

COLETÂNEA

**REFLEXÕES
SOBRE O
RECONHECIMENTO
DE PESSOAS**

**CAMINHOS PARA O APRIMORAMENTO
DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL**

2022

COLETÂNEA

**REFLEXÕES
SOBRE O
RECONHECIMENTO
DE PESSOAS**

**CAMINHOS PARA O APRIMORAMENTO
DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL**

2022



CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Presidente

Ministra Rosa Weber

Corregedor Nacional de Justiça

Ministro Luís Felipe Salomão

Conselheiros

Luiz Phillipe Vieira de Mello Filho

Mauro Pereira Martins

Richard Pae Kim

Salise Monteiro Sanchotene

Marcio Luiz Coelho de Freitas

Jane Granzoto Torres da Silva

Giovanni Olsson

Sidney Pessoa Madruga

João Paulo Santos Schoucair

Marcos Vinícius Jardim Rodrigues

Marcello Terto e Silva

Mário Henrique Aguiar Goulart Ribeiro Nunes Maia

Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho

Secretário-Geral

Gabriel Matos

Secretário Especial de Programas,

Pesquisas e Gestão Estratégica

Ricardo Fioreze

Diretor-Geral

Johanness Eck

SECRETARIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL

Secretária de Comunicação Social

Cristine Marques Genu

Chefe da Seção de Comunicação Institucional

Rejane Neves

Projeto gráfico

Eron Castro

Revisão

Carmem Menezes

2022

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

SAF SUL Quadra 2 Lotes 5/6 - CEP: 70070-600

Endereço eletrônico: www.cnj.jus.br

**INTEGRANTES DO GRUPO DE TRABALHO SOBRE
RECONHECIMENTO DE PESSOAS**

Coordenador

Ministro Rogerio Schietti

Coordenador do DMF

Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi

Relator Geral

Maurício Stegemann Dieter

Relatora Geral

Thaís Pinhata de Souza

Comitê Técnico 1

Lívia Sant'Anna Vaz - Relatora

Pablo Nunes - Relator

Caroline Tassara

Isadora Brandão

Priscila Gomes Palmeiro

Orlando Perri

Simone Schreiber

Luciano Mariz Maia

Jonas Pacheco

Comitê Técnico 2

Janaina Matida - Relatora

Luciano Góes - Relator

Mariana Py Muniz

Leonardo Marcondes Machado

Jacson Luiz Zilio

Orlando Zaccone

Dagoberto Albuquerque da Costa

Rafaela Silva Garcez

Comitê Técnico 3

Eduardo Dantas - Relator

Lucia Helena Oliveira - Relatora

Marcus Henrique P. Basílio

Dora Cavalcanti

Lilian Milnitsky Stein

Rafael Almeida de Piro

Mario Dittício

Comitê Técnico 4

Hugo Leonardo - Relator

Gabriel Sampaio - Relator

Natália Dino

Gustavo Noronha de Ávila

Maira Fernandes

Rafael Estrela Nóbrega

Fernando Luís S. Corrêa

Comitê Técnico 5

Cleifson Dias Pereira - Relator

Carolina Ranzolin Nerbass - Relatora

Isabel Penido de Campos Machado

Andrea Vaz de Souza Perdigão

Eunice Amorim Carvalhido

Gabrielle Oliveira de Abreu

William Akerman Gomes

Fernando Braga Damasceno

José Vicente

**DEPARTAMENTO DE MONITORAMENTO E FISCALIZAÇÃO
DO SISTEMA CARCERÁRIO E DO SISTEMA DE EXECUÇÃO
DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS (DMF)**

Supervisor do DMF e da UMF

Conselheiro Mauro Pereira Martins

Coordenador

Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi

Juízes Auxiliares da Presidência

Karen Luíse Vilanova Batista de Souza

Edinaldo Cesar Santos Junior

Jonatas dos Santos Andrade

João Felipe Menezes Lopes

Diretora Executiva

Natália Albuquerque Dino de Castro e Costa

Chefe de Gabinete

Renata Chiarinelli Laurino

**UNIDADE DE MONITORAMENTO E FISCALIZAÇÃO
DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE
DIREITOS HUMANOS**

Coordenador Institucional

Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi

Coordenadora Executiva

Andrea Vaz de Souza Perdigão

Coordenadora Científica

Flávia Cristina Piovesan

EQUIPE UMF

Luiz Victor do Espírito Santo Silva, Camila Curado

Pietrobelli, Natália Faria Resende Castro.

