. Consoante as novas diretrizes fixadas pela 6ª (Sexta) turma do STJ no HC 598.886¹⁹, o reconhecimento fotográfico, apesar de não ser regulamentado, deve seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito. Sendo assim, devem ser integralmente cumpridas, em respeito ao determinado pelo legislador, como forma de promover o meio de prova de acordo com as regras estipuladas, sem que seja violado nenhum princípio e, conseqüentemente, seja anulado o procedimento.

Eis a ementa do referido acórdão:

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DE PESSOA REALIZADO NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. PROVA INVÁLIDA COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. RIGOR PROBATÓRIO. NECESSIDADE PARA EVITAR ERROS JUDICIÁRIOS. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto, para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal Federal (6. Turma). Habeas Corpus 598.886/SC. Habeas Corpus. Roubo majorado. Reconhecimento fotográfico de pessoa realizado na fase do inquérito policial. Inobservância do procedimento previsto no art. 226 do CPP. [...]. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 27 out. 2020.

¹⁹ Idem.

2. Segundo estudos da Psicologia moderna, são comuns as falhas e os equívocos que podem advir da memória humana e da capacidade de armazenamento de informações. Isso porque a memória pode, ao longo do tempo, se fragmentar e, por fim, se tornar inacessível para a reconstrução do fato. O valor probatório do reconhecimento, portanto, possui considerável grau de subjetivismo, a potencializar falhas e distorções do ato e, conseqüentemente, causar erros judiciários de efeitos deletérios e muitas vezes irreversíveis.

3. O reconhecimento de pessoas deve, portanto, observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se vê na condição de suspeito da prática de um crime, não se tratando, como se tem compreendido, de "mera recomendação" do legislador. Em verdade, a inobservância de tal procedimento enseja a nulidade da prova e, portanto, não pode servir de lastro para sua condenação, ainda que confirmado, em juízo, o ato realizado na fase inquisitorial, a menos que outras provas, por si mesmas, conduzam o magistrado a convencer-se acerca da autoria delitiva. Nada obsta, ressalve-se, que o juiz realize, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório.

4. O reconhecimento de pessoa por meio fotográfico é ainda mais problemático, máxime quando se realiza por simples exibição ao reconhecedor de fotos do conjecturado suspeito extraídas de álbuns policiais ou de redes sociais, já previamente selecionadas pela autoridade policial. E, mesmo quando se procura seguir, com adaptações, o procedimento indicado no Código de Processo Penal para o reconhecimento presencial, não há como ignorar que o caráter estático, a qualidade da foto, a ausência de expressões e trejeitos corporais e a quase sempre visualização apenas do busto do suspeito podem comprometer a idoneidade e a confiabilidade do ato.

5. De todo urgente, portanto, que se adote um novo rumo na compreensão dos Tribunais acerca das conseqüências da atipicidade procedimental do ato de reconhecimento formal de pessoas; não se pode mais referendar a jurisprudência que afirma se tratar de mera recomendação do legislador, o que acaba por permitir a perpetuação desse foco de erros judiciários e, conseqüentemente, de graves injustiças.

6. É de se exigir que as polícias judiciárias (civis e federal) realizem sua função investigativa comprometidas com o absoluto respeito às formalidades desse meio de prova. E ao Ministério Público cumpre o papel de fiscalizar a correta aplicação da lei penal, por ser órgão de controle externo da atividade policial e por sua ínsita função de custos legis, que deflui do desenho constitucional de suas missões, com destaque para a "defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (art. 127, caput, da Constituição da República), bem assim da sua específica função de "zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos [inclusive, é claro, dos que ele próprio exerce] [...] promovendo as medidas necessárias a sua garantia" (art. 129, II).

7. Na espécie, o reconhecimento do primeiro paciente se deu por meio fotográfico e não seguiu minimamente o roteiro normativo previsto no Código de Processo Penal. Não houve prévia descrição da pessoa a ser reconhecida e não se exibiram outras fotografias de possíveis suspeitos; ao contrário, escolheu a autoridade policial fotos de um suspeito que já cometera outros crimes, mas que absolutamente nada indicava, até então, ter qualquer ligação com o roubo investigado.

8. Sob a égide de um processo penal comprometido com os direitos e os valores positivados na Constituição da República, busca-se uma verdade processual em que a reconstrução histórica dos fatos objeto do juízo se vincula a regras precisas, que assegurem às partes um maior controle sobre a atividade jurisdicional; uma verdade, portanto, obtida de modo "processualmente admissível e válido" (Figueiredo Dias).

9. O primeiro paciente foi reconhecido por fotografia, sem nenhuma observância do procedimento legal, e não houve nenhuma outra prova produzida em seu desfavor. Ademais, as falhas e as inconsistências do suposto reconhecimento – sua altura é de 1,95 m e todos disseram que ele teria por volta de 1,70 m; estavam os assaltantes com o rosto parcialmente coberto; nada relacionado ao crime foi encontrado em seu poder e a autoridade policial nem sequer explicou como teria chegado à suspeita de que poderia ser ele um dos autores do roubo – ficam mais evidentes com as declarações

de três das vítimas em juízo, ao negarem a possibilidade de reconhecimento do acusado.

10. Sob tais condições, o ato de reconhecimento do primeiro paciente deve ser declarado absolutamente nulo, com sua consequente absolvição, ante a inexistência, como se deflui da sentença, de qualquer outra prova independente e idônea a formar o convencimento judicial sobre a autoria do crime de roubo que lhe foi imputado.

11. Quanto ao segundo paciente, teria, quando muito – conforme reconheceu o Magistrado sentenciante – emprestado o veículo usado pelos assaltantes para chegarem ao restaurante e fugirem do local do delito na posse dos objetos roubados, conduta que não pode ser tida como determinante para a prática do delito, até porque não se logrou demonstrar se efetivamente houve tal empréstimo do automóvel com a prévia ciência de seu uso ilícito por parte da dupla que cometeu o roubo. É de se lhe reconhecer, assim, a causa geral de diminuição de pena prevista no art. 29, § 1º, do Código Penal (participação de menor importância).

12. Conclusões: 1) O reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime; 2) À vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo; 3) Pode o magistrado realizar, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório, bem como pode ele se convencer da autoria delitiva a partir do exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento; 4) O reconhecimento do suspeito por simples exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo. 13. Ordem concedida, para: a) com fundamento no art. 386, VII, do CPP, absolver o paciente Vânio da Silva Gazola em relação à prática do delito objeto do Processo n. 0001199-22.2019.8.24.0075, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Tubarão – SC, ratificada a liminar anteriormente deferida, para determinar a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso; b) reconhecer a causa geral de diminuição relativa à participação de menor importância no tocante ao paciente Igor Tártari Felácio, aplicá-la no patamar de 1/6 e, por conseguinte, reduzir a sua reprimenda para 4 anos, 5 meses e 9 dias de reclusão e pagamento de 10 dias-multa. Dê-se ciência da decisão aos Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais, bem como ao Ministro da Justiça e Segurança Pública e aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, encarecendo a estes últimos que façam conhecer da decisão os responsáveis por cada unidade policial de investigação. (BRASIL, HC 598.886/SC, 2020, p. 3-6)²⁰.

Segundo o relator do Habeas Corpus, ministro Rogério Schietti Cruz²¹:

a não observância das formalidades legais para o reconhecimento – garantias mínimas para o suspeito da prática de um crime – leva à nulidade do ato, sendo urgente a adoção de uma nova compreensão dos tribunais sobre o ato de reconhecimento de pessoas, não podendo ser mais admitida a jurisprudência que considera as normas legais sobre o assunto – previstas no art. 226 do Código de Processo Penal – apenas uma ‘recomendação do legislador’, podendo ser flexibilizadas, acabando por permitir a perpetuação desse foco de erros judiciais e, conseqüentemente, de graves injustiças.

²⁰ Ibidem.

²¹ Ibidem.

Do mesmo modo, o eminente Ministro relator adverte:

Não obstante essa orientação jurisprudencial, proponho sejamos capazes de rever essa interpretação, mercê da qual se convalida, de algum modo, o reconhecimento – tanto pessoal quanto fotográfico – feito em desacordo com o modelo legal, ainda que sem valor probante pleno, e que pode estar dando lastro a condenações temerárias. Em verdade, o entendimento que se tem sufragado é o de que, havendo alguma prova que "dê validade" ao reconhecimento irregularmente produzido na fase inquisitorial, este meio de prova acaba por compor o conjunto de provas a ser avaliada pelo juiz ao sentenciar. (BRASIL, HC 598.886/SC, 2020, p. 36)²².

Dessa forma, a partir do julgamento do HC obteve-se as seguintes conclusões, as quais solidificaram um novo caminho para esse meio de prova: (i) 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; (ii) 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; (iii) 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; (iv) 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 juízo²³.

Além do mais, cumpre ressaltar que a 5ª (Quinta) Turma do STJ também tem anuído ao entendimento adotado pela 6ª Turma, conforme se extrai do HC 652.284/SC, ensejando, portanto, uma uniformização do tema, com a superação do pensamento retrógrado de que a observância do procedimento previsto no art. 226 do CPP seria apenas uma recomendação.

Diante do caso concreto, foi decidido que o reconhecimento feito na fase de inquérito, caso não observe o disposto no art. 226 do CPP, não pode ser tratado como evidência segura para determinar a autoria do delito. Ademais, definiu-se que o reconhecimento fotográfico deve

²² Ibidem.

