



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO, NEGÓCIOS E COMUNICAÇÃO
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO II

RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO PENAL

ORIENTANDA: Beatriz Cirqueira Dias
ORIENTADOR: PROF.º DR. ARI FERREIRA DE QUEIROZ

GOIÂNIA

2022

BEATRIZ CIRQUEIRA DIAS

**RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO
PENAL**

Artigo Científico apresentado à disciplina Trabalho de Curso II, do curso de Direito, da Escola de Direito, Negócios e Comunicação da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC GOIÁS).

Prof.º Orientador: Dr. Ari Ferreira de Queiroz

AGRADECIMENTOS

Primeiramente quero agradecer a Deus por me dar sabedoria e coragem para desenvolver este trabalho tão importante nessa reta final do meu Curso de Graduação em Direito. Sou imensamente grata a Ele por essa oportunidade de poder fazer o Curso dos meus sonhos, e que sem sua infinita bondade e misericórdia não seria possível. Agradeço aos meus pais por acreditarem sempre na minha capacidade e me incentivarem a ser determinada quanto aos meus objetivos. Agradeço ao meu orientador, Professor, Dr. Ari Ferreira de Queiroz pela paciência e disposição em sempre sanar minhas dúvidas nessa trajetória, na qual sem a sua colaboração e atenção para com seus orientandos não seria possível. Agradeço ao Professor, Dr. Rogério Leal por aceitar o convite para fazer parte da Banca de apresentação do meu Trabalho de Curso. Aos meus colegas e amigos que direta ou indiretamente me ajudaram de alguma forma, ficam aqui essas humildes palavras de agradecimentos. Agradeço ao Professor, Dr. Alexandre Moraes da Rosa por ter me indicado os trabalhos da Professora Janaína Matida como fonte de pesquisa, que até então, não conhecia e foram essenciais para o desenvolvimento do meu trabalho. Esses são meus sinceros agradecimentos. Obrigada por cada detalhe!!!

SUMÁRIO

RESUMO.....	2
INTRODUÇÃO	3
1 PROVAS NO PROCESSO PENAL	4
1.1 Conceito.....	5
1.2 Distinção entre prova e elementos de informação	6
1.3 Meios de prova.....	7
1.4 Meios de obtenção de prova.....	8
1.5 Teoria dos frutos da árvore envenenada	9
1.2 Princípios atinentes a prova	10
2 RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO.....	11
2.1 Natureza jurídica e procedimento	12
2.2 Projeto de Lei 676/21	13
2.3 Seletividade penal e o racismo	14
3 INFLUÊNCIA DAS FALSAS MEMÓRIAS	15
3.1 Falsas memórias no Processo Penal	16
3.2 Perigos do efeito indutor e das falsas memórias no reconhecimento fotográfico	17
CONCLUSÃO	18
REFERÊNCIAS.....	19

RESUMO: As provas no decorrer do processo são imprescindíveis para identificar a autoria e materialidade de determinado fato, bem como para auxiliar na formação do convencimento dos magistrados em suas decisões. Logo, é notória a importância desse instituto para a aplicabilidade da lei processual penal, uma vez que inobservada suas formalidades poderão acarretar danos irreversíveis. Dito isso, faz-se necessário explanar, que o intuito do presente artigo não é trazer o reconhecimento fotográfico como maléfico ao processo penal, mas tão somente apontar equívocos que constantemente vem sendo noticiados através desse meio probatório. A elucidação sobre o reconhecimento fotográfico como meio de prova é de muita pertinência, uma vez que, o que se espera é um procedimento eficaz com credibilidade, para que nenhum cidadão inocente tenha sua liberdade cerceada em virtude de um reconhecimento errôneo.

PALAVRAS-CHAVE: Reconhecimento, Fotográfico, Seletividade, Racismo.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo principal demonstrar como é o meio probatório do reconhecimento fotográfico no Brasil e como esse procedimento tem mudado a vida de algumas pessoas em decorrência de reconhecimentos errôneos. O tema em comento é um meio de prova no processo penal, sendo considerado prova inominada em razão de não ter um dispositivo específico, seguindo por analogia o reconhecimento de pessoas e coisas previsto no Art. 226, do Código de Processo Penal.

Recentemente esse assunto tem repercutido muito nos noticiários, bem como nas redes sociais devido a quantidade de pessoas inocentes sendo presas em virtude de apenas ter sido reconhecidas por meio de fotografias em sede de procedimento administrativo pela autoridade policial, sem ao menos, seguir as formalidades previstas no Código de Processo Penal. Assim, violando também princípios constitucionais e acarretando danos irreparáveis na vida dessas pessoas.

O entendimento dos Tribunais atualmente é que o reconhecimento fotográfico “por si só” não poderá acarretar prisões cautelares, bem como condenação. Sendo, portanto, necessários outros elementos de provas para tornar-se robustos os indícios de autoria e materialidade do fato. Dito isso, é notória a fragilidade do meio de prova em comento, razão pela qual devem ser observadas as formalidades previstas.

Nessa esteira, o intuito do presente trabalho não é trazer o reconhecimento fotográfico como maléfico ao processo penal, mas tão somente comentar acerca das informalidades cometidas no procedimento que são inadmissíveis, uma vez que o entendimento majoritário acerca das formalidades previstas no Art. 226, do Código de Processo Penal é claro quanto ao reconhecimento fotográfico. Não sendo aceito, portanto, qualquer outro meio que burle a previsão legal.

Outrossim, a fim de trazer mais segurança jurídica no que concerne o tema do presente artigo, faz-se necessário comentar sobre o Projeto de Lei 676/21, que o Senado Federal aprovou e atualmente está para análise na Câmara dos Deputados. O texto do Projeto visa alterar os Artigos 226 e 227, do Código de Processo Penal, bem como introduzir o Art. 226-A no mesmo *Códex*. O Projeto busca trazer dispositivo próprio no que tange ao meio probatório em estudo.

Outro assunto importantíssimo é quanto a seletividade penal notória no reconhecimento fotográfico em sede de procedimento administrativo. O racismo enraizado na cultura brasileira infelizmente, corrobora para reconhecimentos equivocados, em razão da pessoa ser negra ou pobre. Portanto, nesse contexto estereótipos são avaliados e conseqüentemente teremos uma população mais atingida, seja pela sua condição social ou pelo seu tom de pele.

Brevemente será abordado outro fator relevante quanto ao procedimento em estudo, que é o das falsas memórias no momento do reconhecimento. A memória humana é instável e pode trazer reflexos equivocados em determinadas situações. Ressalto que o intuito não é menosprezar a palavra da vítima, mas tão somente explanar o assunto acerca de estudos comprovados.

Será adotada a pesquisa bibliográfica e os métodos dedutivo e estatístico na elaboração do artigo científico. Sendo este, utilizado para demonstrar dados acerca da população mais atingida e a quantidade de reconhecimentos equivocados nos últimos anos, e àquele que parte de uma análise geral acerca do tema em estudo, para chegar

em uma conclusão particular.

Essa metodologia adequa-se perfeitamente no trabalho, uma vez que será tratado primeiramente do reconhecimento fotográfico como meio de prova no processo penal, passando pelos problemas na forma de como é feito o procedimento e chegando em uma conclusão sobre a confiabilidade e consequências do reconhecimento pessoal por meio de imagens.