EQUIPE DMF

Alessandra Amâncio Barreto, Alexandre Padula Jannuzzi,

Alisson Alves Martins, Anália Fernandes de Barros,

Camilo Pinho da Silva; Caroline Xavier Tassara, Carolini

Carvalho de Oliveira, Danielle Trindade Torres, Emmanuel

de Almeida Marques Santos, Gabriel Richer Oliveira

Evangelista, Helen dos Santos Reis, Joaquim Carvalho

Filho, Isadora Brandão, Joseane Soares da Costa Oliveira,

Karla Marcovecchio Pati, Karoline Alves Gomes, Larissa

Lima de Matos, Lino Comelli Junior, Luana Alves de

Santana, Luana Gonçalves Barreto, Mariana Py Muniz,

Marcus Vinicius Barbosa Ciqueira, Melina Machado

Miranda, Nayara Teixeira Magalhães, Rayssa Oliveira

Santana, Rogério Gonçalves de Oliveira, Sirlene Araújo

da Rocha Souza, Thaís Gomes Ferreira, Valter dos Santos

Soares, Wesley Oliveira Cavalcante

FICHA TÉCNICA

Coordenação Técnica

Ministro Rogério Schietti
Mauro Pereira Martins
Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi
Andrea Vaz de Souza Perdigão
Isabel Penido de Campos Machado
Cleifson Dias Pereira
Carolina Ranzolin Nerbass
Eunice Amorim Carvalhido
Gabrielle Oliveira de Abreu
William Akerman Gomes
Fernando Braga Damasceno
José Vicente
Natália Albuquerque Dino
Renata Chiarinelli Laurino
Isadora Brandão Araújo da Silva
Caroline Xavier Tassara
Mariana Py Muniz
Camila Curado Pietrobelli
Luís Victor do Espírito Santo Silva
Natália Faria Resende Castro

Autores

Ana Maria Bezerra
Brenda Sharon Rocha Reis
Bruna Moraes da Conceição
Carolina Dzimidas Haber
Eduardo Manhoso
Fabiano Ramos de Moras Sacramento
Gabriel Regensteiner
Gabriela Vergili
Gina Ribeiro Gonçalves Muniz
Gustavo Noronha de Ávila
Gustavo Ribeiro Gomes Brito
Hélen Rejane Silva Maciel Diogo
Ingrid Viana Leão
Isabella Victória Aranha Ribeiro
Isadora Souto Freitas
João Thomas Luchsinger
Jonathan Cardoso Régis
Jorge Bheron Rocha
Juliana Ferreira da Silva
Júlio César Faria Zini
Lara Teles Fernandes
Lilian Milnitsky Stein
Lucas Andreucci da Veiga
Luís Eduardo Lopes Serpa Colavolpe
Luiz Antonio Borri
Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth
Marcus Alan de Melo Gomes
Maurício Stegemann Dieter
Maurílio Casas Maia
Orly Kibrit
Pedro Saliba
Rafael A. F. Zanatta
Rafael Dezidério de Luca
Raissa Amarins Marcandeli
Rebecca Milne
Rita de Araujo Neves
Rosélia de Moraes Falcão
Ryan J. Fitzgerald
Tainá Cristina Botelho Galdino de Almeida
William Weber Ceconello

FICHA CATALOGRÁFICA

C755c

Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Coletânea reflexões sobre o reconhecimento de pessoas: caminhos para o aprimoramento do sistema de justiça criminal / Conselho Nacional de Justiça; Coordenação Rogério Schietti Cruz, Mauro Pereira Martins, Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi – Brasília: CNJ, 2022.

320 p.

ISBN: 978-65-5972-078-1

1. Reconhecimento (processo penal) 2. Psicologia forense 3. Direito Processual Penal 4. Psicologia do testemunho 5. Falso conhecimento I. Título II. Rogério Schietti Cruz III. Mauro Pereira Martins IV. Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi

CDD: 340

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	9
PREFÁCIO	11
SEÇÃO 1 – AUTORES CONVIDADOS	
RECONHECIMENTO PESSOAL NO TRIBUNAL BANDEIRANTE	13
ANÁLISE DO POSICIONAMENTO DO TJSP EM RELAÇÃO ÀS DECISÕES PARADIGMÁTICAS DO STJ NOS HCS 598.886/SC E 652.284/SC <i>Maurício Stegemann Dieter, Rafael Dezdério de Luca e Gabriel Regensteiner</i>	
CAPACITAR PROFISSIONAIS, PROTEGER PROVAS, EVITAR INJUSTIÇAS	33
TREINAMENTO DE RECONHECIMENTO DE PESSOAS PARA A POLÍCIA CIVIL <i>William Weber Cecconello, Ryan J. Fitzgerald, Rebecca Milne e Lilian Milnitsky Stein.</i>	
A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA PENAL DEPENDENTE DA MEMÓRIA	50
DIÁLOGOS ENTRE A PSICOLOGIA DO TESTEMUNHO E A DOGMÁTICA PROCESSUAL PENAL <i>Gustavo Noronha de Ávilal e Luiz Antonio Borri</i>	
SEÇÃO 2	
PSICOLOGIA DO TESTEMUNHO APLICADA AO RECONHECIMENTO DE PESSOAS E RECOMENDAÇÕES AO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL	69
<i>Juliana Ferreira da Silva</i>	
EM DEFESA DE UMA LEGISLAÇÃO BASEADA EM EVIDÊNCIAS	81
A IMPORTÂNCIA DE SE CONHECER AS INFLUÊNCIAS DO VIÉS DE CONFIRMAÇÃO NA PRODUÇÃO DA PROVA DE RECONHECIMENTO DE PESSOAS <i>Ana Maria Bezerra, Brenda Sharon Rocha Reis e Júlio César Faria Zini</i>	
PODE-SE FALAR DE CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA TESTEMUNHAL?	99
<i>Jorge Bheron Rocha e Lara Teles Fernandes</i>	
OLHOS QUE CONDENAM	111
PARÂMETROS PARA UM RECONHECIMENTO PESSOAL CIDADÃO <i>Orly Kibrit, Eduardo Manhoso e Raissa Amarins Marcandeli</i>	