²³ Ibidem

ser visto apenas como prova inicial, devendo ser ratificado pelo reconhecimento presencial, conforme ementa do julgado, *in verbis*:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO E PESSOAL REALIZADOS EM SEDE POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. INVALIDADE DA PROVA. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE O TEMA. AUTORIA ESTABELECIDAMENTE UNICAMENTE COM BASE EM RECONHECIMENTO EFETUADO PELA VÍTIMA. ABSOLVIÇÃO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO, DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso ou ação cabível, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus. (AgRg no HC 437.522/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/06/2018, DJe 15/06/2018)

2. A jurisprudência desta Corte vinha entendendo que "as disposições contidas no art. 226 do Código de Processo Penal configuram uma recomendação legal, e não uma exigência absoluta, não se cuidando, portanto, de nulidade quando praticado o ato processual (reconhecimento pessoal) de forma diversa da prevista em lei" (AgRg no AREsp n. 1.054.280/PE, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, DJe de 13/6/2017).

Reconhecia-se, também, que o reconhecimento do acusado por fotografia em sede policial, desde que ratificado em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, pode constituir meio idôneo de prova apto a fundamentar até mesmo uma condenação.

3. Recentemente, no entanto, a Sexta Turma desta Corte, no julgamento do HC 598.886 (Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe de 18/12/2020, revisitando o tema, propôs nova interpretação do art. 226 do CPP, para estabelecer que "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".

4. Uma reflexão aprofundada sobre o tema, com base em uma compreensão do processo penal de matiz garantista voltada para a busca da verdade real de forma mais segura e precisa, leva a concluir que, com efeito, o reconhecimento (fotográfico ou presencial) efetuado pela vítima, em sede inquisitorial, não constitui evidência segura da autoria do delito, dada a falibilidade da memória humana, que se sujeita aos efeitos tanto do esquecimento, quanto de emoções e de sugestões vindas de outras pessoas que podem gerar "falsas memórias", além da influência decorrente de fatores, como, por exemplo, o tempo em que a vítima esteve exposta ao delito e ao agressor; o trauma gerado pela gravidade do fato; o tempo decorrido entre o contato com o autor do delito e a realização do reconhecimento; as condições ambientais (tais como visibilidade do local no momento dos fatos); estereótipos culturais (como cor, classe social, sexo, etnia etc.).

5. Diante da falibilidade da memória seja da vítima seja da testemunha de um delito, tanto o reconhecimento fotográfico quanto o reconhecimento presencial de pessoas efetuado em sede inquisitorial devem seguir os procedimentos descritos no art. 226 do CPP, de maneira a assegurar a melhor acuidade possível na identificação realizada. Tendo em conta a ressalva, contida no inciso II do art. 226 do CPP, a colocação de pessoas semelhantes ao lado do suspeito será feita sempre que possível, devendo a impossibilidade ser devidamente justificada, sob pena de invalidade do ato.

6. O reconhecimento fotográfico serve como prova apenas inicial e deve ser ratificado por reconhecimento presencial, assim que possível. E, no caso de uma ou ambas as formas de reconhecimento terem sido efetuadas, em sede inquisitorial, sem a observância (parcial ou total) dos preceitos do art. 226 do CPP e sem justificativa

idônea para o descumprimento do rito processual, ainda que confirmado em juízo, o reconhecimento falho se revelará incapaz de permitir a condenação, como regra objetiva e de critério de prova, sem corroboração do restante do conjunto probatório, produzido na fase judicial.

7. Caso concreto: situação em que a autoria de crime de roubo foi imputada ao réu com base exclusivamente em reconhecimento fotográfico e pessoal efetuado pela vítima em sede policial, sem a observância dos preceitos do art. 226 do CPP, e muito embora tenha sido ratificado em juízo, não encontrou amparo em provas independentes.

Configura induzimento a uma falsa memória, o fato de ter sido o marido da vítima, que é delegado, o responsável por chegar à primeira foto do suspeito, supostamente a partir de informações colhidas de pessoas que trabalhavam na rua em que se situava a loja assaltada, sem que tais pessoas jamais tenham sido identificadas ou mesmo chamadas a testemunhar.

Revela-se impreciso o reconhecimento fotográfico com base em uma única foto apresentada à vítima de pessoa bem mais jovem e com traços fisionômicos diferentes dos do réu, tanto mais quando, no curso da instrução probatória, ficou provado que o réu havia se identificado com o nome de seu irmão.

Tampouco o reconhecimento pessoal em sede policial pode ser reputado confiável se, além de ter sido efetuado um ano depois do evento com a apresentação apenas do réu, a descrição do delito demonstra que ele durou poucos minutos, que a vítima não reteve características marcantes da fisionomia ou da compleição física do réu e teve suas lembranças influenciadas tanto pelo decurso do tempo quanto pelo trauma que afirma ter sofrido com o assalto.

8. Tendo a autoria do delito sido estabelecida com base unicamente em questionável reconhecimento fotográfico e pessoal feito pela vítima, deve o réu ser absolvido.

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para absolver o paciente. (BRASIL, HC 652.284/SC, 2021, p. 1-3)²⁴.

Por fim, o STF, semelhantemente, tem adotado a nova interpretação consagrada pelos precedentes do STJ. De acordo com o Ministro Gilmar Mendes, o reconhecimento, seja ele presencial ou fotográfico, deve observar o procedimento disciplinado no art. 226 do CPP. De outro modo, será considerado inválido e, por conseguinte, não poderá ser usado como base de prisões ou condenações.

Segundo o Ministro Gilmar Mendes, relator do Recurso Ordinário em Habeas Corpus 206.846/SP (BRASIL, RHC 206.846/SP, 2022)²⁵, a partir do cenário relatado, e tendo como base o HC 598.886, pode-se concluir três teses prospectivas sobre o tema, sendo elas: 1) O reconhecimento de pessoas, presencial ou por fotografia, 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 e para uma verificação dos fatos mais justa e precisa. 2) A inobservância do procedimento descrito na

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal Federal (5. Turma). Habeas Corpus 652.284/SC. Habeas Corpus substitutivo de recurso próprio. Roubo. Reconhecimento fotográfico e pessoal realizados em sede policial. Inobservância do procedimento previsto no art. 226 do CPP. [...]. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 27 abr. 2021.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal Federal (2. Turma). Recurso Ordinário em Habeas Corpus 206.846/SP. Recurso ordinário no habeas corpus. Conhecimento. [...]. Recorrente: Regivam Rodrigues dos Santos. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes, 22 de fevereiro de 2022.

referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita, de modo que tal elemento não poderá fundamentar eventual condenação ou decretação de prisão cautelar, mesmo se refeito e confirmado o reconhecimento em Juízo. Se declarada a irregularidade do ato, eventual condenação já proferida poderá ser mantida, se fundamentada em provas independentes e não contaminadas. 3) A realização do ato de reconhecimento pessoal carece de justificação em elementos que indiquem, ainda que em juízo de verossimilhança, a autoria do fato investigado, de modo a se vedarem medidas investigativas genéricas e arbitrárias, que potencializam erros na verificação dos fatos.

2 CONTROLE EPISTÊMICO NA PRODUÇÃO DAS PROVAS

2.1 Epistemologia da prova

Em relação ao processo, deve-se ter atenção redobrada quanto ao assunto prova, sobretudo no processo penal, em que a prova precisa ser analisada de forma cautelosa a fim de que os fatos alegados possam ser corretamente verificados, aproximando-se da realidade apresentada, possibilitando a elaboração de decisões judiciais justas e adequadas.

De acordo com o ilustre Professor Antônio Santoro, permite-se compreender como a prova possui uma essencial função epistêmica no processo, contribuindo na reconstrução histórica dos fatos e na busca pela verdade, ainda que possa ser considerada intangível a busca no seu estado puro ou absoluto. Para tanto, o autor discorre que:

[...] o Direito impõe limites por meio de decisões políticas a respeito do que deve prevalecer sobre uma busca não regulamentada pelo conhecimento. Ademais, a epistemologia da prova se ocupa da verificação da ocorrência de proposições fáticas formuladas em um processo judicial, o que se verifica pela prova produzida, o raciocínio realizado pelo juiz para a partir da prova definir se a proposição fática proposta aconteceu e a justificação apresentada pelo julgador para considerar que a proposição está demonstrada. (SANTORO, 2023, p. 232)²⁶.

Com efeito, a verdade pode ser considerada um indicador epistêmico, entretanto, conforme ensina Geraldo Prado, não seria correto definir que a verdade e a realidade são sinônimas, tendo como fundamento a epistemologia. Supor que o juiz por sua formação intelectual e experiência jurídica estaria por isso apto para descortinar a realidade é um equívoco, uma vez que a noção do real é peculiar e encontra-se fundada em estar no mundo:

O processo de responsabilização criminal, no entanto, não lida com a dimensão da realidade nestes termos. O juiz não decide sobre o que está experimentando, mas acerca de um fato que pode ou não ter ocorrido ou até mesmo pode ter ocorrido, mas não necessariamente como as partes afirmam que existiu. (PRADO, 2015, p. 22)²⁷.

Nesse sentido, faz-se mister frisar que a legitimidade de uma decisão perpassa por buscar compreender as alegações ou proposições como verdadeiras ou não, para isso demonstra-se a

²⁶ SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. **A interceptação telefônica em um processo penal democrático**. Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2023. [No prelo].

²⁷ PRADO, Geraldo. A quebra da cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; PRADO, Geraldo *et. al.* **Prova Penal: Estado Democrático de Direito**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

importância de que a determinação dos fatos seja feita a partir de um diálogo com outras ciências, capaz de proporcionar uma maior segurança na produção probatória, a fim de que se garanta uma análise justa e equilibrada, mantenedora dos direitos fundamentais positivados no nosso ordenamento jurídico e protegido pela Constituição.

Prado corrobora esse pensamento ao salientar que “a existência de uma liga entre verdade, prova e processo penal configura condição de possibilidade de um processo penal conformado aos mandamentos do estado de direito” (PRADO, 2015, p. 14)²⁸.