PROVAS NO PROCESSO PENAL

1.1 Conceito

Para melhor compreensão do tema a ser tratado neste tópico, faz-se necessário trazer seu conceito. Neste sentido, o professor Renato Brasileiro de Lima conceitua a terminologia da palavra prova em sentido amplo da seguinte forma, *“provar significa demonstrar a veracidade de um enunciado sobre um fato tido por ocorrido no mundo real”*¹. Em sentido estrito, a palavra possui vários significados.

Desse modo, o doutrinador Guilherme de Souza Nucci conceitua prova e demonstra os três sentidos da palavra:

“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 (Direito à prova no processo penal, p. 33-34).²

Desta maneira, a prova no processo é imprescindível, ou seja, sem ela seria impossível verificar, examinar ou confirmar se determinado fato realmente aconteceu.

¹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único* – 8. ed. rev., ampl. e atual. p. 657. Salvador: JusPodivm, 2020.

² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado* – 19. ed. p. 591. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

Portanto, sua finalidade precípua é reconstruir fatos do passado, de modo que possam ser demonstrados no presente. Assim sendo, através do que for provado, é possível formar a convicção do julgador para uma possível condenação ou absolvição.

Desse modo, por estar em risco um direito fundamental estampado no artigo 5º, inciso XV, da Constituição Federal, qual seja, a liberdade de locomoção faz com que sua observância seja indispensável.

1.2 Distinção entre prova e elementos de informação

A partir do momento em que um delito é praticado, o Estado tem o poder-dever de punir o suposto autor. No entanto, para que se possa iniciar a persecução criminal roga o artigo 395, inciso III, do Código de processo penal, *in verbis*: “Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: (...) III – faltar justa causa para o exercício da ação penal”.

Com as alterações introduzidas pela Lei 11.690/08, o artigo 155, do código de processo penal passou a distinguir prova de elementos de informação: “Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

Mediante o exposto, Renato Brasileiro de Lima faz a seguinte distinção entre prova e elementos de informação:

Elementos informativos: são aqueles colhidos na fase investigatória, sem a necessária participação dialética das partes. Em relação a eles, não se impõe a obrigatória observância do contraditório e da ampla defesa, vez que nesse momento ainda não há falar em acusados em geral na dicção do inciso LV do art. 5º da Constituição Federal. Apesar de não serem produzidos sob o manto do contraditório e da ampla defesa, tais elementos são de vital importância para a persecução penal, pois, além de auxiliar na formação da opinio delicti do órgão da acusação, podem subsidiar a decretação de medidas cautelares pelo magistrado ou fundamentar uma decisão de absolvição sumária (CPP, art. 397).

Prova: a palavra prova só pode ser usada para se referir aos elementos de convicção produzidos, em regra, no curso do processo judicial, e, por conseguinte, com a necessária participação dialética das partes, sob o manto do contraditório (ainda que diferido) e da ampla defesa. O contraditório funciona, pois, como verdadeira condição de existência e

validade das provas. A participação do acusador, do acusado e de seu advogado é condição sine qua non para a escorreita produção da prova, assim como também o é a direta e constante supervisão do órgão julgador, sendo que, com a inserção do princípio da identidade física do juiz no processo penal, o juiz que presidir a instrução deverá proferir a sentença (CPP, art. 399, § 2º).³ Grifo

Desse modo, para que possa haver justa causa, faz-se necessário ter no mínimo indícios de autoria e materialidade daquele determinado fato, daí a importância desses dois institutos do processo penal.

1.3 Meios de prova

Conforme preceitua 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.⁴

Os meios de prova podem ser lícitos e ilícitos, mas somente aqueles podem ser admitidos no processo. De acordo com o Art.157, *caput*, do Código de Processo Penal, “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Ainda no § 1º do mesmo artigo, dispõe: “São inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”.

³ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único* – 8. Ed. rev., ampl. e atual. p. 177. Salvador: JusPodivm, 2020.

⁴ TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal* – 14.ed. rev., e atual. p. 629. Salvador: JusPodivm, 2019.

No § 2º conceitua o que é uma fonte independente, sendo “aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”.

Disciplina ainda no § 3º que, “preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente”. § 4º (vetado).

E por fim, mas não menos importante a redação inserida pela Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime), que dispõe o § 5º “o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir sentença ou acórdão”. Desse modo, é de extrema relevância a observância aos ditames legais no que concerne a provas lícitas e ilícitas nos autos do processo. A imprudência quanto a legalidade da prova poderá contaminar todo o processo conforme a “Teoria dos frutos da árvore envenenada”.

1.4 Meios de obtenção de prova

Quanto aos meios de obtenção ou investigação da prova, Renato Brasileiro de Lima aduz:

(...) 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.⁵

Nesta esteira, por serem, em regra, extraprocessuais, é evidente que os meios

⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único* – 8. Ed. rev., ampl. e atual. p. 662. Salvador: JusPodivm, 2020.

de obtenção ou investigação de provas são aqueles colhidos em sede administrativa, ou seja, ainda na fase de inquérito policial. É válido ressaltar que enquanto os meios de provas têm amparo no contraditório e ampla defesa, os meios de obtenção ou investigação de provas não se encontra amparado pelos princípios retromencionados.

Do mesmo modo, enquanto aquela serve para corroborar no convencimento do magistrado, esta por sua vez busca trazer elementos para provar determinado fato. Essa distinção é de extrema importância, uma vez que aponta as consequências que poderá recair no processo no momento de sua produção.

Mediante o exposto, uma vez eivada de vício de nulidade a prova, será inadmissível nos autos do processo conforme preceitua a Constituição Federal/88, em seu artigo 5º, inciso LVI, no tocante a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos. Segundo Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, “trata-se de norma geral abstrata que só produz efeito quando aplicada pelo juiz, e para que se faça valer aquela norma constitucional, é necessário um dizer do juiz a respeito”⁶.

Assim sendo, para que a inadmissibilidade seja reconhecida depende da manifestação do magistrado.

1.5 Teoria dos frutos da árvore envenenada (fruits of the poisonous tree)

Conforme mencionado anteriormente, faz-se necessário tratar acerca da “Teoria dos frutos da árvore envenenada”, uma vez que poderá incidir tanto nos meios de provas quanto nos meios de obtenção destas. Assim sendo, a fim de exemplificar acerca da produção de provas ilícitas e sua prejudicialidade ao processo, neste subtópico será explanada a teoria supramencionada.

Aury Lopes Junior prescreve o surgimento dessa teoria, *in verbis*:

O princípio da contaminação tem sua origem no caso Silverthorne Lumber & Co. v. United States, em 1920, tendo a expressão fruits of the poisonous tree sido cunhada pelo Juiz Frankfurter, da Corte Suprema, no caso Nardone v. United States, em 1937. Na decisão, afirmou-se que “proibir o uso direto de certos métodos, mas não pôr limites a seu pleno uso indireto apenas provocaria o uso daqueles mesmos meios considerados incongruentes com padrões éticos e destrutivos da liberdade pessoal”. A lógica é muito clara,

⁶ TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal* – 14.ed. rev., e atual. p. 658. Salvador: JusPodivm, 2019.

ainda que a aplicação seja extremamente complexa, de que se a árvore está envenenada, os frutos que ela gera estarão igualmente contaminados (por derivação).⁷

No mesmo sentido Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar prelecionam:

Por esta teoria, de origem na Suprema Corte norte-americana, a prova ilícita produzida (árvore), tem o condão de contaminar todas as provas dela decorrentes (frutos). Assim, diante de uma confissão obtida mediante tortura, prova embrionária ilícita, cujas informações deram margem a uma busca e apreensão formalmente íntegra, é imperioso reconhecer que esta busca e apreensão está contaminada, pois decorreu de uma prova ilícita. Existindo uma prova ilícita, as demais provas dela derivadas, mesmo que formalmente perfeitas, estarão maculadas no seu nascedouro.⁸

Atualmente esse é o entendimento majoritário no ordenamento jurídico brasileiro tanto pela doutrina, bem como pela jurisprudência a respeito dessa teoria. Inclusive, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm reiterada jurisprudência seguindo nesse sentido.