A GUINADA NA DENSIFICAÇÃO NORMATIVA DO ART 226 DO CPP	129
DE MERO ACONSELHAMENTO DO LEGISLADOR À “GARANTIA MÍNIMA PARA QUEM SE VÊ NA CONDIÇÃO DE SUSPEITO DA PRÁTICA DE UM CRIME”	
<i>Gina Ribeiro Gonçalves Munizi</i>	
INJUSTIÇAS PROCEDIMENTAIS	148
REPENSANDO A RELAÇÃO ENTRE DADOS PESSOAIS E RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO	
<i>Gabriela Vergili, Pedro Saliba e Rafael A. F. Zanatta</i>	
O USO DO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO COMO MEIO DE PROVA	166
UMA ANÁLISE CRÍTICA À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E PORTUGUÊS.	
<i>João Thomas Luchsinger, Isabella Victória Aranha Ribeiro e Maurilio Casas Maia</i>	
NOTAS SOBRE O RECONHECIMENTO PESSOAL NOS PROCESSOS CRIMINAIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO	186
<i>Carolina Dzimidas Haber e Fabiano Ramos de Moras Sacramento</i>	
(IN) EFICÁCIA DO RECONHECIMENTO DE PESSOAS	207
ANÁLISE DA PROVA DO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DIANTE DA CRIATIVIDADE RACISTA DO SISTEMA PUNITIVO BRASILEIRO	
<i>Tainá Cristina Botelho Galdino de Almeida e Jonathan Cardoso Régis</i>	
RECONHECIMENTO DE PESSOA	227
PERSPECTIVAS A PARTIR DO HC 598.886/SC E DA INTERPRETAÇÃO DO TJSP	
<i>Lucas Andreucci da Veiga e Bruna Moraes da Conceição</i>	
QUANDO O DIREITO PENAL DO INIMIGO ESTÁ À FRENTE DO RECONHECIMENTO DE PESSOAS	248
UMA ANÁLISE DO LEADING CASE HC 598.886	
<i>Isadora Souto Freitas e Ingrid Viana Leão</i>	
O RACISMO INSTITUCIONAL DO SISTEMA JUDICIÁRIO BRASILEIRO	265
A INJUSTA PRISÃO SUSTENTADA APENAS NO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DO MÚSICO LUIZ CARLOS DA COSTA JUSTINO	
<i>Rita de Araujo Neves, Hélen Rejane Silva Maciel Diogo e Rosélia de Moraes Falcão</i>	
RECONHECIMENTO DE PESSOAS E SELETIVIDADE PUNITIVA NO BRASIL	284
APORTES PARA UM DEBATE	
<i>Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth e Marcus Alan de Melo Gomes</i>	
A COR DO SUSPEITO	304
O EFEITO DA RAÇA CRUZADA NA IDENTIFICAÇÃO DE PESSOAS PELO SISTEMA CRIMINAL.	
<i>Gustavo Ribeiro Gomes Brito e Luís Eduardo Lopes Serpa Colavolpe</i>	

APRESENTAÇÃO

Muito se tem discutido acerca de prisões e condenações injustas decorrentes de reconhecimento pessoal ou fotográfico realizados de forma errônea, sem o cumprimento das prescrições legais. Embora o artigo 226 do Código de Processo Penal estabeleça regras para a realização do reconhecimento de pessoas, essas normas, durante muito tempo, foram tomadas como mera recomendação. Ademais, há que se levar em conta a falibilidade das provas dependentes da memória, pois esta é passível de equívocos, influências externas e subjetivismo, que podem levar ao reconhecimento de pessoas inocentes. Outro aspecto relevante, é o perfil racial dos presos e/ou condenados injustamente por reconhecimento pessoal ou fotográfico errôneo, em sua grande maioria pessoas negras e pobres, assinalando que estereótipos têm grande influência da questão do reconhecimento de suspeitos.

Estudo realizado nos Estados Unidos, pela ONG Innocence Project, aponta que em 75% dos 365 casos de atuação da ONG em Nova Iorque, ficou provada a inocência de uma pessoa injustamente condenada com base em reconhecimento equivocado, através da realização de exames de DNA. Em 2019, o National Registry of Exonerations, banco de dados sobre casos de erro judiciário nos Estados Unidos, apontou que 29% dos erros judiciários são decorrentes de erro no reconhecimento de pessoas¹.

Em âmbito nacional, dados de levantamento realizado pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro, apontam que de 2012 a 2020 foram realizadas ao menos 90 (noventa) prisões injustas baseadas em reconhecimento fotográfico no país - sendo 73 (setenta e três) no Rio de Janeiro. Desse total, 79 (setenta e nove) contam com informações conclusivas sobre a raça dos acusados, sendo 81% deles pessoas negras².