Observa-se, portanto, que o direito não pode se fechar e permanecer isolado em um sistema totalmente jurídico ao determinar os fatos. Deve-se prestigiar outras áreas de conhecimento que agreguem valor e contribuam para adequada produção dos meios de prova, bem como para sua correta valoração. Não se pode ignorar esse fato sob a desculpa de um livre convencimento, fundamento que muitas vezes é utilizado como legitimador de uma determinação de fatos irracional e que produzem resultados irreais, sendo totalmente incabível e retrógrado (MATIDA; NARDELLI; HERDY, 2020)²⁹.

De acordo com Susan Haack o “direito está mergulhado até o pescoço na epistemologia” (HAACK, 2014, p. 28)³⁰, essa afirmação pode ser vista na prática dentro do processo, no qual serão aplicados os princípios da racionalidade como base para a denominada epistemologia judiciária, a qual prevê uma concepção racionalista cognitivista aplicada ao direito, comprovando-se o valor dos mecanismos usados pela teoria do conhecimento.

Imprescindível realçar a epistemologia judiciária como uma aliada de grande relevância no tocante a prova judicial, uma vez que a sua dedicação principal, conforme ensina Badaró, estaria em “compreender o que é prova, como ela é estruturada e o que a faz melhor ou pior, mais forte ou mais fraca” (BADARÓ, 2019, p. 134)³¹.

²⁸ PRADO, Geraldo. Op. Cit.

²⁹ MATIDA, Janaina; NARDELLI, Marcella; HERDY, Rachel. A prova penal precisa passar por uma filtragem epistêmica. In: CONJUR. **Limite Penal**. [S. l.], 13 mar. 2020.

³⁰ Traduzido de: “Epistemology legalized; or, truth, justice, and the American way. Evidence and inquiry: a pragmatist reconstruction of epistemology” (HAACK, 2009, p. 362). HAACK, Susan. **Evidence matters**. Science, proof, and truth in the lavv. Nova York: Cambridge Un. Press, 2014.

³¹ BADARÓ, Gustavo. **Epistemologia Judiciária e Prova Penal**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

Nesse aspecto, Gustavo Badaró elucida de forma clara o objeto a ser estudado, bem como o que se procura ao aplicar a epistemologia judiciária ao processo:

O objeto da epistemologia judiciária compreende os critérios e os instrumentos usados pelo julgador tanto para a obtenção do material quanto para sua valoração, com base no qual realizará a escolha decisória.

[...]

o que se pretende com um modelo processual concebido a partir de uma epistemologia judiciária é propor um método racional de decisão sobre o juízo de fato e, com isso, ampliar as possibilidades do seu controle. Se a verdade fosse indiferente para a justiça, a atividade probatória seria uma grande inutilidade. (BADARÓ, 2019, p. 136)³².

Além do mais, no âmbito jurídico das provas, constata-se que o raciocínio auferido pelo juiz envolve a chamada inferência probatória (MATIDA; HERDY, 2019)³³, pela qual o magistrado justifica a determinação das alegações de fato apresentadas pelas partes, conferindo se estão em linha com aquilo que se pode provar. Conforme preceitua González Lagier (2013, p.75), “provar um fato consiste em mostrar que, à luz da informação que possuímos, está justificado aceitar que esse fato ocorreu”³⁴. Para o autor, o raciocínio compreende os fatos que se quer provar, as informações disponíveis e por meio da relação entre esses fatores e os indícios apresentados, resulta-se na denominada inferência probatória (SANTORO, 2023, p. 234)³⁵.

A partir disso, de acordo com a lição das autoras Matida e Herdy (2019), verifica-se que há alguns tipos de inferência probatória, as quais podem ser classificadas tendo como base o fundamento da garantia³⁶. Segundo relata o professor Antônio Santoro:

As autoras explicam que as inferências probatórias se compõem de três elementos: a hipótese fática sugerida (h); “as informações ou os meios de prova que dão suporte a tal hipótese”³⁹² (p); e a ligação que existe entre esses dois elementos (g). Essa ligação funciona como uma garantia. A garantia, explicam as autoras, “distingue-se das informações probatórias e da hipótese, atuando como uma ponte que autoriza o julgador a dar o passo inferencial das primeiras à segunda”. Assim, quando o fundamento (backing) da garantia for uma regra de experiência, estamos diante de uma inferência probatória epistêmica; quando o fundamento da garantia for uma regra jurídica, estamos diante de uma inferência probatória normativa; e quando o

³² BADARÓ, Gustavo. Op. Cit.

³³ MATIDA, Janaina; HERDY, Rachel. As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 73, p. 133-155, jul./set. 2019.

³⁴ GONZALEZ LAGIER, Daniel. Hechos y conceptos: sobre la relevancia de los conceptos para la prueba de los hechos. *In: Questio facti: ensayos sobre prueba, causalidad y accion*. México: Fontamara, 2013, p. 75-85.

³⁵ SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. **A interceptação telefônica em um processo penal democrático**. Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2023. [No prelo].

³⁶ MATIDA, Janaina; HERDY, Rachel. As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 73, p. 133-155, jul./set. 2019.

fundamento da garantia é uma regra conceitual, estamos diante de uma inferência probatória interpretativa. (SANTORO, 2023, p. 235)³⁷.

Diante de um cenário de incertezas e probabilidades que permeiam a produção da prova, faz-se necessário um referencial empírico identificável, muito bem exposto por Badaró, manifestando o papel de destaque da epistemologia como fator essencial para um processo que valoriza os mecanismos de controle:

O relacionamento entre prova e verdade se desenvolve, assim como no campo das ciências, em um âmbito de explicações probabilísticas. A probabilidade implica um campo de incertezas e, conseqüentemente, de liberdade de quem decide entre escolhas possíveis. Quem decide entre hipóteses incertas tem um poder, que será em algum grau discricionário e, portanto, não totalmente controlável. **Assim, para que essa margem de incerteza e, conseqüentemente, de discricionariedade, seja reduzida na máxima medida possível, é fundamental que a inferência probatória tenha sempre um referencial empírico identificável, que haja possibilidade de comprovação e refutação dos enunciados fáticos por meio de provas e contraprovas, e que a escolha da hipótese tida como provada seja fruto da aplicação de regras e métodos que sejam lógica e racionalmente controláveis.** Para tudo isso, a epistemologia se mostra fundamental no campo judicial.³⁸ (BADARÓ, 2019, p. 135, grifo nosso).

Em vista disso, valida-se a necessidade da chamada filtragem epistêmica, assim denominada por Matida, Nardelli e Herdy (2020)³⁹, permitindo o controle no tratamento das provas, isso sem desconsiderar o respeito as garantias processuais. O equilíbrio entre a busca pela verdade material e o devido processo legal deve ser concretizado, em que pese algumas situações de conflito aparente entre valores e direitos fundamentais, na qual a reconstrução histórica dos fatos mais próxima da realidade pode ser prejudicada em detrimento de algum princípio ou direito considerado mais importante no caso concreto, e que por isso prevalecerá, sendo merecedor da tutela.

2.2 Contexto do Reconhecimento Fotográfico

O reconhecimento de pessoas, conquanto seja uma técnica comumente utilizada no processo penal como ferramenta para identificar indivíduos suspeitos de crimes, deve ser observado de forma cautelosa pelos operadores do direito e tomadores de decisão, tendo em vista a sua complexidade e alta suscetibilidade a falhas. Mormente quando analisado sobe o

³⁷ SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. Op. Cit.

³⁸ BADARÓ, Gustavo. **Epistemologia Judiciária e Prova Penal**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

³⁹ MATIDA, Janaina; NARDELLI, Marcella; HERDY, Rachel. A prova penal precisa passar por uma filtragem epistêmica. *In: CONJUR. Limite Penal*. [S. l.], 13 mar. 2020.

prisma das fotografias, expõe uma realidade na qual evidencia-se ainda mais um elevado número de distorções em seu procedimento, devido a sua fragilidade e baixa fiabilidade, corroborando em erros judiciários que afetam e prejudicam a vida de inúmeras pessoas inocentes.

Diante disso, a produção desse meio de prova e sua valoração precisam ser feitas com reservas e com um olhar atento para o controle epistêmico, a fim de evitar decisões equivocadas. Considerando a prova como um mecanismo para o conhecimento da verdade, observa-se que a liberdade de valoração precisa se basear em parâmetros racionais, a análise quanto a determinação dos fatos e sua justificação deve ter como fundamento aspectos lógicos que possibilitem tomadas de decisões acertadas através desse modelo processual cognitivista, uma vez que a racionalidade humana encontra limites.

O princípio do livre convencimento motivado é utilizado no sistema processual brasileiro, adotado como regra pelo legislador, segundo o disposto no art. 155 do CPP, in verbis:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (BRASIL, [1941])⁴⁰.

No entanto, esse princípio não pode servir como garantia para decisões livres de qualquer argumento lógico, na qual a determinação dos fatos é pautada pela falta de critérios objetivos, que impedem a verificação do suposto erro quanto ao juízo de fato. No caso em tela, referente ao reconhecimento fotográfico, por abranger um conjunto complexo de percepções altamente subjetivas, bem como a influência de fatores externos, o controle deve ser feito de forma ainda mais rigorosa, uma vez constatado o risco das falsas memórias e das distorções nos registros (CORDERO, 2000)⁴¹.

Consoante prescreve Matida, Nardelli e Herdy, entende-se que o livre convencimento não pode servir como uma permissão para que os juízes utilizem de convicções íntimas ao ponto de argumentar não conseguir oferecer uma justificação. Para as ilustres professoras:

⁴⁰ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, Presidência da República, [1941].