A título de exemplo, a seguir a ementa do Habeas Corpus nº 156157 AgR / PR, tendo como relator o Ministro Alexandre de Moraes.

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. QUADRILHA, CORRUPÇÃO PASSIVA, VIOLAÇÃO DE SIGILO FUNCIONAL, FALSIDADE IDEOLÓGICA E LAVAGEM DE DINHEIRO. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS AUTORIZADAS POR DECISÃO JUDICIAL. ALEGAÇÃO DE “QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA”. PERDA OU SUBTRAÇÃO DE PARTE DAS GRAVAÇÕES. CONSTRAGIMENTO ILEGAL RECONHECIDO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE NA DETERMINAÇÃO DE REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA.

1. As provas ilícitas, bem como todas aquelas delas derivadas, são constitucionalmente inadmissíveis, mesmo quando reconduzidas aos autos de forma indireta, devendo, pois, serem desentranhadas do processo, não tendo, porém, o condão de anulá-lo, permanecendo válidas as demais provas lícitas e autônomas delas não decorrentes, ou ainda, que também decorreram de outras fontes, além da própria prova ilícita; garantindo-se, pois, a licitude da prova derivada da ilícita, quando, conforme salientado pelo Ministro EROS GRAU, “arrimada em elementos probatórios coligidos antes de sua juntada aos autos”.

2. Assentou o Superior Tribunal de Justiça que, em matéria de provas ilícitas, o art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 11.690/2008, excepciona a adoção da teoria dos frutos da árvore envenenada na hipótese em que os demais elementos probatórios não

⁷ LOPES, Junior Aury. *Direito processual penal*. 17.ed. atual. p. 638/639. São Paulo: Saraiva, 2020.

⁸ TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal* – 14.ed. rev., e atual. p. 645. Salvador: JusPodivm, 2019.

estiverem vinculados àquela cuja ilicitude foi reconhecida.

3. Não há, portanto, nenhuma ilegalidade na remessa dos autos ao Juízo processante de primeira instância, a quem ordinariamente compete o primeiro exame dos elementos de prova pertinentes à causa, para o fim de selecionar e expurgar as provas contaminadas, mantendo hígida a porção lícita, delas independente. Em outras palavras, não cabe a esta CORTE, nesta via estreita, se antecipar e proferir qualquer decisão acerca da legalidade de provas que nem mesmo foram analisadas pelo Juízo competente. 4. Agravo Regimental a que se nega provimento.⁹

Cumpre-se ressaltar conforme entendimento Jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, que o reconhecimento fotográfico por ser prova inominada, é possível sua utilização, desde que corroborada por outros elementos de prova, sendo o procedimento a ser observado o previsto no art. 226, do Código de processo penal. Portanto, atualmente o reconhecimento fotográfico por ‘si só’ não é confiável.

1.6 Princípios atinentes a prova

A doutrina classifica vários princípios relativos à prova. No entanto, neste tópico o intuito é de expor apenas a classificação trazida por Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar¹⁰, uma vez que os classifica de forma mais restrita ao tema em destaque. Desse modo, para melhor compreensão do leitor acerca do assunto faz-se necessário partir de um ponto mais centralizado.

1.6.1 Princípio da autorresponsabilidade das partes

As partes assumem as consequências de sua inação. A frustração ou o êxito estão ligados à conduta probatória do interessado no transcorrer da instrução.

1.6.2 Princípio da audiência contraditória

⁹ STF – Primeira Turma - AgR no HC 156157/PR – Rel. Min. Alexandre de Moraes – Dje 26/11/2018.

¹⁰ TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal* – 14.ed. rev., e atual. p. 674/675. Salvador: JusPodivm, 2019.

Toda prova produzida deve ser submetida ao crivo do contraditório, com oportunidade de manifestação da parte contrária.

1.6.3 Princípio da aquisição ou comunhão

A prova não pertence à parte que a produziu e sim ao processo. Se a parte desistir de prova que tenha proposto, a parte contrária deve obrigatoriamente ser ouvida. Em havendo aquiescência, ainda assim o magistrado poderá determinar de ofício a realização da prova.

Deve ser analisada com cautela a previsão do art. 401, § 2º, do Código de processo penal, autorizando que a parte desista de qualquer das testemunhas arroladas, ressalvando apenas a possibilidade de o magistrado determinar a oitiva de ofício. Apesar da omissão legal, se a parte contrária insistir na oitiva, a testemunha deve ser ouvida, em atenção ao princípio da comunhão.

1.6.4 Princípio da oralidade

A oralidade ganhou destaque pela previsão do art. 62, da Lei nº 9.099/95, tomando-a expressamente como critério reitor nos Juizados Especiais Criminais. Foi também o desejo da reforma, assegurando-se, como regra, a realização dos debates orais, ao invés de alegações finais escritas, que só excepcionalmente terão cabimento (art. 403, Código de processo penal).

Do princípio da oralidade, decorre o princípio da concentração, buscando-se centralizar a produção probatória em audiência única, ou no menor número delas (art. 400, § 1º, do Código de processo penal), e o princípio da imediatidade, aproximando o magistrado do contexto probatório, com as provas produzidas perante a autoridade.

Além deles, averbou-se no ordenamento o princípio da identidade física do julgador, de sorte que o magistrado que preside a instrução é necessariamente aquele que irá julgar o processo, salvo as exceções legalmente contempladas, como a promoção, aposentadoria, dentre outras (art. 399, § 2º, CPP).

1.6.5 Princípio da publicidade

A regra é a publicidade dos atos, havendo, entretanto, possibilidades excepcionais de sigilo. É o que ocorre, a título de exemplo, na realização de interceptação telefônica que, por previsão do art. 1º da Lei nº 9.296/96, atenderá ao segredo de justiça.

Por sua vez, impende destacar, à luz da Súmula Vinculante nº 14, do Supremo Tribunal Federal, que é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. Havendo obstáculo, poderá se valer, de regra, do mandado de segurança e da reclamação constitucional.

1.6.6 Princípio do livre convencimento motivado

O princípio da motivação das decisões judiciais é uma decorrência expressa do art. 93, inciso IX, da Carta Magna, asseverando que o juiz é livre para decidir, desde que o faça de forma motivada, sob pena de nulidade insanável. Trata-se de autêntica garantia fundamental, decorrendo da fundamentação da decisão judicial o alicerce necessário para a segurança do caso submetido ao judiciário.¹¹

Mediante o exposto, neste primeiro tópico no que tange a prova no processo penal foi explanado os principais assuntos a fim de aclarar o entendimento do leitor acerca deste tema.

2. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO

2.1 Natureza jurídica e procedimento

¹¹ TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal* – 14.ed. rev., e atual. p. 82. Salvador: JusPodivm, 2019.

Nas lições de Renato Brasileiro de Lima¹²

“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”.

O reconhecimento fotográfico não encontra previsão legal, mas tem sido admitido pela doutrina e jurisprudência, sendo considerado espécie de prova inominada. Cumpre-se ressaltar que, para que seja utilizado como meio de prova deve ser corroborado com outros elementos de prova, ou seja, sua fiabilidade é questionável.