Ademais, pesquisas sobre psicologia do testemunho vêm desmistificando o grau de exatidão e confiabilidade da memória humana, trazendo à luz sua falibilidade. Tais estudos demonstram que diversos fatores, de ordem ambiental e emocional, podem alterar a memória, gerando esquecimentos e até mesmo falsas memórias. Evidentemente, estas considerações têm impacto significativo no sistema de justiça, diante do alto valor probatório que normalmente é atribuído ao reconhecimento do suspeito.

.....

1 Innocence Project Brasil. Prova de Reconhecimento e Erro Judiciário. São Paulo, Brasil. 1ª edição: Jun. 2020.

2 <https://www.defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/10660-Relatorio-revela-58-acusados-injustamente-identificados-por-engano>.

Em uma mudança de paradigma, a Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça proferiram decisões em relação ao tema, no HC n° 652.284/ SC, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, e HC n° 598.886/SC, de relatoria do Ministro Rogério Schietti. Deste modo, os referidos acórdãos estabeleceram 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”. Assim sendo, devem ser estritamente observadas as regras do art. 226 do CPP, sob pena de nulidade da prova³.

Levando em consideração todas essas questões e, principalmente a preocupação com o tema do erro judiciário, o Conselho Nacional de Justiça criou Grupo de Trabalho destinado à realização de estudos e elaboração de proposta de regulamentação de diretrizes e procedimentos para o reconhecimento pessoal em processos criminais e a sua aplicação no âmbito do Poder Judiciário, através da Portaria n° 209 de 31/08/2021, com a finalidade de evitar condenação de pessoas inocentes.

Assim, o Conselho Nacional de Justiça desempenha plenamente sua função institucional, com a implementação de uma política judiciária de caráter nacional para aperfeiçoamento do sistema de justiça, fortalecendo o sistema de precedentes judiciais e garantindo a eficiência da prestação jurisdicional. Ademais, busca cumprir a Constituição da República, ao atuar para garantir efetividade à proteção aos direitos humanos fundamentais.

Ministra Rosa Weber

Presidente do Conselho Nacional de Justiça

.....

³ HC n° 598.886/SC, Relator: Ministro Rogério Schietti, Sexta Turma, DJe 18/12/20220.

PREFÁCIO

Muito me honrou o convite para a coordenação do Grupo de Trabalho sobre Reconhecimento de Pessoas criado pelo Conselho Nacional de Justiça. Esse tema complexo necessitava da reunião de operadores do direito de todo o Brasil e representantes de diversas instituições, na busca de uma solução técnica que possa ser aplicada por todos os que atuam no sistema de justiça criminal.

O projeto do Conselho Nacional de Justiça surgiu através de requerimento formulado pelo Centro de Pesquisa e Extensão em Ciências Criminais da USP, do Innocence Project Brasil e do Instituto de Defesa do Direito de Defesa, que destacaram a necessidade premente de desenvolvimento de parâmetros para a regulamentação dos procedimentos de reconhecimento no país e a sua aplicação, bem como o diagnóstico dos demais elementos catalisadores da condenação de inocentes.

A criação do Grupo de Trabalho, através da Portaria CNJ nº 209, de 31 de agosto de 2021, revelou sua composição plural e a participação de representantes do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Advocacia, das Polícias Civil e Militar, da sociedade civil, acadêmicos e membros da Comissão de Juristas Negros da Câmara dos Deputados, essencial para que o trabalho refletisse a realidade do reconhecimento de pessoas no país e apresentasse a contribuição de todos os envolvidos.

O Plano de Trabalho do GT estabeleceu a criação de cinco comitês técnicos, cada um com atribuição sobre produtos diversos a serem desenvolvidos. Entre as atividades propostas, foi realizado um diagnóstico dos elementos catalisadores da condenação de inocentes no sistema de justiça criminal brasileiro, com ênfase no impacto dos reconhecimentos equivocados, inteligência artificial e racismo estrutural; uma proposta de protocolo/melhores práticas para reconhecimento pessoal e fotográfico, em sede policial; uma proposta de regulamentação de diretrizes e procedimentos para o reconhecimento pessoal no país e a sua aplicação no âmbito do Poder Judiciário; uma proposta de alteração legislativa, a fim de incorporar as melhores práticas do reconhecimento de pessoas ao Código de Processo Penal; e por fim, uma convocatória para apresentação de artigos sobre o tema, que deu vida à presente coletânea.

A intenção desta obra foi realizar uma abordagem multidisciplinar do tema, com artigos escritos por juristas, psicólogos, sociólogos e cientistas sociais. Os trabalhos acadêmicos aqui desenvolvidos vêm contribuir para a discussão sobre os problemas que envolvem o reconhecimento de pessoas, assim como para a disseminação, na comunidade jurídica e

na sociedade civil, dos mais recentes estudos e pesquisas referentes a matéria, como as abordagens sobre a falibilidade da memória humana, aspectos do racismo estrutural que permeiam os reconhecimentos equivocados e de modernas práticas de capacitação de profissionais do sistema de justiça para realização do procedimento de reconhecimento, de forma a evitar condenações injustas.