⁴¹ Tradução de: “En el acto de reconocimiento una persona es llevada a percibir alguna cosa, y recordando lo que había percibido en determinado contexto, compara las dos experiencias”. CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Tomo II. Trad. Jorge Guerrero. Colômbia: Temis, 2000, p. 106-107.

A determinação dos fatos no contexto jurídico não pode desprezar a exigência de boas razões enquanto premissas suportam as conclusões fáticas defendidas pelos juízes – mormente quando essas conclusões impliquem a restrição de um direito tão fundamental como a liberdade. (MATIDA; NARDELLI, HERDY, 2020, documento online, não paginado)⁴².

Nesse sentido, cumpre destrinchar um trecho do voto em que foi decidido o HC 598.886, considerado um marco jurisprudencial no tocante a nova interpretação dada ao art. 226 do CPP, no qual foi relatado a opinião de dois Delegados de Polícia e Mestres em Direito, os quais por experiência própria, tanto como agente policial quanto na carreira acadêmica, qualificam-se para analisar criticamente o reconhecimento de pessoas, destacando a fragilidade epistemológica desse meio de prova:

É preciso colocar em discussão a metodologia informadora e a prática constitutiva desses reconhecimentos pessoais. **Em outras palavras, quais são os critérios técnicos observados pelas agências criminais a garantir o nível de confiabilidade racional exigido para esse tipo de instrumento (re)cognitivo do caso penal? Quais os parâmetros científicos levados em consideração para um reconhecimento de pessoas que asseguram a validade de seu resultado final (positivo ou negativo)?** Na maioria das situações não há técnica alguma, apenas um empirismo vulgar e orientador de injustiças criminais. É preciso levar mais a sério a complexa função (re)cognitiva da persecução penal, bem como os necessários mecanismos de controle epistêmico e standards de prova mais exigentes, próprios de um regime processual democrático. **Não custa repetir que, em qualquer Estado minimamente preocupado com a tutela de direitos fundamentais, impõe-se à decisão criminal condenatória uma sustentação por elementos empíricos válidos e demonstráveis de forma objetiva e racional que indiquem a superação do nível de dúvida razoável que milita em favor do imputado.** (O reconhecimento de pessoas como fonte de injustiças criminais. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-jul-16/academia-policia-reconhecimento-pessoas-fonte-injusticias-criminais>. Acesso em: set. 2020). (BRASIL, 2020, p. 34, grifo nosso)⁴³.

Com efeito, é essencial que a prova do reconhecimento fotográfico, por ser um instrumento que pretende indicar uma pessoa contra quem se imputa determinado fato delituoso, realize efetivamente uma aproximação dos verdadeiros culpados. Para tanto, urge demonstrar o elevado número de casos que demonstram uma realidade diferente daquela pretendida, haja vista a grande quantidade de presos inocentes por intermédio de erros cometidos no modo como a prova é produzida.

⁴² MATIDA, Janaina; NARDELLI, Marcella; HERDY, Rachel. Op. Cit.

⁴³ BRASIL. Superior Tribunal Federal (6. Turma). Habeas Corpus 598.886/SC. Habeas Corpus. Roubo majorado. Reconhecimento fotográfico de pessoa realizado na fase do inquérito policial. Inobservância do procedimento previsto no art. 226 do CPP. [...]. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 27 out. 2020.

O Innocence Project Brasil, uma organização sem fins lucrativos voltada especificamente para o enfrentamento da grave questão das condenações de inocentes, comprova essa dura conjuntura vivida pela sociedade brasileira, sobretudo em casos envolvendo o reconhecimento fotográfico de pessoas. Um dos exemplos clássicos em que o projeto atuou é o caso de Antônio Claudio Barbosa de Castro, que teve todo o suporte da organização junto a Defensoria Pública do Ceará, os quais trabalharam conjuntamente para revisão criminal e absolvição do réu, que ocorreu em 2019, não obstante tenha permanecido preso injustamente por 5 anos. De acordo com a descrição dos integrantes do grupo de apoio:

Em 2014, uma menina de apenas 11 anos ouviu a voz de Antonio em um cabeleireiro e a identificou como pertencente ao homem que, dias antes, a abordara e estuprara em uma passarela na periferia de Fortaleza. Acompanhada da mãe, a menina foi até a Delegacia de Polícia e, **já com a foto de Antonio que conseguiu por uma rede social, o apontou como o autor do crime. A Polícia Civil, que já investigava outros crimes com o mesmo modus operandi, considerou que Antonio seria o responsável por sete outros estupros que aconteceram na mesma região.** A mídia local, então, passou a se referir a Antonio como “o maníaco da moto”, fazendo alusão à descrição dada pelas vítimas no sentido de que em todos os casos o agressor se apresentara dirigindo uma moto vermelha e as estuprara à luz do dia, sem retirar o capacete. Ao longo da fase de investigação, **as vítimas reconheceram Antonio pela mesma foto apresentada pela menina e que já circulava pelos grupos de Whatsapp da cidade.** Porém, na fase processual, as sete outras vítimas disseram que já não podiam reconhecer Antonio e retiraram a acusação. **Ele foi condenado a 9 anos de prisão pelo estupro da primeira menina que fez o reconhecimento inicialmente por voz e que manteve a afirmação durante todo o processo.** Uma ex-namorada de Antonio enviou o caso para o Innocence Project Brasil e, depois de uma intensa investigação por parte da equipe do Projeto, foi possível identificar que **os relatos das vítimas apontavam para um homem alto, de cerca de 1.84 m, o que contrastava diretamente com a baixa estatura de Antonio, que mede apenas 1.58 m.** As próprias investigadoras do caso, que não sabiam que Antonio ainda estava preso, se juntaram à equipe do Projeto. Além disso, as pesquisas realizadas revelaram que crimes idênticos continuaram a ocorrer mesmo depois da prisão de Antonio Cláudio, descortinando ainda que, à época dos fatos, diversas evidências apontavam para um outro suspeito, já condenado por crimes sexuais, mas não receberam a devida atenção do então delegado responsável pelo caso. Por meio de uma perícia fotogramétrica que comparou imagens de câmera de segurança que registrara um dos episódios criminosos com a real estatura de Antonio, detectando uma diferença de cerca de vinte e seis centímetros, o Innocence Project Brasil apresentou uma revisão criminal com pedido de absolvição, em parceria com a Defensoria Pública do Estado do Ceará. A revisão foi julgada procedente e, em julho de 2019, Antonio foi inocentado e solto pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, depois de cinco anos preso injustamente. (INNOCENCE PROJECT BRASIL, 2020, p. 28, grifo nosso)⁴⁴.

Além do mais, cabe acentuar outros casos semelhantes que ocorreram em situações bem parecidas, haja vista uma das principais causas de erro judiciário ser o reconhecimento equivocado. No julgamento do HC 598.886, o Ministro relator ilustrou exemplos que ratificam essa realidade, os quais importam realçar:

⁴⁴ INNOCENCE PROJECT BRASIL. **Prova de reconhecimento e erro judiciário.** São Paulo: [S. n.], 2020.

Em 2014, o ator Vinícius Romão de Souza foi preso, após haver sido reconhecido por uma mulher que o acusou de tê-lo assaltado. Depois de permanecer 16 dias na prisão, a 33ª Vara Criminal do Rio de Janeiro concedeu habeas corpus em favor do acusado, depois que a vítima afirmou, em novo depoimento, **que se enganou ao fazer o reconhecimento do ator como o suposto autor do delito.**

Reporto, também, o caso de **André Luiz Medeiros Biazucci Cardoso, que ficou preso por 6 meses e 26 dias, entre outubro de 2013 e maio de 2014, por sete estupros que não cometeu.** Aos 27 anos de idade, foi recolhido no Presídio de Bangu, após uma das vítimas do abuso haver anotado a placa do carro dele e entregue à polícia, afirmando ser o veículo do criminoso. Na delegacia, algumas das vítimas reconheceram André como o estuproador, **que chegou a ficar 37 dias na "solitária", sem nenhum tipo de contato exterior.** A absolvição, com a consequente liberdade, veio depois de o seu advogado conseguir autorização para feitura de DNA nos resíduos biológicos presentes nas vítimas e nas cenas dos crimes, enquanto ele estava preso. O resultado do teste provou não ser ele o responsável pelos delitos. (Informações obtidas a partir da reportagem publicada no Portal G1: BRITO, Guilherme. 'Aprendi a ter fé', diz inocentado após 7 meses preso por estupros no Rio. Disponível em: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2014/10/aprendi-ter-fe-diz-inocentado-o-apos-7-meses-presos-no-rio.html>. Acesso em: set. 2020). Registro, ainda, o recente **drama vivido pelo violoncelista Luiz Carlos Justino,** jovem de 23 anos, preso por engano no centro de Niterói – RJ em 2/9/2020, por um delito ocorrido em 2017. Segundo a acusação, Justino teria praticado um roubo nesse ano, na companhia de mais três pessoas e com emprego de arma de fogo. A participação do referido indivíduo foi determinada por reconhecimento fotográfico, realizado pela vítima ainda em 2017. Em 5/9/2020, o Juiz de primeiro grau converteu a prisão do acusado em domiciliar: **"Em termos doutrinários, o reconhecimento fotográfico é colocado em causa em função de sua grande possibilidade de erro. A psicologia aplicada tem se empenhado em investigar fatores psicológicos que comprometem a produção da memória.** Neste ramo, encontramos contribuições que dissecam as variáveis que podem interferir na precisão da memória", escreveu o Magistrado. (Informações obtidas a partir da reportagem publicada no site do Correio Braziliense: Músico negro que teria sido acusado por engano é libertado no Rio. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/brasil/2020/09/4873670-musico-negro-que-teria-sido-acusado-por-engano-e-libertado-no-rio.html>. Acesso em: set. 2020).