Atualmente o meio probatório em comento segue o procedimento do reconhecimento de pessoas e coisas, descrito no artigo 226, do Código de processo penal, *in verbis*:

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

I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

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

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

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

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

Ocorre que, a inobservância as formalidades retromencionadas vem causando vários reconhecimentos equivocados e condenações injustas. A título de exemplo, o Podcast Improvável¹³, mais especificamente o episódio 15, a professora Janaína

¹²LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único – 8. Ed. rev., ampl. e atual. p. 787. Salvador: JusPodivm, 2020.

¹³ EPISÓDIO 15. *A vítima do falso reconhecimento*. Janaína Matida. Entrevistado: Ângelo Gustavo Pereira Nobre e família. Rio de Janeiro: Podcast. Improvável. Disponível em: <https://open.spotify.com/episode/3waejd2L5jhUYydSRWnmC?si=efdd546f34404214>. Acesso em: 20, março, 2022.

Matida entrevista Ângelo Gustavo Pereira Nobre, vítima de reconhecimento fotográfico errôneo pelo judiciário. O entrevistado relata no Podcast que enquanto esteve preso sua tia veio a óbito e ele não teve oportunidade de ir ao velório.

Assim sendo, em decorrência dessas falhas, o tema em abordagem tem tomado grandes proporções nas mídias sociais e gerando consequências pode na vida de uma pessoa inocente. Por isso a importância de discutir a fiabilidade do meio probatório e como vem sendo aplicado no judiciário brasileiro.

2.2 Projeto de Lei nº 676/21

Recentemente, em 14 de abril de 2021, Senado Federal aprovou o Projeto de Lei 676/21, que altera as diretrizes penais do reconhecimento de pessoas. De autoria do senador Marcos do Val, foi aprovado na forma do texto substitutivo apresentado pelo senador Alessandro Vieira, relator da matéria, que acatou a emenda integralmente e outras sete parcialmente.

De acordo com o relator, o projeto busca garantir a observância de procedimentos formais que impeçam que a vítima seja induzida em erro e para verificar a fiabilidade do reconhecimento. “No caso de reconhecimento fotográfico, é vedada a apresentação informal de fotografias ou decorrentes de álbum de suspeitos e similares, e a fonte de extração dessa imagem deve ser incitada nos autos. Sempre que possível, todo o procedimento de reconhecimento deverá ser lavrado auto em que deve estar consignada a raça autodeclarada da pessoa que tiver que fazer o reconhecimento, bem como da pessoa reconhecida”, explicou Alessandro Vieira.¹⁴

De acordo com o texto aprovado a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento:

- a) Será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida, com uso de relato livre e de perguntas, “vedado ou uso de perguntas que possam induzir ou sugerir a resposta”;
- b) Será perguntada sobre a distância a que esteve do suspeito, o tempo durante o qual visualizou o rosto, bem como as condições de visibilidade e iluminação

¹⁴ SENADO FEDERAL. *Senado aprova mudanças em regras de reconhecimento de acusados, texto vai à Câmara*. Relator Alessandro Vieira, Brasília, 13 de out. 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/10/13/senado-aprova-mudancas-em-regras-de-reconhecimento-de-acusados-texto-vai-a-camara>. Acesso em: 20, mar. 2022.

no local;

c) Será perguntada se algum suspeito lhe foi anteriormente exibido ou se, de qualquer modo, teve acesso ou visualizou previamente alguma imagem deste.

O texto também prevê que, antes de iniciar o reconhecimento, a testemunha ou vítima será alertada que o autor do delito pode ou não estar entre os indivíduos que serão apresentados e que ela pode reconhecer um ou não reconhecer nenhum. Essa parte foi incluída por emenda do senador Luiz do Carmo, a única acatada integralmente. Outrossim, o texto determina que as investigações continuarão independentemente do resultado do reconhecimento.

De acordo com o texto, a pessoa suspeita de crime, que poderá ser reconhecida ou não, deverá ser apresentada com, no mínimo, outras três pessoas “sabidamente inocentes, que atendam igualmente à descrição dada pela testemunha ou pela vítima, de modo que o suspeito não se destaque dos demais”.

Também está previsto que a pessoa a ser reconhecida não poderá ver a vítima ou testemunha que estiver fazendo o reconhecimento.

Terminando o ato de reconhecimento, seja qual for o resultado, a proposta determina que “será lavrado auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais, devendo nele constar declaração expressa de que todas as formalidades previstas neste Código foram cumpridas”. Esse documento inclusive terá que conter, inclusive raça autodeclarada da pessoa que tiver de fazer o reconhecimento e da eventual reconhecida.

O texto aprovado sugere que, “sempre que possível”, o reconhecimento seja gravado em vídeo. Se essas regras forem desobedecidas, o projeto prevê a inadmissibilidade do reconhecimento positivo como elemento de informação ou de prova, “alcançando eventual prova derivada que guarde com ele qualquer nexo de causalidade ou que não pudesse ter sido produzida de forma independente”.

No caso de reconhecimento de pessoa feito por meio de fotografias, o texto determina que deverão ser observadas, também, as seguintes regras:

a) No caso de reconhecimento positivo, todas as fotografias usadas no procedimento deverão ser juntadas aos autos, com indicação da fonte;

- b) Será proibida a 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 por autoridade de polícia judiciária ou de policiamento ostensivo”.

A proposta estabelece que o reconhecimento feito, inclusive por fotografia, terá que ser corroborado por “outros elementos externos de prova”, portanto, o reconhecimento de suspeito por si só não será suficiente “para a decretação de medidas cautelares reais ou pessoais, para o recebimento da denúncia no procedimento do júri e para a prolação de sentença condenatória”.

De acordo com o texto, o suspeito terá direito de ser atendido por defensor, constituído ou nomeado, durante todo processo de reconhecimento – e, se houver absolvição transitada em julgado, “a fotografia do acusado deverá ser excluída imediatamente de eventuais registros de identificação de suspeitos”. A emendas acatadas parcialmente são de autoria dos senadores Paulo Paim, Rose de Freitas e Jean Paul Prates.

O senador Paulo Paim expressou as preocupações da comunidade negra, mas disse que houve avanços com mudanças feitas no texto. “Por parte principalmente da comunidade negra, havia uma grande preocupação com o projeto. Claro que o autor, percebendo a denúncias e a gravidade da situação, teve a boa iniciativa de propor alterações”.¹⁵

Atualmente o projeto está para análise na Câmara do Deputados. As alterações trazidas pelo Projeto de Lei 676/21, faria alterações nos artigos 226 e 227, do Código de processo penal, bem como introduziria o artigo 226-A no mesmo diploma. Faz-se necessário comentar que o texto do projeto traz mais segurança jurídica no que concerne a credibilidade do reconhecimento de pessoas, principalmente, no que tange ao reconhecimento fotográfico, uma vez que atualmente suas formalidades estão sendo inobservadas.

Outro ponto importante é quanto a preocupação com a comunidade negra que

¹⁵ SENADO FEDERAL. *Senado aprova mudanças em regras de reconhecimento de acusados, texto vai à Câmara*. Relator Alessandro Vieira, Brasília, 13 de out. 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/10/13/senado-aprova-mudancas-em-regras-de-reconhecimento-de-acusados-texto-vai-a-camara>. Acesso em: 20, mar. 2022.