Com a finalização dos trabalhos do GT, muito me orgulho dos resultados obtidos e do empenho e participação decisiva de cada um de seus integrantes. Do mesmo modo, agradeço e parabenizo a cada um dos brilhantes acadêmicos que submeteram seus trabalhos para a realização da presente coletânea. Por fim, ressalto a importância do papel do Conselho Nacional de Justiça na presente empreitada, em seu comprometimento com a missão institucional de aperfeiçoamento do sistema judiciário e promoção dos direitos humanos.

Ministro Rogério Schietti Cruz

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Coordenador do Grupo de Trabalho sobre Reconhecimento de Pessoas

RECONHECIMENTO PESSOAL NO TRIBUNAL BANDEIRANTE

ANÁLISE DO POSICIONAMENTO DO TJSP EM RELAÇÃO ÀS DECISÕES PARADIGMÁTICAS DO STJ NOS HCS 598.886/SC E 652.284/SC

Maurício Stegemann Dieter¹, Rafael Dezidério de Luca² e Gabriel Regensteiner³

Resumo: O presente artigo introduz o leitor à problemática dos reconhecimentos pessoais equivocados e/ou irregulares e a como esta se insere nos planos teórico e prático no Brasil, sintetizando as premissas teóricas criminológicas e jurídicas da discussão, com os objetivos de, ao final, (i) realizar a análise crítica da jurisprudência do TJSP em comparação com a evolução do entendimento do STJ, consubstanciada nas decisões dos *Habeas Corpus* nos 598.886/SC e 652.284/SC, e (ii) propor soluções a este problema social concreto, viabilizando a interrelação entre teoria e práxis social.

Palavras-chave: Reconhecimento pessoal equivocado. Erro judiciário. Falsas memórias.

Abstract: *The present article introduces the reader to the problem of eyewitness mistaken identification and how it is inserted in the theoretical and practical spheres in Brazil, synthesizing the criminological and juridical premises of the discussion, aiming to (i) critically analyze the jurisprudence of the TJSP in comparison with the evolution of the understanding of the STJ, embodied in the decisions of Habeas Corpus n. 598.886/SC and 652.284/SC, and (ii) propose solutions to this concrete social problem, enabling the interrelation between theory and social praxis.*

Keywords: *Mistaken Eyewitness Identification. Wrongful conviction. False memories.*

.....
1 Professor Doutor do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/7476961188824155>.

2 Mestrando em Direito Penal e Criminologia pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/4600581599949359>.

3 Graduado em Ciências Sociais pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/7219165534421549>.

INTRODUÇÃO: REPENSANDO O ESTUDO DO RECONHECIMENTO PESSOAL NO BRASIL⁴

Este artigo busca fornecer instrumentos para que se possa redirecionar o estudo acadêmico e a orientação jurisprudencial local quanto à estrita obediência das regras processuais penais na realização de reconhecimentos pessoais de suspeitos da prática de crimes que comportem tal meio de prova, como ocorre usualmente com roubo e furto.

O objeto de análise não se exaure no âmbito do discurso jurídico, mas se presta também a explorar a dimensão macrossociológica do problema concreto, enquanto fenômeno social de relevância para pensar a questão criminal.

A abordagem criminológica se fará especialmente a partir de relevantes descobertas científicas da psicologia quanto às chamadas “falsas memórias”⁵ e do peso das “metarregras”⁶ na modelação de posicionamentos institucionais no sistema de justiça criminal, à luz da orientação do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) com relação à questão dos reconhecimentos pessoais equivocados, que não raro resultam em condenações injustas de inocentes⁷.

Com base nisso, o objetivo é de realização de autêntica crítica emancipatória⁸, que possibilite aos operadores do direito verificar certas incongruências e empreender mudanças na forma de interpretar o artigo 226 do Código de Processo Penal (CPP) e de aplicá-lo

.....
4 Analogia ao artigo “**Rethinking the Study of Miscarriages of Justice**”, publicado por Richard Leo em 2005, trabalho pioneiro para tratar das determinações não determinantes do “erro judiciário” na realidade yankee, compreender os principais problemas, em “*uma tentativa de repensar o estudo do erro judiciário para desenvolver, de forma sistemática, uma criminologia do erro judiciário mais sofisticada, perspicaz e generalizável*” (LEO, 2017, p. 83), algo ainda carente no contexto brasileiro.

5 O termo “falsas memórias” se refere ao processo de “*incorporação e a recordação de informações falsas, sejam de origem interna ou externa, que o indivíduo lembra como sendo verdadeiras*”, o que ocorre devido às “*características de sugestibilidade da memória*” (STEIN, 2010, p. 23).

6 As metarregras, construção teórica derivada da recepção alemã do paradigma da reação social, podem ser explicadas como o modo de interpretação e aplicação das regras do direito penal pelos agentes do sistema de justiça criminal, o que sofre a influência de determinações culturais, sociais, econômicas e políticas.