Faço menção, também, ao caso de Douglas Moreira, que foi preso em janeiro de 2014 – ao voltar para casa depois de plantão realizado no hospital Pan-Americano, na Tijuca, zona norte do Rio de Janeiro –, sob a acusação de roubar um carro em Nova Iguaçu, a 39 quilômetros dali. **Policiais retiraram uma foto do auxiliar de serviços gerais do seu perfil no Facebook e apresentaram à vítima que, equivocadamente, o reconheceu como sendo o autor do delito** (Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2020/09/20/vida-travadapreso-com-base-em-foto-inocente-fica-ate-3-anos-na-cadeia.htm>. Acesso em: set. 2020).

Por derradeiro, e sem nenhuma pretensão de esgotar os diversos exemplos de afirmados erros de reconhecimento, **registro o recente caso de Lucas Moreira de Souza, que chegou a ser condenado a quase 80 anos de prisão,** por suposto envolvimento em uma série de assaltos. A Justiça do Distrito Federal, há poucos dias, reverteu a condenação, **em razão das inconsistências na investigação: a única prova apresentada contra o então suspeito era um reconhecimento impreciso feito por testemunhas** (Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2020/10/21/jovem-de-27-anos-e-absolvido-apos-ficar-quase-3-anos-presos-por-crimes-que-nao-cometeu-no-df.html>. Acesso em: out. 2020). (BRASIL, HC 598.886/SC, 2020, p. 22-24, grifo nosso)⁴⁵.

⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal Federal (6. Turma). Habeas Corpus 598.886/SC. Habeas Corpus. Roubo majorado. Reconhecimento fotográfico de pessoa realizado na fase do inquérito policial. Inobservância do procedimento previsto no art. 226 do CPP. [...]. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 27 out. 2020.

Ações como a da organização Innocence Project confirmam que o conteúdo probatório representa “uma ferida aberta nos sistemas de justiça que se pretendem democráticos” (MATIDA; NARDELLI; HERDY, 2020, documento online, não paginado)⁴⁶. Ao analisar as condenações em que o projeto atua, revela-se que a maior parte delas envolve o reconhecimento equivocado de pessoas, demonstrando a questionável validade do seu uso. Nesse aspecto, a ciência através de inúmeras pesquisas certifica empiricamente a inaptidão dos mecanismos processuais utilizados por esse meio de prova, que muitas vezes produz resultados contrários a realidade dos fatos.

O Ministro do STJ Rogério Schietti Cruz, ao julgar o HC 598.886, disciplina as características desse instrumento que fomentam a desconfiança do ato:

Mais ainda se revela frágil e perigosa a prova decorrente do reconhecimento pessoal quando se realiza por exibição ao reconhecedor de fotografia do suspeito, quase sempre escolhida previamente pela autoridade policial, quer por registros já existentes na unidade policial, quer por imagens obtidas pela internet ou em redes sociais. E, mesmo quando se procura seguir, com adaptações, o procedimento indicado no CPP para o reconhecimento presencial, **não há como ignorar que o caráter estático, a qualidade da foto, a ausência de expressões e traços corporais e a quase sempre visualização apenas do busto do suspeito comprometem a idoneidade e a confiabilidade do ato.** (BRASIL, HC 598.886/SC, 2020, p. 33-34, grifo nosso)⁴⁷.

Sobre o assunto, a doutrina de Badaró aponta para precariedade dessa ferramenta, explanando a essencialidade das formalidades previstas em lei:

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

⁴⁶ MATIDA, Janaina; NARDELLI, Marcella; HERDY, Rachel. Op. Cit.

⁴⁷ BRASIL. Op. Cit.

obtenção de um elemento mais confiável de convencimento. (BADARÓ, 2017, p. 49)⁴⁸.

2.3 Memória Humana

De acordo com a psicologia, a memória pode ser definida como "o meio pelo qual uma pessoa recorre às suas experiências passadas a fim de usar essas informações no presente; referindo-se a um processo de mecanismos dinâmicos associados à retenção e recuperação da informação" (STERNBERG, 2000, p. 204)⁴⁹, percebe-se assim um método comparativo entre algo vivido e experimentado no passado com aquilo que se pretende conhecer no tempo presente.

O reconhecimento fotográfico tem por natureza uma clara relação com a memória humana, contudo, diferente do que é relatado pelo senso comum e conforme demonstrado pelos casos concretos analisados, a memória não é capaz de trazer a existência o conteúdo exato dos fatos vivenciados por alguém, como se fosse possível a qualquer momento lembrar de algo e descrever de forma precisa cada fato. Conforme ensina Matida e Cecconello (2021)⁵⁰, a memória tem por característica ser degradável, flexível e maleável, demonstrado o seu caráter dúbio e a falibilidade do ato que se baseia nela.

Deve se ter em mente o risco das falsas memórias, sobretudo nos procedimentos fotográficos, em que a influência de causas externas é algo comprovado, ensejando desdobramentos irreversíveis para pessoas que são acusadas injustamente. A memória humana é suscetível a distorções e não pode ser considerada como uma máquina filmadora (LOFTUS, 2005)⁵¹, que possui a capacidade de registrar tudo de maneira perfeita e íntegra, ela é limitada por fatores intrínsecos ao seu processo cognitivo natural, que afetam o desenvolvimento do registro, armazenamento e recuperação do seu conteúdo.

Nesse sentido, Matida e Cecconello, advertem:

⁴⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

⁴⁹ STERNBERG, R. J. **Psicologia cognitiva**. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 2000.

⁵⁰ MATIDA, Janaina; CECCONELLO, William W. Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 7, n. 1, p. 409-440, jan./abr. 2021.

⁵¹ LOFTUS, Elizabeth F. Planting misinformation in the human mind: A 30-year investigation of the malleability of memory. **Learning & Memory**, [S. l.], v. 12, n. 4, p. 361-366, 2005.

No que refere especificamente à prova de reconhecimento, a preservação do mito da “memória-máquina filmadora” significa aquiescer a falsos negativos e a falsos positivos, isto é, à absolvição de culpados e à condenação de inocentes. De outro lado, compreender as limitações constitutivas da memória humana torna necessária a tomada de uma série de providências no âmbito probatório – seja no que refere à produção, seja no que refere à valoração probatória, seja, finalmente, no que se refere à adoção de uma decisão sobre os fatos. (MATIDA; CECCONELLO, 2021, p. 412)⁵².

Importa identificar a sua alta vulnerabilidade, já que cada indivíduo passa por um complexo processo de “sistematização de uma percepção” (ALTAVILLA, 1945, p. 34-35)⁵³. O ser humano não pode ser considerado uma máquina que reproduz informações, desse modo, cada cérebro funciona e reage de uma maneira diferente, não podendo ser visto como uma arma infalível, consoante dispõe Antônio Damásio:

As imagens não são armazenadas sob forma fac-similares de coisas, de acontecimentos, de palavras ou frases. O cérebro não arquiva fotografias Polaroid de pessoas, objetos, paisagens; não armazena fitas magnéticas com música e fala; não armazena filmes com cenas de nossa vida; nem retém cartões com “deixas” ou mensagens de teleprompter do tipo daquelas que ajudam os políticos a ganhar a vida. [...] Se o cérebro fosse uma biblioteca esgotaríamos suas prateleiras à semelhança do que acontece nas bibliotecas. (DAMÁSIO, 2012, p. 105-106)⁵⁴.

Outro fator determinante é a suscetibilidade ao esquecimento, que não pode ser controlado pela vontade humana, ocorre de forma involuntária, ou seja, grande parte do que se aprende, vivencia e que geram memórias durante a vida, será perdida ou esquecida. Sendo assim, a maneira como a testemunha lembra do fato delituoso, não necessariamente será da forma como o ato se desenvolveu na prática, o que por si só demonstra a baixa fiabilidade da técnica de reconhecimento de pessoas.

Essas memórias podem até mesmo sofrer sugestões e contaminações advindas de outras pessoas, como, por exemplo, da polícia ou de outras autoridades envolvidas no processo. A apresentação de fotografias de suspeitos de forma tendenciosa pode levar a identificações incorretas ou imprecisas por parte das testemunhas.

Caso a testemunha seja exposta anteriormente à imagem do suspeito por meio de jornais, televisão ou mídias sociais, isso pode contaminar o processo de reconhecimento fotográfico,

⁵² MATIDA, Janaina; CECCONELLO, William W. Op. cit.

⁵³ ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia judiciária**. Tradução de Fernando de Miranda. 2. ed. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva Editores, 1945. v. 1.

⁵⁴ DAMÁSIO, Antônio R. **O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano**. Trad. Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Cia das Letras, 2012.

influenciando a memória da testemunha e comprometendo a objetividade do procedimento. Em inúmeros casos o reconhecimento é feito com fotos retiradas do Instagram, Facebook entre outras redes sociais e que são passadas até mesmo pelo WhatsApp para averiguação da vítima ou testemunha, resultando em um processo influenciando de maneira decisiva pelo sugestionamento, sem nenhuma preocupação com as garantias processuais e a credibilidade da prova.