é a mais afetada por meio do instrumento probatório em comento de acordo com dados estatísticos que serão apresentados no próximo tópico. A cultura brasileira tem um pré-conceito baseada em estereótipos, que infelizmente, em determinadas situações classifica o negro como marginal, somente, pela cor da pele.

2.3 Seletividade penal e o racismo

Inicialmente, é válido fazer um breve histórico do racismo no Brasil, a fim de que o leitor possa compreender melhor o assunto abordado.

Para falar da questão racial no Brasil, devemos voltar aos primórdios da colonização com a chegada dos portugueses, acarretando uma aniquilação dos povos não europeus, no qual os negros e índios, foram presos, vendidos e escravizados. “A colonização baseia-se na hierarquização social da raça e do trabalho constituída por relações disseminadas pelos europeus para concretizarem a denominação dos povos”.¹⁶grifo

Nesse contexto, de acordo com o Art. 1º, da Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, dispõe:

Art. 1º. Nesta Convenção, a expressão “discriminação racial” significará qualquer distinção, exclusão restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano, (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública.

Atualmente no Brasil, a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, regula os crimes resultantes de discriminação racial. É notório que o racismo está enraizado na cultura brasileira desde a colonização, e infelizmente em pleno século XXI, atitudes surreais demonstram que não tivemos uma evolução neste aspecto, apesar de leis que regulam esse tipo de comportamento.

Nesse sentido, prelecionam Aury Lopes Junior e Jhonatan Oliveira:

Verifica-se, no âmbito processual penal brasileiro, que o atual reconhecimento fotográfico de pessoas possui imensa fragilidade enquanto

¹⁶ SIQUEIRA, Andressa, Ângela. *CONSTRUÇÃO DA RACIALIDADE: colonização e racismo na formação do Brasil*. Volume 4, ed. especial, p. 106, março de 2020. Anais do II Encontro Norte Mineiro de Serviço Social. Disponível em: [Revista Serviço Social em Perspectiva \(unimontes.br\)](https://revista.serviocio.unimontes.br/). Acesso em: 21, mar. 2022.

*meio de prova, visto que, além de ser corriqueiramente passível de sofrer com o fenômeno da indução e também das falsas memórias, é também escancaradamente suscetível à influência do racismo estrutural enraizado no processo penal brasileiro.*¹⁷

O racismo no Brasil tem contribuído com reconhecimentos fotográficos equivocados, gerando assim uma seletividade penal. Nessa esteira, de acordo com o Conselho Nacional das Defensoras e Defensores Públicos-Gerais (CONDEGE), apresentam relatórios com falhas no procedimento em delegacias.

*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 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 Estatística).**¹⁸*

Assim, pode-se observar que o fato de uma pessoa ser negra já é motivo para suspeito. Assim sendo, não há dúvidas de que há uma seletividade quanto aos suspeitos de fato delituoso no âmbito das investigações. “O sol ainda brilha” um dos maiores *Best-Seller do The New York Times*, selecionado para o *Oprah’s Book Club*, traz a triste história real de Anthony Ray Hinton que passou 30 anos no corredor da morte por um crime que não cometeu.

Em um trecho do livro, ao indagar a um policial o motivo pelo qual estava sendo

¹⁷ LOPES, Junior, Aury; OLIVEIRA, Jhonatan. *A influência do racismo estrutural no uso do reconhecimento fotográfico como meio de prova*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-14/limite-penal-racismo-estrutural-reconhecimento-fotografico-meio-prova>. Acesso em: 03, abr. 2022.

¹⁸ CONDEGE (DF). *Relatórios indicam que prisões injustas após o reconhecimento fotográfico*. In: *Relatórios indicam que prisões injustas após o reconhecimento fotográfico*. CONDEGE, 19 abr. 2019. Disponível em: [Relatórios indicam prisões injustas após reconhecimento fotográfico – CONDEGE](#). Acesso em: 21 mar. 2022

preso, pois no dia 25 de julho estava trabalhando e, portanto, não poderia ser o autor das acusações o policial respondeu que:

Veja eu não quero saber se você é culpado ou não. Na realidade, acho que não foi você. Mas não importa. Se não foi você, foi um dos seus irmãos. E você vai levar a culpa. E sabe por quê? [...] Eu posso lhe dar cinco razões pelas quais eles vão condená-lo. [...] Número um, você é negro. Número dois, um homem branco vai dizer que você atirou nele. Número três, você vai ter um advogado distrital branco. Número quatro, você vai ser julgado por um juiz branco. E número cinco, você vai ter um júri inteiro de brancos.¹⁹

É lamentável ler histórias como essa. Existem muitos “Anthonys” pelo Brasil a fora “condenados pelos olhos”.

3. INFLUÊNCIA DAS FALSAS MEMÓRIAS

3.1. Falsas memórias no processo penal

De acordo com a professora Lara Teles Fernandes²⁰ a qualidade da prova produzida é essencial na determinação da existência de suficiência probatória em cada caso concreto.

Nesse sentido, no que concerne ao reconhecimento fotográfico no processo penal é de extrema importância os detalhes de como se deu o fato, a fim de evitar erros judiciais como os mencionados anteriormente. Assim sendo, a memória é peça fundamental no deslinde do processo.

a memória é considerada um dos mais importantes processos psicológicos pois, consiste num recurso cognitivo responsável pela identidade pessoal do ser humano, orientando acerca das atividades diárias, além de possibilitar a função executiva e o aprendizado⁷⁰. Através da memória realiza-se atos inconscientes, como, por exemplo, o deslocamento diário para o local de trabalho sem se atentar para o caminho percorrido. [...]

Ao que se refere a durabilidade, a memória poderá ser de curta duração quando perdurar entre 01 e 06 horas, de longa duração quando perdurar por dias, meses e anos, ou, ainda, remota, que está relacionada às memórias

¹⁹ HINTON, Anthony, Ray e HARDIN, Lara, Love: *O Sol ainda brilha: a história real do homem que passou 30 anos no corredor da morte por crimes que não cometeu*. Tradução Luís Reyes Gil. – 1. Ed. p. 74 - 75. São Paulo, Vestígio, 2019.

²⁰ FERNANDES, Lara Teles. *Prova Testemunhal no processo penal: uma proposta interdisciplinar de valoração* – 2. ed. p. 155 – Florianópolis: Emais 2020.

*de longa duração, que se conservam por meses ou anos*⁷⁴. Destaca-se que a memória de curta duração mantém disponível as informações enquanto a memória de longa duração não as consolidou de forma definitiva⁷⁵.²¹

Desse modo, visto a flexibilidade da memória é possível a incidência de falsas memórias podendo comprometer a credibilidade do procedimento. Nessa esteira, Clarisse Fraga demonstra com precisão como esse fenômeno acontece na mente humana. Obviamente, o equívoco no momento de relatar os fatos poderá acarretar consequências irreparáveis como veremos no próximo subtópico.

*Por isso, as provas que dependem da evocação da memória não devem ser valoradas na íntegra, vez que a memória é vulnerável estando sujeita a modificações e defraudações oriundas de influências internas e externas, bem como do decurso do tempo, gerando-se, pois, falsas memórias. [...] Através da junção das memórias verdadeiras com sugestões trazidas por terceiros dá-se origem as falsas memórias*⁸⁹, isto é, a memória existente é influenciada por sugestões significantes, as quais, somadas, geram falsas memórias.