7 Segundo relatórios anuais recentes do *National Registry of Exonerations* (NRE), registro nacional norte-americano de exonerações de sentenças condenatórias equivocadas desde 1989, o reconhecimento pessoal irregular é um dos principais fatores que contribuem (“*contributing factors*”) para condenações de pessoas inocentes: em 2020, foram 30 de 129 exonerações (23,25%), e, em 2021, foram 47 de 161 casos (29,19%). Esses relatórios anuais de 2020 e 2021 estão disponíveis, respectivamente, nos seguintes links: <https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Documents/2021AnnualReport.pdf> e <https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Documents/NRE%20Annual%20Report%202021.pdf>. Acesso em 01/05/2022.

8 Em sua 11ª tese sobre Feuerbach, Marx destaca que a função da ciência social não é apenas interpretar o mundo, mas transformá-lo, o que deve ser feito a partir da práxis humana e da crítica materialista (sem idealismos) que considere as especificidades do objeto e do contexto em que este se insere.

efetivamente nos processos criminais, ainda que reconhecidas as limitações inerentes ao discurso jurídico enquanto mecanismo revolucionário⁹.

Apesar dessas limitações, vislumbra-se a possibilidade de mudança na tradição institucional dos tribunais estaduais, à semelhança do processo de transformação jurisprudencial recente nos tribunais superiores.

Isso porque, na história recente, os procedimentos legais do reconhecimento pessoal, previstos no artigo 226 do CPP, costumavam ser tratados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) como “mera recomendação” e simples formalidades que poderiam ser ignoradas nos casos concretos em função da “busca da verdade” no processo penal, sem que isso ensejasse a nulidade probatória¹⁰, o que levou à ratificação de várias condenações baseadas em provas produzidas de forma ilícita.

Os argumentos utilizados para sustentar tais decisões são de ordens diversas, como: a ratificação em juízo do reconhecimento fotográfico realizado em sede policial; a tese de que as disposições do artigo 226 do CPP são mera recomendação, e não uma exigência legal; e a corroboração da prova de reconhecimento irregular por outros frágeis elementos existentes nos autos, ainda que contaminados.

No entanto, essa visão não passa de grave equívoco que ignora a necessidade de interpretação das regras processuais penais conforme os princípios constitucionais da legalidade, da presunção de inocência (e a decorrente regra probatória denominada “*in dubio pro reo*”), do contraditório, da ampla defesa e da inadmissibilidade de provas ilícitas (artigo 5º, incisos LV, LVI e XXXIX, e artigo 157 do CPP).

À luz desses problemas, recentemente, houve a mudança de interpretação da questão pelo STJ, a partir de dois importantes precedentes das duas turmas da Corte Superior, quais sejam, os *Habeas Corpus* nos 598.886/SC e 652.284/SC, que romperam com a (equivocada) linha de entendimento anterior do autoproclamado “Tribunal da Cidadania” e reconheceram a nulidade de reconhecimentos fotográficos, feitos em desacordo com o procedimento legal previsto (artigo 226 do CPP) e as garantias processuais, principalmente

.....

9 O caráter ideológico da ordem legal nas sociedades modernas, como instrumento coercitivo do Estado e da classe dominante na sociedade capitalista (vide QUINNEY, 1975), e o contraste entre o “ser” (realidade) e o “dever-ser” (abstração jurídica) constituem os principais obstáculos para que se realizem mudanças nas estruturas do sistema de justiça criminal, reconhecido como um “sistema de violência institucional” (BARATTA, 1989).

10 Dentre os inúmeros julgados, estão os seguintes: STJ, AgRg no AREsp nº 1.054.280/PE, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, DJe 13/06/2017; STJ, AgRg no AREsp nº 1.175.175/AM, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, DJe 15/12/2017; STJ, HC nº 474.655/PR, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, DJe 03/06/2019; STJ, STJ, REsp nº 1.853.401/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, DJe 04/09/2020; STJ, AgRg no RHC nº 122.685/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 01/06/2020; STJ, AgRg no AREsp nº 1.585.502/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe 14/02/2020; STJ, AgRg no HC 525.027/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 06/12/2019; e STJ, AgRg no AREsp 1.641.748/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 24/08/2020.

“à vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho”¹¹, bem como dos “vários fatores que podem vir a comprometer a confiabilidade do reconhecimento fotográfico ou mesmo do reconhecimento presencial”¹².

Após essas relevantes decisões, a jurisprudência geral do STJ se consolidou nesse sentido¹³, reconhecendo-se a prova do reconhecimento pessoal como “um campo fértil para o erro judicial”, que deu ensejo ao movimento de reversão de condenações lastreadas em reconhecimentos equivocados em quase 90 casos até o momento¹⁴, o que foi relativamente acompanhado pelo Supremo Tribunal Federal (STF)¹⁵.

Sedimentada a mudança de posição do STJ e, em certa medida, do STF, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) emitiu a Portaria nº 209, de 31/08/2021, através da qual se criou Grupo de Trabalho, coordenado pelo Ministro Rogério Schietti Cruz, para realizar estudos e desenvolver novas diretrizes “com vistas a evitar condenação de pessoas inocentes”¹⁶, cuja motivação principal foi o grande número de casos de reconhecimentos irregulares encontrados e os seus efeitos nefastos¹⁷.