De acordo com vários estudos desenvolvidos pela psicologia cognitiva, bem como exposto por Matida e Ceconello, os métodos e as técnicas aplicadas no reconhecimento fotográfico elevam o risco de sugestionamento:

No Brasil, o reconhecimento a partir de fotografia é realizado de dois modos: o show-up e o álbum de suspeitos. No show-up fotográfico, apresenta-se uma foto do suspeito à vítima/testemunha, que é solicitada a dizer se é ou não o autor do delito (Stein; Ávila, 2015). Seja presencial ou fotográfico, o problema do show-up reside na falta de alternativa para que a vítima/testemunha possa comparar rostos. Em um show up a vítima pode chegar a reconhecer o suspeito como autor do crime simplesmente em razão de apresentar características semelhantes ao autor (o mesmo corte de cabelo, por exemplo). O show-up é um procedimento notoriamente sugestivo e, por representar grande risco a falsos reconhecimentos, é constantemente desaconselhado por pesquisadores como procedimento de reconhecimento (CECCONELLO; STEIN, 2020; CLARK, 2012; WELLS *et. al.*, 2020;). Além do show-up, o álbum de suspeitos também é recorrentemente utilizado nas investigações criminais. Trata-se de peça fundamental da rotina policial. Por meio dele, uma pluralidade de suspeitos é apresentada ao mesmo tempo. Se uma vítima de roubo procura ajuda em uma delegacia, a ela será exibido um álbum com inúmeros indivíduos previamente selecionados pelas autoridades policiais. Não há clareza quanto ao que serve de razão para que alguém passe a compor um álbum de suspeitos. (MATIDA; CECCONELLO, 2021, p. 418)⁵⁵.

Observa-se, ainda, diversos fatores que podem interferir na qualidade da memória, sobretudo em situações de grande estresse e perigo que caracterizam as cenas de crimes pelas quais as vítimas passam, o que eleva o risco dos seus testemunhos serem equivocados apontando como culpado pessoas erradas. Além do mais, o tempo em que a vítima esteve exposta ao delito e ao agressor (tempo de duração do evento criminoso); a gravidade do fato; o tempo decorrido entre o contato com o autor do delito e a realização do reconhecimento; as condições ambientais (tais como visibilidade do local no momento dos fatos, aspectos geográficos etc.); a natureza do crime (com ou sem violência física, grau de violência

⁵⁵ MATIDA, Janaina; CECCONELLO, William W. Op. Cit.

psicológica etc.) (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 493)⁵⁶; todos esses são exemplos claros que apontam para alta subjetividade e baixa fiabilidade desse meio de prova.

⁵⁶ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

3 QUESTÃO RACIAL

3.1 Base histórica do sistema penal brasileiro

Ao analisar-se o procedimento fotográfico como meio probatório verifica-se que a sua aplicação reflete o racismo presente em nossa sociedade, sua lógica está intrinsicamente conectada a realidade do sistema penal brasileiro, para isso faz-se importante compreender o contexto histórico do nosso sistema, elucidando como ocorreu a construção discriminatória envolvendo a questão racial na justiça criminal.

O nosso sistema penal tem como base fundamental a relação entre a Casa Grande e a senzala, pelo uso punitivo do mercantilismo colonial (FLAUZINA, 2008)⁵⁷. Apesar do marco histórico da abolição da escravidão em 1888, depois de centenas de anos, ainda carregamos resquícios de uma sociedade escravocrata e punitivista. Em que pese a assinatura da Lei Áurea ser um fato comemorado por muitos, a realidade do sistema de justiça demonstra que o povo negro vive um processo contínuo de criminalização, aqueles que antes eram escravos se tornaram criminosos aos olhos da sociedade.

Agindo dessa forma, como se a relação entre senhor e escravo nunca tivesse acabado – e de fato, aparentemente, ainda não acabou – Zaffaroni deixa explícito a perpetuação dessa estrutura preconceituosa quando diz que:

A predominância de um poder punitivo doméstico exercido desregulamentadamente por senhores contra seus escravos, é facilmente demonstrável e constituirá remarcável vinheta nas práticas penais brasileiras que sobrevivera a própria abolição da escravatura⁵⁸ (ZAFFARONI *et al.*, 2003, p. 413).

Dito isso, entende-se que desde a colônia todo contexto relacionado aos povos africanos e a cultura negra é criminalizado e hostilizado, tendo como exemplo a perseguição durante a Santa Inquisição com os cultos das religiões de matrizes africanas. Essa perseguição continua até os dias de hoje, mas ao invés de serem usadas milícias e capitães do mato, a perseguição atual vem remodelada com um preconceito velado estruturado por uma grande parte do corpo

⁵⁷ FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. Apontando para o genocídio: o racismo como fundamento do extermínio. *In*: AUTOR DO LIVRO. **Corpo Negro Caído no Chão: o Sistema Penal e o Projeto Genocida do Estado Brasileiro**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008, p. 45-107.

⁵⁸ ZAFFARONI, Eugénio Raúl *et. al.* Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume. 2003, p. 413.

social brasileiro e que se evidencia nas instituições e organizações que deveriam promover a justiça.

O problema tem início quando o sistema penal é usado como forma de controle das pessoas em situações de vulnerabilidade, perpetuando assim a visão de inferioridade do povo negro, altamente marginalizado. Consta-se que a intitulada democracia racial, conquanto seja apontada como vetor principal no âmbito jurídico, não é efetivamente aplicada. Na prática, percebe-se a inexistência dessa democracia, permanecendo a figura da desigualdade racial como símbolo de um sistema criminal discriminatório.

Desse modo, constata-se uma negação da existência e da gravidade do racismo, minimizando suas consequências e criando-se um mito ao argumento de que a igualdade já foi alcançada. Essa perspectiva ignora as experiências de opressão e as disparidades vividas por grupos raciais marginalizados, prejudicando o combate efetivo do problema.

Essa falsa democracia racial ocorre de forma nítida no contexto brasileiro, onde é proclamado oficialmente a igualdade racial e a não discriminação, mas, na realidade, mantem-se estruturas, instituições e ações que perpetuam a desigualdade racial.

Nesse sentido, o ato discriminatório pode ser entendido como aquele que faz distinção de uma pessoa ou determinado grupo por associações as suas características físicas e étnicas a estigmas e estereótipos preconceituosos. Esse modelo segregatório resulta em um tratamento diferenciado, culminando na exclusão, restrição, opressão. Essa definição pode ser visualizada através do art. 1º do Estatuto da Igualdade Racial:

Discriminação racial ou étnico-racial: toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada. (BRASIL, [2010])⁵⁹.

Os direitos e garantias fundamentais supostamente assegurados pela Constituição Federal são claramente esvaziados, tais como o próprio art. 3º da CRFB, que dispõe sobre os objetivos

⁵⁹ BRASIL. **Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010**. Institui o Estatuto da Igualdade Racial. Brasília, DF: Diário Oficial da União, [2010].

da República Federativa do Brasil, e traz como alvo construir uma sociedade livre, justa e solidária; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, [2020])⁶⁰.

3.2 O racismo estrutural e a seletividade penal

O racismo estrutural e a seletividade penal são questões intrinsecamente ligadas no contexto do sistema de justiça criminal brasileiro. O racismo estrutural se refere a um conjunto de práticas, políticas e instituições que perpetuam desigualdades e discriminações com base na raça ou etnia. A seletividade penal, por sua vez, diz respeito à tendência de o sistema penal agir de forma desigual e discriminatória, direcionando suas ações de forma desproporcional contra determinados grupos sociais, em especial a população negra e de baixa renda.

Consoante ensinamento de Silvio Almeida, o racismo estrutural:

é a forma mais profunda e difundida de racismo, refere-se à alocação desigual de poder, de tratamento, de recursos e de oportunidades da sociedade com base numa hierarquia racial, que é normalizada por meio de processos históricos, políticos, culturais, institucionais e interpessoais. (ALMEIDA, 2019)⁶¹.

Esses conceitos podem ser nitidamente visualizados no procedimento de reconhecimento fotográfico. O poder punitivo do Estado, caracterizado por ser um poder-dever, abrange organizações e instituições que direcionam essa punição a determinados grupos ou indivíduos específicos. Isso é visto através dos numerosos casos relatados em que a polícia, com o posterior aval do judiciário, comete falhas e vícios ao realizar os procedimentos, dirigindo apontamentos sugestivos e traçando um perfil do criminoso a ser combatido.

De acordo com as lições de Zaffaroni, observa-se claramente esse perfil traçado do “delinquente”, criando um estereótipo considerado como principal indicador seletivo:

Os atos mais grosseiros cometidos por pessoas sem acesso à comunicação social acabam sendo divulgados por esta como os únicos delitos e tais pessoas como os únicos delinquentes. A esses últimos é proporcionado um acesso negativo à

⁶⁰ Constituição Federal. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

(...)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁶¹ ALMEIDA, Silvio. **Racismo estrutural**. São Paulo: Pólen Produção Editorial, 2019.

comunicação social que contribui para criar um estereótipo no imaginário coletivo. Por tratar-se de pessoas desvaloradas, é possível associar-lhes todas as cargas negativas existentes na sociedade sob a forma de preconceitos, o que resulta em fixar uma imagem pública do delinquente com componentes de classe social, étnicos, etários, de gênero e estéticos. O estereótipo acaba sendo o principal critério seletivo da criminalização secundária. (ZAFFARONI *et al.*, 2003, p. 46)⁶².

Para o autor, a criminalização ocorre em dois momentos distintos. A criminalização primária seria aquela que decorre do próprio ato legislativo, na qual a lei já foi criada atribuindo um rótulo social de criminoso a determinados indivíduos, possibilitando a punição dessas pessoas.

Já a criminalização secundária, pode ser perfeitamente visualizada no presente estudo ao analisar-se os casos concretos de reconhecimento fotográfico. Uma vez que está relacionada ao poder punitivo Estatal direcionado a um grupo de pessoas, na qual a prática é perpetuada pela aplicação da lei penal focalizada nesses grupos marginalizados, sendo efetivadas pelos agentes policiais e pelo poder judiciário.