*A literatura especializada classifica as falsas memórias em espontâneas ou sugeridas; qual a diferença entre elas? As falsas memórias espontâneas são também conhecidas como endógenas ou autossugeridas e se referem às lembranças distorcidas internamente como um processo natural do funcionamento da memória. Já as falsas memórias sugeridas são lembranças distorcidas por influências externas, ou seja, posteriormente ao evento memorizado, um terceiro indica uma nova informação verdadeira ou falsa que se incorpora a anterior, dando origem ao efeito da sugestão da falsa informação*⁹⁰.²²

Assim sendo, no âmbito processual em razão da maleabilidade da memória conclui-se que não é tão confiável no que tange ao reconhecimento de pessoas. Dito isso, é fundamental a corroboração de outros elementos probatórios para se ter um devido processo legal, observando todas as variáveis passíveis de erros.

Neste sentido um dos clássicos do Direito Penal “Dos Delitos e Das Penas” de Cesare Beccaria extrai-se a seguinte lição:

Em toda boa legislação é importante determinar de modo preciso o grau de confiança que se deve dar às testemunhas e à natureza das provas que são

²¹ FRAGA, Clarice Lessa de. *A influência das falsas memórias no reconhecimento fotográfico. Reconhecimento fotográfico e a influência de falsas memórias*, p. 15, 8 nov. 2020. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2020/08/clarice_fraga.pdf. Acesso em: 28, mar. 2022.

²² FRAGA, Clarice Lessa de. *A influência das falsas memórias no reconhecimento fotográfico. Reconhecimento fotográfico e a influência de falsas memórias*, p. 17, 8 nov. 2020. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2020/08/clarice_fraga.pdf. Acesso em: 28, mar. /2022.

*necessárias para a verificação do delito. [...] As formalidades, contudo, podem ser fixadas, por leis, nos limites em que não possam vir a prejudicar a verdade. De outra maneira, seria fonte de inconvenientes funestos. [...] Uma só testemunha não é suficiente porque, se o acusado nega o que a testemunha afirma, nada resta de certo e a justiça então tem de respeitar o direito que cada qual tem de se considerar inocente.*²³

Cumpre salientar que o intuito do presente artigo não é menosprezar a palavra das vítimas/testemunhas, porém elucidar as vertentes possíveis no reconhecimento fotográfico e como funciona a influência das falsas memórias em razão de sua maleabilidade. Outrossim, o que se espera é um procedimento eficaz e de confiança para todos os envolvidos no processo.

3.2 Perigos do efeito indutor e das falsas memórias no reconhecimento fotográfico

Visto a flexibilidade da memória no tópico anterior, neste será explanado acerca dos perigos do efeito indutor, bem como das falsas memórias no reconhecimento fotográfico que podem acarretar prisões injustas com a condenação de um inocente e absolvição de um culpado.

Desse modo, além do fator do racismo estrutural já comentado, o perigo do efeito indutor é um fenômeno a ser discutido. Nesse sentido Aury Lopes Junior aduz:

Muitas vezes, antes da realização do reconhecimento pessoal, a vítima/testemunha é convidada pela autoridade policial a examinar ‘álbuns de fotografia’, buscando já uma pré-identificação do autor do fato. O maior inconveniente está no efeito indutor disso, ou seja, estabelece-se uma “percepção precedente”, ou seja, um pré-juízo que acaba por contaminar o futuro reconhecimento pessoal. Não há dúvida de que o reconhecimento por fotografia (ou mesmo quando a mídia notícia os famosos ‘retratos falados’ do suspeito) contamina e compromete a memória, de modo que essa ocorrência passada acaba por comprometer o futuro (o reconhecimento pessoal), havendo uma indução em erro. Existe a formação de uma imagem mental da fotografia, que culmina por comprometer o futuro reconhecimento pessoal. Trata-se de uma experiência visual comprometedora. Portanto, é censurável e deve ser evitado o reconhecimento por fotografia (ainda que seja mero ato preparatório do reconhecimento pessoal), dada a contaminação que pode gerar, poluindo e deturpando a memória. Ademais, o reconhecimento pessoal também deve ter seu valor probatório mitigado, pois evidente sua

²³ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*. Tradução Torrieri Guimarães. 7º ed. p. 27-29 – São Paulo: Martin Claret., 2014.

*falta de credibilidade e fragilidade.*²⁴

Nesse sentido, devido às tecnologias, as autoridades policiais em sede de procedimento administrativo têm adotado o reconhecimento fotográfico através de fotos enviadas via aplicativos de *WhatsApp*. Fotos estas muitas vezes extraídas de redes sociais. É notório que o reconhecimento dessa maneira é inadequado pelas razões a seguir: a) não há previsão legal neste sentido; b) incidência do efeito indutor; c) influência das falsas memórias e consequentemente; d) ocasionar erros judiciais gritantes.

Um dos julgados mais recentes acerca do assunto é o HC 712.781/RJ, tendo como Relator o Ministro Rogério Schietti, da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, do dia 15/03/22.

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. 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. ABSOLVIÇÃO QUE SE MOSTRA DEVIDA. ORDEM CONCEDIDA.

1. A Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, por ocasião do julgamento do HC n. 598.886/SC (Rel. Ministro Rogério Schietti), realizado em 27/10/2020, conferiu nova interpretação ao art. 226 do CPP, a fim de superar o entendimento, até então vigente, de que referido o artigo constituiria "mera recomendação" e, como tal, não ensejaria nulidade da prova eventual descumprimento dos requisitos formais ali previstos.

Na ocasião, foram apresentadas as seguintes conclusões: 1.1) 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; 1.2) 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. [...]

2. Necessário e oportuno proceder a um ajuste na conclusão n. 4 do mencionado julgado. Não se deve considerar propriamente o reconhecimento fotográfico como "etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal", mas apenas como uma possibilidade de, entre outras diligências investigatórias, apurar a autoria delitiva. Não é necessariamente a prova a ser inicialmente buscada, mas, se for produzida, deve vir amparada em outros elementos de convicção para habilitar o exercício da ação penal. Segundo a doutrina especializada, o reconhecimento pessoal, feito na fase pré-processual ou em juízo, após o reconhecimento fotográfico (ou mesmo após um reconhecimento pessoal anterior), como uma espécie de ratificação, encontra sérias e consistentes dificuldades epistemológicas.

²⁴ LOPES, Junior, Aury. *Você confia na sua memória? Infelizmente o processo penal depende dela (parte 2)*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-out-03/limite-penal-voce-confia-memoria-infelizmente-processo-penal-depender-da-parte>. Acesso em: 03, abr. 2022.

3. **Se realizado em conformidade com o modelo legal (art. 226 do CPP), o reconhecimento pessoal é válido, sem, todavia, força probante absoluta, de sorte que não pode induzir, por si só, à certeza da autoria delitiva, em razão de sua fragilidade epistêmica. Se, todavia, tal prova for produzida em desacordo com o disposto no art. 226 do CPP, deverá ser considerada inválida, o que implica a impossibilidade de seu uso para lastrear juízo de certeza da autoria do crime, mesmo que de forma suplementar.** Mais do que isso, inválido o reconhecimento, não poderá ele servir nem para lastrear outras decisões, ainda que de menor rigor quanto ao standard probatório exigido, tais como a decretação de prisão preventiva, o recebimento de denúncia e a pronúncia. [...]