No entanto, apesar de toda essa mobilização jurisprudencial, não se tem visto a mesma movimentação nos tribunais locais, especialmente no caso do TJSP, reconhecidamente um “anarquista institucional” que tende a descumprir as teses fixadas pelo Supremo Tribunal Federal em temas de repercussão geral¹⁸.

Por isso, diante desse contexto, este artigo analisará como se dava, antes da virada de chave do STJ, e como tem se dado, atualmente, o tratamento dos reconhecimentos pessoais realizados de maneira irregular pelo tribunal paulista, visando a oferecer respostas, realizar a devida crítica e delimitar a base de soluções para este problema relevante do

.....

11 STJ, HC 598.886/SC, 6ª Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe 18/12/2020.

12 STJ, HC 652.284/SC, 5ª Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 03/05/2021. O Ministro Relator ainda destacou como alguns destes fatores a “falibilidade da memória” e a “matriz garantista” da legislação processual penal brasileira.

13 Por exemplo: STJ, HC nº 631.706/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 18/02/2021; STJ, HC nº 545.118/ES, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 18/12/2020; STJ, RHC 133.408/SC, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 18/12/2020; e STJ, HC 630.949/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe 29/03/2021.

14 STJ. **Reconhecimento de pessoas: um campo fértil para o erro judicial**. Notícias, 06/02/2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/06022022-Reconhecimento-de-pessoas-um-campo-fertil-para-o-erro-judicial.aspx>. Acesso em 01/05/2022.

15 Como exemplo, cita-se o RHC nº 206.846/SP (Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 22/02/2022), que explica a falibilidade da memória e a relevância do procedimento correto para o reconhecimento pessoal. Destaca-se também o RHC nº 176.025 (Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 25/11/2021).

16 A portaria pode ser consultada em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4090>. Acesso em 15/05/2022.

17 Conselho Nacional de Justiça. **Grupo de trabalho define plano de ação contra prisão de pessoas inocentes**. 18/10/2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/gt-define-plano-de-acao-contra-prisao-de-inocentes-e-pela-correta-identificacao-de-suspeitos/>. Acesso em 15/05/2022.

18 Expressão proferida pelo Min. Gilmar Mendes (HC nº 211.607): “(...) o Tribunal de Justiça de São Paulo se comporta como um anarquista institucional e ignora as decisões da Suprema Corte”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-17/conceder-hc-gilmar-chama-tj-sp-anarquista-institucional>. Acesso em 01/05/2022.

sistema de justiça criminal, no plano da luta formal por melhorias nas condições da massa selecionada pelo aparelho punitivo¹⁹ e pela contenção e redução do poder de punir estatal²⁰, sem que isso caracterize simples reformismo compromissado com a ideologia capitalista.

MÉTODO E METODOLOGIA: COMO EXPLORAR DEVIDAMENTE ESSE OBJETO?

Para levar a cabo estes objetivos, a presente pesquisa se valerá de método e metodologia bem definidos. Afinal, qualquer estudo de qualidade prima pelo método, que não é secundário, mas central à produção acadêmica.

A base para a investigação aqui realizada é o método realista, que considera, cautelosamente, as peculiaridades das ciências sociais e as especificidades de seus objetos, a fim de combinar análises concretas e suas necessárias abstrações, viabilizando a realização de explicações causais dos fenômenos sob investigação com a evitação de reducionismos e generalizações (SAYER, 2010; MATTHEWS, 2014).

Do ponto de vista metodológico, o adequado enfrentamento do objeto de estudo proposto e a consecução dos objetivos da pesquisa já expostos exigiram a utilização combinada de metodologias quantitativa e qualitativa.

Nesse sentido, uma vez que a solução da primeira questão delineada neste artigo – qual seja, o registro da medida em que o TJSP incorporou ou não, em suas decisões, a nova jurisprudência do STJ acerca da validade do reconhecimento pessoal realizado em desconformidade com o procedimento legal – dependia essencialmente de mensuração, fez-se necessária a utilização de abordagem quantitativa, com as cautelas necessárias para não incorrer nos erros da “criminologia voodoo” (MATTHEWS, 2014, pp. 60-63).

Assim, procedeu-se à tabulação dos dados de 147 decisões²¹ do TJSP, selecionadas em três momentos distintos e específicos, conforme se explicará mais adiante, de modo

.....
19 A seletividade estrutural do sistema punitivo capitalista (ZAFFARONI, 1991, p. 15) se explica com base nos mecanismos estruturais e processos causais necessários que o sustentam e legitimam a elaboração de discursos oficiais destinados a manter o *status quo* e a etiquetar determinados alvos estigmatizados em razão de características definidas pela própria dinâmica dos processos de criminalização e das relações de produção, troca, consumo e distribuição capitalistas.