Uma das vítimas desse quadro de racismo e da seletividade penal é Douglas Moreira, preso injustamente por duas vezes, depois de ter sido apontado por meio de fotografia como sendo autor de crimes (SOARES; SCHMIDT, 2022)⁶³. Primeiramente, em 2014, Douglas foi preso após uma vítima de um assalto apontar sua foto em uma rede social como sendo a pessoa que praticou o crime contra ela, cabe ressaltar que a fotografia de Douglas estava no banco de imagens da Delegacia. Segundo a vítima do assalto, o delito foi praticado em Nova Iguaçu por uma pessoa negra, alta, magra e careca. Não é preciso mencionar que essas são as características de Douglas e de milhares de brasileiros, comprovando que o simples fato de se enquadrar nesse perfil estereotipado seria o suficiente para reconhecê-lo e selecioná-lo como autor do crime. Apesar do jovem conseguir provar que não tinha praticado o ato, pois no horário do crime estava trabalhando em um hospital, passou 35 dias preso injustamente, assim como teria sido agredido pelos policiais no momento da prisão.

Na segunda vez, após passar no concurso da própria Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro, voltou a ser incriminado. No dia 26 de agosto de 2014, Douglas foi chamado para

⁶² ZAFFARONI, Eugenio R. *et al.* **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

⁶³ SOARES, Lucas; SCHMIDT, Larissa. Preso por erro em reconhecimento fotográfico, policial é afastado da PM por ter faltado etapa do concurso. *In*: G1. **Fique por dentro**. Rio de Janeiro, 8 jun. 2022.

comparecer na Corregedoria da Polícia Civil, ao chegar no local se deparou com um mandado de prisão em seu nome, por conta de uma tentativa de homicídio na Rodovia Washington Luís, em Duque de Caxias. Douglas foi direto da corregedoria para o presídio, onde permaneceu 45 dias preso. Mais uma vez a vítima reconheceu sua foto na delegacia, no entanto, dessa vez o ato aconteceu cinco meses após o crime, sendo ainda mais alarmante o modo como ocorreu a sua prisão.

A partir disso, teve que comprovar novamente que não estava no local do crime, tendo sido impronunciado pelo juiz por falta de provas. Tudo indica que a sua foto permaneceu no álbum de polícia devido a sua primeira prisão e que por isso foi reconhecido pela vítima. Haja vista o seu segundo encarceramento, Douglas foi impossibilitado de comparecer a uma das etapas do concurso da PMERJ, resultando na sua desclassificação.

Embora tenha conseguido em 1ª instância reverter o resultado, concluindo o processo seletivo e sendo aprovado no concurso, o Estado recorreu e conseguiu desligá-lo da PM. Já demonstrando os danos irreversíveis (emocionais, físicos e patrimoniais) que podem ser causados pelo erro judiciário no reconhecimento fotográfico.

Para o coordenador de Defesa Criminal da Defensoria Pública do estado do Rio de Janeiro, Emanuel Queiroz, "O perfil dos injustiçados, em sua maioria, é o mesmo: pessoas negras, periféricas, pobres e com baixa escolaridade", o que reforça a estigmatização criminal dos negros.

Nesse sentido, Aury Lopes Júnior aponta que os estereótipos culturais como cor e classe social, permanecem exercendo grande influência na percepção dos crimes:

fazendo com que vítimas e testemunhas tenham uma tendência de reconhecer em função desses estereótipos. [...] Ainda que o criminoso nato de Lombroso seja apenas um marco histórico da criminologia, é inegável que ele habita o imaginário de muitos (principalmente em países com profundos contrastes sociais, baixo nível cultural e, por consequência, alto índice de violência urbana como o nosso)⁶⁴. (LOPES JUNIOR, 2017, p. 493).

⁶⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Dados do último relatório divulgado pelo sistema de Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias revelam que 64% dos detentos são negros e que 90% deles concluíram apenas o ensino fundamental⁶⁵ (INFOPEN, 2017).

Em razão do elevado número de erros judiciais como exemplificado na situação de Douglas, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro tem se dedicado ao estudo dos casos envolvendo o reconhecimento fotográfico. A análise dos dados computados, demonstram o impacto que esse procedimento tem gerado, a partir da Diretoria de Estudos e Pesquisas de Acesso à Justiça (DEPAJ), o estudo apresentou um relatório indicando que 80% dos acusados eram negros e 86% tiveram a prisão preventiva decretada, por períodos de privação de liberdade que variaram de cinco dias a três anos, ainda que tenham sido absolvidos ao final (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2020)⁶⁶.

Da mesma forma, a Comissão Criminal do Colégio Nacional dos Defensores Públicos-Gerais (CONDEGE) solicitou aos defensores de todo o país que enviassem casos com esses mesmos requisitos, no total, foram 75 processos e 85 pessoas envolvidas em fatos ocorridos entre 2004 e 2020. Em 77% dos casos, foi decretada a prisão preventiva, com média de tempo de prisão de aproximadamente nove meses, verificando-se que em 81% dos casos os acusados são pessoas negras (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2020)⁶⁷.

Cabe salientar que esse cenário se demonstra ainda mais assustador na cidade do Rio de Janeiro, como delineado pelos relatórios da CONDEGE:

O primeiro relatório apresentado em setembro de 2020, apontou 58 erros em reconhecimentos fotográficos durante o período de junho de 2019 e março de 2020. Todos no Estado do Rio de Janeiro, e dentre os processos 8 não contam informações sobre a cor do acusado, porém 80% dos suspeitos em que a informação estava inclusa eram negros. Em 86% desses casos houve o decreto de prisão preventiva, com períodos de privação de liberdade que variaram de cinco dias a três anos. O relatório mais recente, de fevereiro de 2021, produzido com informações enviadas por defensores de 10 Estados diferentes, que engloba o período de 2012 a 2020. Neste estudo foram contabilizados 28 processos, quatro deles com dois suspeitos, envolvendo assim 32 acusados diferentes. **O Estado que apresenta maior número de casos é o Rio de Janeiro, com 46% das ocorrências.** Neste caso, apenas 3 acusados não tiveram informações sobre a cor incluídas no processo. Um percentual de aproximadamente 83% das pessoas apontadas como suspeitas eram negras. De

⁶⁵ INFOPEN. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Junho de 2017.** [S. l.: S. n.], 2017.

⁶⁶ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Relatório 2019-2020.** Rio de Janeiro, [S. n.], 2020.

⁶⁷ Idem.

acordo com os documentos, de 2012 a 2020 foram realizadas ao menos 90 prisões injustas por meio do reconhecimento fotográfico. Desse total, 79 contam com informações conclusivas sobre raça dos acusados, sendo 81% deles pessoas negras, somando-se pretos e pardos conforme definição do IBGE – (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística)”. (CONDEGE, 2019, documento online, não paginado)⁶⁸.

Esses dados apenas confirmam a manifestação do racismo estrutural, quadro latente na sociedade brasileira e que se perpetua através de mecanismos evidenciados nas inúmeras condenações de inocentes cometidos pelo reconhecimento equivocado, principalmente quando feito por meio de fotografias.

3.3 Projeto de Lei 676/21

Por fim, importante destacar o PL 676/21, de autoria do Deputado Federal Marcos do Val, o qual aparece como fator inovador e agregador no tocante a prova de reconhecimento de pessoas. Já aprovado pelo Senado, a Lei altera as regras existentes nos arts. 226 e 227 do CPP, bem como acrescenta o art. 226-A.

Dentre as mudanças trazidas, a pessoa que for fazer o reconhecimento precisará: a) Ser convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida, com uso de relato livre e de perguntas, “vedado o uso de perguntas que possam induzir ou sugerir a resposta”; b) detalhar a distância e o tempo durante o qual visualizou o rosto do eventual suspeito, bem como as condições de visibilidade e iluminação no local; c) responder se algum eventual suspeito lhe foi anteriormente exibido ou se, de qualquer modo, teve acesso ou visualizou previamente alguma imagem dele (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2022)⁶⁹.

Outro ponto importante a ser ressaltado, trata especificamente dos reconhecimentos fotográficos. O texto da norma define diretrizes, tais como: a) No caso de reconhecimento positivo por meio de fotografias, todas as imagens usadas deverão ser juntadas aos autos, com indicação de cada fonte; b) A proibição da apresentação de fotografias que se refiram somente a pessoas suspeitas, integrantes de álbuns de suspeitos, extraídas de redes sociais, restritas a amigos ou associados conhecidos de suspeito já identificado ou de suspeitos de outros crimes semelhantes, bem como a apresentação informal de fotografias; c) As investigações deverão

⁶⁸ CONDEGE. Relatórios indicam prisões injustas após reconhecimento fotográfico. *In*: CONDEGE. **Notícias**. São Paulo, 19 abr. 2019.

⁶⁹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto regula o reconhecimento de suspeito por vítimas e testemunhas. *In*: CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Direito e justiça**. Brasília, 25 abr. 2022.

continuar mesmo em caso de reconhecimento positivo, pois serão exigidos outros elementos externos de prova (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2022)⁷⁰.

Além do mais, caso as regras forem desobedecidas, o projeto prevê a inadmissibilidade de qualquer reconhecimento positivo como elemento de informação ou prova. Ainda estabelece que o reconhecimento feito deverá ser confirmado por outros elementos externos de prova, só assim será possível a decretação de medidas cautelares reais ou pessoais, o recebimento da denúncia no procedimento do júri e a prolação de sentença condenatória. Sendo assim, esses mecanismos preveem medidas garantidoras dos direitos fundamentais e que servem como proteção as recentes vítimas de condenações injustas e temerárias baseadas em procedimentos fotográficos.

⁷⁰ Idem.