5. Na espécie, a leitura da sentença condenatória e do acórdão impugnado, além da análise do contexto fático já delineado nos autos pelas instâncias ordinárias, permitem inferir que **o paciente foi condenado, exclusivamente, com base em reconhecimento fotográfico realizado pela vítima e sem que nenhuma outra prova** (apreensão de bens em seu poder, confissão, relatos indiretos etc.) autorizasse o juízo condenatório.

6. **Mais ainda, a autoridade policial induziu a vítima a realizar o reconhecimento - tornando-o viciado - ao submeter-lhe uma foto do paciente e do comparsa (adolescente), de modo a reforçar sua crença de que teriam sido eles os autores do roubo. Tal comportamento, por óbvio, acabou por comprometer a mínima aproveitabilidade desse reconhecimento.**

7. Estudos sobre a epistemologia jurídica e a psicologia do testemunho alertam que é contraindicado o show-up (conduta que consiste em exhibir apenas a pessoa suspeita, ou sua fotografia, e solicitar que a vítima ou a testemunha reconheça se essa pessoa suspeita é, ou não, autora do crime), por incrementar o risco de falso reconhecimento. **O maior problema dessa dinâmica adotada pela autoridade policial está no seu efeito indutor, porquanto se estabelece uma percepção precedente, ou seja, um pré-juízo acerca de quem seria o autor do crime, que acaba por contaminar e comprometer a memória. Ademais, uma vez que a testemunha ou a vítima reconhece alguém como o autor do delito, há tendência, por um viés de confirmação, a repetir a mesma resposta em reconhecimentos futuros, pois sua memória estará mais ativa e predisposta a tanto.**

8. Em verdade, **o resultado do reconhecimento formal depende tanto da capacidade de memorização do reconhecedor quanto de diversos aspectos externos que podem influenciá-lo**, como o tempo em que a vítima esteve exposta ao delito e ao agressor (tempo de duração do evento criminoso), a gravidade do fato, 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 psicológica), o tempo decorrido entre o contato com o autor do delito e a realização do reconhecimento etc.

9. Sob um processo penal de cariz garantista (é dizer, conforme aos parâmetros e diretrizes constitucionais e legais), busca-se uma verdade processualmente válida, em que a reconstrução histórica dos fatos objeto do juízo se vincula a regras precisas, que assegurem às partes maior controle sobre a atividade jurisdicional.

10. **Adotada, assim, a premissa de que a busca da verdade, no processo penal, se sujeita a balizas epistemológicas e também éticas, que assegurem um mínimo de idoneidade às provas e não exponham pessoas em geral ao risco de virem a ser injustamente presas e condenadas, é de se refutar que essa**

prova tão importante seja produzida de forma totalmente viciada. Se outros fins, que não a simples apuração da verdade, são também importantes na atividade investigatória e persecutória do Estado, algum sacrifício epistêmico, como alerta Jordi Ferrer-Beltrán, pode ocorrer, especialmente quando o processo penal busca, também, a proteção a direitos fundamentais e o desestímulo a práticas autoritárias. [...]

11. Impõe compreender que a atuação dos agentes públicos responsáveis pela preservação da ordem e pela apuração de crimes deve dar-se em respeito às instituições, às leis e aos direitos fundamentais. Ou seja, quando se fala de segurança pública, esta não se pode limitar à luta contra a criminalidade; deve incluir também a criação de um ambiente propício e adequado para a convivência pacífica das pessoas e de respeito institucional a quem se vê na situação de acusado e, antes disso, de suspeito.

12. Sob tal perspectiva, devem as agências estatais de investigação e persecução penal envidar esforços para rever hábitos e acomodações funcionais, de sorte a "utilizar instrumentos para maximizar as probabilidades de acerto na decisão probatória, em particular aqueles que visam a promover a formação de um conjunto probatório o mais rico possível, quantitativa e qualitativamente" (Ferrer-Beltrán).

13. Convém, ainda, lembrar que as prescrições legais relativas às provas cumprem não apenas uma função epistêmica, i. e., de conferir fiabilidade e segurança ao conteúdo da prova produzida, mas também uma função de controlar o exercício do poder dos órgãos encarregados de obter a prova para uso em processo criminal, vis-à-vis os direitos inerentes à condição de suspeito, investigado ou acusado. [...]

14. O zelo com que se houver a autoridade policial ao conduzir as investigações determinará não apenas a validade da prova obtida - "sem bons ingredientes não haverá forma de fazer um bom prato" (como metaforicamente lembra Jordi Ferrer-Beltrán) -, mas a própria legitimidade da atuação policial e sua conformidade ao modelo legal e constitucional. Sem embargo, conquanto as instituições policiais figurem no centro das críticas, não são as únicas a merecê-las. É preciso que todos os integrantes do sistema de justiça criminal se apropriem de técnicas pautadas nos avanços científicos para interromper e reverter essa preocupante realidade quanto ao reconhecimento pessoal de suspeitos.

Práticas como a evidenciada no processo objeto deste writ só se perpetuam porque eventualmente encontram respaldo e chancela tanto do Ministério Público - a quem, como fiscal do direito (custos iuris), compromissado com a verdade e com a objetividade de atuação, cabe velar pela higidez e pela fidelidade da investigação dos fatos sob apuração, ao propósito de evitar acusações infundadas - quanto do próprio Poder Judiciário, ao validar e acatar medidas ilegais perpetradas pelas agências de segurança pública.

15. Sob tais premissas e condições, não é possível ratificar a condenação do acusado, visto que apoiada em prova absolutamente desconforme ao modelo legal, sem a observância das regras probatórias próprias e sem o apoio de qualquer outra evidência produzida nos autos.

16. Ordem concedida, para absolver o paciente em relação à prática dos delitos de roubo e de corrupção de menores objetos do Processo n. 0014552-59.2019.8.19.0014, da 3ª Vara Criminal da Comarca de Campos dos Goytacazes - RJ, ratificada a liminar anteriormente deferida, a fim de determinar a imediata

*expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso.*²⁵

Na Ementa em comento o reconhecimento foi feito através de fotos que circulavam pelas redes sociais, que noticiava a prática de um latrocínio pelo acusado. A série de ilegalidades nos autos não restou outra opção, a não ser a absolvição. Desse modo é notória as consequências advindas de um procedimento eivado de informalidades.

Assim sendo, no que concerne as falsas memórias Janaína Matida e William Weber Cecconello sustentam:

*[...] é preciso considerar o risco das falsas memórias, que podem ser a recordação de informações que não ocorreram, ou o reconhecimento de um inocente como sendo erroneamente autor de um crime. A falsa memória não é uma mentira, não se confunde com a deliberada intenção de faltar com a verdade. Nas falsas memórias, por contaminação do registro, armazenamento ou na tentativa de se recuperar o fato ocorrido, falta correspondência entre o que aconteceu e o que é recordado (Stein, 2009). O fato ocorrido é x, mas a vítima/testemunha, por variáveis que atuam dificultando o registro, o armazenamento ou a recuperação, recorda y e, por isso, relata y. A falsa memória acompanhada da sinceridade do relato provoca um erro honesto; um descompasso entre o relatado e o ocorrido que é, inobstante, bem intencionado. Na mentira, vale esclarecer, para continuar com o mesmo exemplo do fato x, a vítima/testemunha recorda x e relata deliberadamente o fato y. O descompasso entre o relatado e o experienciado por ela não é bem intencionado, mas desonesto.*²⁶

É evidente os riscos e consequências em razão da incidência das falsas memórias, bem como do fato indutor no momento do reconhecimento fotográfico, motivo pelo qual é falho e pouco confiável. Neste sentido, é imprescindível a observância das formalidades atualmente previstas no art. 226, do Código de Processo Penal e aos princípios constitucionais de presunção de inocência, devido processo legal e principalmente à dignidade da pessoa humana.