CONCLUSÃO

A partir dos casos retratados nota-se a importância do controle epistêmico para o adequado desenvolvimento das provas, quanto mais em relação ao reconhecimento fotográfico, comprovadamente um método dependente da memória humana, altamente complexa e subjetiva, a fim de que a reconstrução histórica dos fatos se aproxime da realidade ao aplicar-se os princípios da racionalidade, contribuindo para decisões objetivas e confiáveis, que transmitam uma maior segurança e proteção daqueles que estão sendo acusados.

Diante do quadro supracitado, evidencia-se a existência do racismo estrutural operando mediante o reconhecimento de pessoas, que acaba por ser um instrumento que conduz a injustiça criminal sofrida por essa grande parcela da população, reforçando a estigmatização criminal e a seletividade penal do povo negro e pobre, visto como pessoas perigosas e potenciais transgressores da lei.

Demonstra-se, portanto, a real necessidade de uma reformulação no modo de aplicação desse meio de prova, que apesar de ter sofrido uma grande mudança na sua interpretação a partir do art. 226 do CPP, devendo ser respeitados as formalidades como garantias processuais, continua sem regulamentação específica em lei. Com isso aumenta-se a chance de decisões errôneas pautadas em testemunhos equivocados continuarem a ser prolatadas, ensejando condenações injustas de pessoas inocentes, que tem sua liberdade cerceada e sofrem com danos irreversíveis em suas vidas.

Nesse aspecto existe o projeto de lei 676/21, que pretende regulamentar esse procedimento, sendo de grande valia para dar maior credibilidade e eficiência a esse instrumento probatório, que ainda continua sendo usado como gatilho de uma sociedade racista e preconceituosa, que enxerga a população negra como criminoso. Ao adotar novas regras e parâmetros poderá colaborar na busca pela diminuição dessa segregação, marginalização e discriminação nos atos de reconhecimento fotográfico, comprovados pelos dados apontados pelos relatórios da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

Segundo os doutrinadores Machado e Barilli, manifesta-se a importância de políticas públicas eficazes no âmbito criminal, que proporcionem estratégias direcionadas a uma verdadeira mudança no modo como se processa a Justiça penal brasileira:

As mudanças urgentes no campo probatório penal, que devem ocorrer a partir das contribuições da psicologia do testemunho, não podem se limitar apenas ao âmbito dogmático (teórico) ou normativo (dever ser) mediante projetos de reforma legislativa do atual artigo 226 do CPP. Devem ser pensadas em diferentes níveis operacionais da Justiça criminal e, por óbvio, sem descuidar da realidade nacional. Do contrário, teremos apenas refinadas teorias ou excelentes normas, porém sem qualquer alteração real no cotidiano das varas criminais e delegacias de polícia país afora. A academia já foi capaz de produzir inúmeras pesquisas sobre as mazelas do sistema de persecução penal, inclusive das nefastas práticas policiais quanto às falsas identificações pessoais. Faltam, agora, estratégias concretas que, acolhidas pelo poder público, possibilitem a devida instrução e correta implementação de protocolos técnicos de reconhecimento pessoal nos diferentes âmbitos da Justiça criminal brasileira. (MACHADO; BARILLI, 2019, documento online, não paginado)⁷¹.

Dessa forma será possível respeitar a presunção constitucional de inocência e garantir os direitos humanos fundamentais protegidos pela própria Constituição, suprimindo a esperança de condenações criminais decretadas por meio de provas contundentes e robustas, aptas a superar qualquer dúvida razoável.

⁷¹ MACHADO, Leonardo Marcondes; BARILLI, Raphael Jorge de Castilho. O reconhecimento de pessoas como fonte de injustiças criminais. *In*: CONJUR. **Academia de Polícia**. [S. l.], 16 jul. 2019.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio. **Racismo estrutural**. São Paulo: Pólen Produção Editorial, 2019.

ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia judiciária**. Tradução de Fernando de Miranda. 2. ed. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva Editores, 1945. v. 1. p. 34-35.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Epistemologia Judiciária e Prova Penal**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, Presidência da República, [1941]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010**. Institui o Estatuto da Igualdade Racial. Brasília: Diário Oficial da União, [2010]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112288.htm. Acesso em: 15 maio 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, Presidência da República, [2020]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal Federal (6. Turma). Habeas Corpus 598.886/SC. Habeas Corpus. Roubo majorado. Reconhecimento fotográfico de pessoa realizado na fase do inquérito policial. Inobservância do procedimento previsto no art. 226 do CPP. [...]. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, 27 out. 2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/27102020%20HC598886-SC.pdf>. Acesso em 5 fev. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal Federal (5. Turma). Habeas Corpus 652.284/SC. Habeas Corpus substitutivo de recurso próprio. Roubo. Reconhecimento fotográfico e pessoal realizados em sede policial. Inobservância do procedimento previsto no art. 226 do CPP. [...]. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 27 abr. 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=2048532&num_registro=202100769343&data=20210503&formato=PDF. Acesso em: 02 abr. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal Federal (2. Turma). Recurso Ordinário em Habeas Corpus 206.846/SP. Recurso ordinário no habeas corpus. Conhecimento. [...]. Recorrente: Regivam Rodrigues dos Santos. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes, 22 de fevereiro de 2022. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=760929630>. Acesso em: 02 abr. 2023.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto regula o reconhecimento de suspeito por vítimas e testemunhas. *In*: CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Direito e justiça**. Brasília, 25 abr. 2022. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/866778-projeto-regula-o-reconhecimento-de-suspeito-por-vitimas-e-testemunhas/>. Acesso em: 20 maio 2023.

CARDOSO, Flavio. Meios de prova. Brasília: STF, 2023. Disponível em:

https://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Flavio_Cardoso.doc. Acesso em: 01 maio 2023.

CONDEGE. Relatórios indicam prisões injustas após o reconhecimento fotográfico. *In*:

CONDEGE. **Notícias**. São Paulo, 19 abr. 2019. Disponível em:

<http://condege.org.br/arquivos/1029>. Acesso em: 22 jun. 2023.

CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Tomo II. Trad. Jorge Guerrero. Colômbia: Temis, 2000, p. 106-107.

DAMÁSIO, Antônio. **O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano**. Trad. Dora Vicente e Georgina Segurado. 8. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Relatório 2019-2020**. Rio de Janeiro, [S, n.], 2020. Disponível em:

<https://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/33e974efa1004184954cc1b08ac2f253.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2022.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. Apontando para o genocídio: o racismo como fundamento do extermínio. *In*: AUTOR DO LIVRO. **Corpo Negro Caído no Chão: o Sistema Penal e o Projeto Genocida do Estado Brasileiro**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008, p. 45-107.

FLECH, Larissa Civardi. **Falsas memórias no processo penal**. 2012. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. Disponível em:

<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/67291/000872494.pdf?sequence=1>.

Acesso em: 01 jul. 2022.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). *In*: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (org.). **Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005.

GONZALEZ LAGIER, Daniel. Hechos y conceptos: sobre la relevancia de los conceptos para la prueba de los hechos. *In*: *Questio facti: ensayos sobre prueba, causalidad y accion*. México: Fontamara, 2013, p. 75-85. Disponível em: <https://www.uv.es/cefd/15/lagier.pdf>. Acesso em: 25 maio 2023.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). *In*: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (org.). **Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005.

HAACK, Susan. **Evidence matters**. Science, proof, and truth in the lavv. Nova York: Cambridge Un. Press, 2014.

INFOPEN. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Junho de 2017**. [S. l.: S. n.], 2017. Disponível em <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>. Acesso em: 20 maio 2023.

INNOCENCE PROJECT BRASIL. **Prova de reconhecimento e erro judiciário**. São Paulo: [S. n.], 2020.

IZQUIERDO, Iván. **Memória**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2011. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=DgPLKEvcE5cC&pg=PA20&lpg=PA20&dq=A+mem%C3%B3ria+do+perfume+da+rosa+n%C3%A3o+nos+traz&source=bl&ots=7zWKcMeAf&sig=1RsAEb4JgImA7aag5RGeLR4wxbI&hl=ptBR&sa=X&ved=0ahUKEwiTs5Sbz5rVAhWJgZAKHQo0BFcQ6AEIJzAA#v=snippet&q=trabalho&f=false>. Acesso em: 01 jul. 2022.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

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

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MASSENA, Caio Badaró. A prova testemunhal no Processo Penal brasileiro: uma análise a partir da epistemologia e da psicologia do testemunho. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 156, ano 27, 2019.

MATIDA, Janaina; HERDY, Rachel. As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 73, p. 133-155, jul./set. 2019.

MATIDA, Janaina; NARDELLI, Marcella; HERDY, Rachel. A prova penal precisa passar por uma filtragem epistêmica. *In*: CONJUR. **Limite Penal**. [S. l.], 13 mar. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-13/limite-penal-prova-penal-passar-filtragem-epistemica>. Acesso em: 10 maio 2023.

MATIDA, Janaína; CECCONELLO, William Weber. Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência. **Revista Brasileira de direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 7, n. 1, p. 409-440, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/506/335>. Acesso em: 01 jun. 2022.

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

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PRADO, Geraldo. A quebra da cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro. *In*: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; PRADO, Geraldo *et. al.* **Prova Penal: Estado Democrático de Direito**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. **A interceptação telefônica em um processo penal democrático**. Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2023. [No prelo].

SOARES, Lucas; SCHMIDT, Larissa. Preso por erro em reconhecimento fotográfico, policial é afastado da PM por ter faltado etapa do concurso. *In*: G1. **Fique por dentro**. Rio de Janeiro, 8 jun. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2022/06/08/preso-por-erro-em-reconhecimento-fotografico-policial-e-afastado-da-pm-por-ter-faltado-etapa-do-concurso.ghtml>. Acesso em: 10 jan. 2023.

STERNBERG, R. J. **Psicologia cognitiva**. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 2000.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio R. *et al.* **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.