Aqui faz-se necessário trazer um dos trechos marcantes de Rudolf Von Ihering que aduz:

O direito não é uma pura teoria, mas uma força viva. Por isso a justiça sustenta numa de suas mãos a balança em que pesa o direito, e na outra a

²⁵ STJ – Sexta Turma - HC 712.781/RJ – Rel. Min. Rogério Schietti – Dje 23/03/2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&ivre=HC+712.781. Acesso em: 03, abr. 2022.

²⁶ MATIDA, Janaina; CECCONELLO, William W. Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 7, n. 1, p. 411, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i1.506>. Acesso em: 03, abr. 2022.

*espada de que se serve para o defender. A espada sem a balança é a força brutal; a balança sem a espada é a impotência do direito. Uma não pode avançar sem a outra, nem haverá ordem jurídica perfeita sem que a energia com que a justiça aplica a espada seja igual à habilidade com que manejar a balança. O direito é um trabalho incessante, não somente dos poderes públicos, mas ainda de uma nação inteira.*²⁷

A justiça e o direito devem andar juntos, para que nenhum cidadão possa ser submetido a passar por constrangimentos em razão de erros do judiciário e ter sua dignidade violada, uma vez que cerceado seu direito de locomoção previsto constitucionalmente.

CONCLUSÃO

Primeiramente, salienta-se que há muito a ser discutido acerca do meio probatório do reconhecimento fotográfico em virtude de sua complexidade e ausência de dispositivo próprio. No entanto, o presente trabalho explanou alguns pontos relevantes tendo como objetivo aclarar dúvidas e demonstrar a importância das provas nos autos de um processo, bem como quais consequências poderá acarretar as vidas de pessoas inocentes quando adquirida sem as devidas formalidades.

Nessa esteira, a abordagem e dados que comprovam uma seletividade penal no procedimento em comento são assustadores, fazendo com que uma população menos favorecida, qual seja, negros e de classe baixa sejam afetadas diretamente por estereótipos. Uma triste realidade, não só do Brasil, mas do mundo.

De acordo com a pesquisa bibliográfica realizada, pôde-se concluir até o momento que as formalidades do artigo 226 do Código de processo penal estão sendo inobservadas, fazendo com que princípios constitucionais como, da presunção de inocência, devido processo legal e por último não menos importante, espinha dorsal do ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana sejam contrariados.

A elucidação sobre o meio probatório do reconhecimento fotográfico é de muita pertinência, uma vez que o que se espera é um procedimento eficaz e com

²⁷ IHERING, Rudolf, Von. *A luta pelo direito*. Coleção a obra prima de cada autor; 47. Tradução: João de Vasconcelos. P. 23 – São Paulo: Martin Claret, 2009.

credibilidade, para que nenhum cidadão inocente venha a ter sua liberdade cerceada em virtude de um reconhecimento errôneo.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*. Tradução Torrieri Guimarães. 7º ed. – São Paulo: Martin Claret, 2014.

CONDEGE (DF). Relatórios indicam que prisões injustas após o reconhecimento fotográfico. In: Relatórios indicam que prisões injustas após o reconhecimento fotográfico. CONDEGE, 19 abr. 2019. Disponível em: [Relatórios indicam prisões injustas após reconhecimento fotográfico – CONDEGE](#). Acesso em: 21 mar. 2022.

DIAS, Camila Cassiano. “Olhos que condenam”: uma análise autoetnográfica do reconhecimento fotográfico no processo penal. Reconhecimento fotográfico no processo penal, Revista da Ajuris - Porto Alegre, v. 47, n. 148, p. 330-356, junho, 2020. Disponível em: <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/1153>. Acesso em: 28 mar. 2022.

EPISÓDIO 15. *A vítima do falso reconhecimento*. Janaína Matida. Entrevistado: Ângelo Gustavo Pereira Nobre e família. Rio de Janeiro: Podcast. Improvável. Disponível em: <https://open.spotify.com/episode/3waejd2L5hjhUYydSRWnmC?si=efdd546f34404214>. Acesso em: 20, mar. 2022.

FERNANDES, Lara Teles. Prova Testemunhal no processo penal: uma proposta interdisciplinar de valoração – 2. ed. – Florianópolis: Emais 2020.

FRAGA, Clarice Lessa de. A influência das falsas memórias no reconhecimento fotográfico. Reconhecimento fotográfico e a influência de falsas memórias, p. 1-29, 8 nov. 2020. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2020/08/clarice_fraga.pdf. Acesso em: 28 mar. 2022.

HINTON, Anthony, Ray e HARDIN, Lara, Love: *O Sol ainda brilha: a história real do homem que passou 30 anos no corredor da morte por crimes que não cometeu*. Tradução Luís Reyes Gil. – 1. Ed. São Paulo, Vestígio, 2019. 314 p.

IHERING, Rudolf, Von. *A luta pelo direito*. Coleção a obra prima de cada autor; 47. Tradução: João de Vasconcelos – São Paulo: Martin Claret, 2009.

LIMA, Renato, Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2020. 1.952 p. Bibliografia.

LOPES, Junior, Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. atual. São Paulo: Saraiva educação, 2020. 1232 p.

LOPES, Junior, Aury. *Você confia na sua memória? Infelizmente o processo penal depende dela (parte 2)*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-out-03/limite-penal-voce-confia-memoria-infelizmente-processo-penal-depende-dela-parte>. Acesso em: 03, abr. 2022.

LOPES, Junior, Aury; OLIVEIRA, Jhonatan. A influência do racismo estrutural no uso do reconhecimento fotográfico como meio de prova. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2022-jan-14/limite-penal-racismo-estrutural-reconhecimento-fotografico-meio-prova>. Acesso em: 03, abr. 2022.

MATIDA, Janaina; CECCONELLO, William W. *Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 7, n. 1, p. 409-440, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/506>. Acesso em: 03 abr. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado* – 19. ed. p. 591. Rio de Janeiro: Forense, 2020

SENADO FEDERAL. *Senado aprova mudanças em regras de reconhecimento de acusados, texto vai à Câmara*. Relator Alessandro Vieira, Brasília, 13 de out. 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/10/13/senado-aprova-mudancas-em-regras-de-reconhecimento-de-acusados-texto-vai-a-camara>. Acesso em: 20, mar. 2022.

SIQUEIRA, Andressa, Ângela. *CONSTRUÇÃO DA RACIALIDADE: colonização e racismo na formação do Brasil*. Volume 4, ed. especial, março de 2020. Anais do II Encontro Norte Mineiro de Serviço Social. Disponível em: [Revista Serviço Social em Perspectiva \(unimontes.br\)](https://www.unimontes.br/revista-servico-social-em-perspectiva). Acesso em: 21, mar. 2022.

STF – Primeira Turma - AgR no HC 156157/PR – Rel. Min. Alexandre de Moraes – Dje 26/11/2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=AgR%20no%20HC%20156.157&sort=score&sortBy=desc>. Acesso em 20, mar. 2022.

STJ – Sexta Turma - HC 712.781/RJ – Rel. Min. Rogério Schietti – Dje 23/03/2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=HC+712.781. Acesso em: 03, abr. 2022.

TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal* / Nestor Távora, Rosmar Rodrigues Alencar – 14.ed. rev., e atual. - Salvador: JusPodivm, 2019. 1.888 p.