20 Como afirma Baratta, é possível utilizar o direito como “*atitude de defesa*”, ou seja, instrumentalizá-lo para construir “*uma política de transformação desta realidade, uma estratégia alternativa baseada na afirmação de valores e de garantias constitucionais*” (1999, pp. 221-222), considerando-se seus limites.

21 Trata-se de decisões proferidas em sede de Apelação, Revisão Criminal e *Habeas Corpus*, vide sistema de consulta de jurisprudência do TJSP. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>.

a possibilitar, no momento da análise, a quantificação da adesão dos desembargadores paulistas à nova jurisprudência²². Repare-se que o número de acórdãos não é o foco, mas, sim, a tendência recente do tribunal em relação ao objeto analisado.

O resultado de tal análise permite a corroboração ou a infirmação da hipótese esboçada na introdução deste trabalho, segundo a qual as câmaras do TJSP, com sua característica de “anarquismo institucional”, estariam recusando a nova jurisprudência dos tribunais superiores na maioria de suas decisões.

Já para a realização do segundo objetivo deste artigo – o mapeamento dos argumentos utilizados pelos desembargadores ao longo do tempo para justificar suas posições acerca da questão do reconhecimento pessoal –, a metodologia requerida foi basicamente de natureza qualitativa.

Com efeito, dentro da amostra reunida, buscou-se: a) sistematizar os argumentos favoráveis e contrários à nova jurisprudência encontrados nos julgados do TJSP; e b) discuti-los tanto da perspectiva dogmático-penal quanto da abordagem criminológica, de acordo com as premissas teóricas que serão expostas no capítulo seguinte.

Para que a evolução no entendimento do TJSP acerca do reconhecimento pessoal pudesse ser apreendida, foi necessário, antes de tudo, fixar marcos temporais a partir dos quais fosse possível recortar uma amostra que permitisse aos autores enxergar a processualidade do objeto. Tendo isso em vista, foram estabelecidos três momentos distintos de análise: a) antes da virada jurisprudencial do STJ (setembro de 2020); b) alguns meses depois desta (janeiro de 2021); c) atualidade (abril de 2022).

Com a finalidade de revelar o entendimento hegemônico do TJSP sobre o tema *antes da virada na jurisprudência*, a pesquisa levantou, em primeiro lugar, todos os acórdãos exarados em setembro de 2020 (mês imediatamente anterior ao proferimento daquela primeira decisão paradigmática no HC nº 598.886/SC) pelo tribunal paulista que, em suas ementas, anunciavam a discussão sobre a validade do reconhecimento pessoal em face do disposto no artigo 226 do CPP, utilizando-se como parâmetros de pesquisa os termos-chave “reconhecimento” e “226”, quando localizados conjuntamente na ementa²³.

.....

22 Cabe ressaltar que essa questão se desdobra em outras que também serão enfrentadas na análise, notadamente as seguintes: a) se dentro de cada uma das 16 câmaras do TJSP há ou não uniformidade nos posicionamentos a respeito do reconhecimento pessoal enquanto prova válida; e b) se antes da virada jurisprudencial do STJ alguma câmara do TJSP já entendia que o reconhecimento pessoal realizado em desconformidade com o procedimento do artigo 226 do CPP resultava em nulidade.

23 Não se ignora que existe uma margem de escape, ou seja, acórdãos em cujas ementas não constam os termos “reconhecimento” e “226”, mas que efetivamente discutem no corpo do texto a validade do reconhecimento pessoal. Entretanto, para a delimitação de uma amostra capaz de dar conta dos objetivos de pesquisa deste artigo, a análise dos 147 acórdãos coletados se mostra suficiente.

Ressalta-se que os acórdãos questionando reconhecimentos pessoais regulares, feitos com a estrita observância do artigo 226 do CPP, não foram selecionados para a amostra, porque, nesses casos, a nova jurisprudência dos tribunais superiores não modificou sua aceitação enquanto prova válida no processo penal, de forma que não faria sentido medir sua validação antes e depois dos recentes julgados do STJ.

Na sequência, e com os mesmos parâmetros, foram reunidas as decisões do TJSP sobre o tema do reconhecimento pessoal proferidas no mês de janeiro de 2021 (dois meses após o julgamento do HC 598.886/SC, portanto). Aqui, o objetivo foi aferir a penetração da nova jurisprudência no tribunal paulista em um momento intermediário, quando o julgado disruptivo do STJ ainda era relativamente recente.

Por fim, foram coletados todos os acórdãos que em suas ementas anunciavam a discussão acerca da validade do reconhecimento pessoal no mês de abril de 2022. A análise da presente amostra retrata de que forma o TJSP tem decidido sobre o tema já após um período de decantação do entendimento do STJ expresso nos HCs 598.886/SC e 652.284/SC, bem como das sucessivas decisões nos tribunais superiores que referendaram esse entendimento, tanto no STJ quanto no STF, ou até mesmo avançaram para além dele em sentido mais garantista (vide decisão proferida pelo Min. Rogério Schietti em 17/03/2022 no HC 712.781/RJ, revisando pontos de sua primeira decisão).

No decorrer do desenvolvimento, deverão ser respondidas as seguintes questões:

- a) Antes das decisões paradigmáticas do STJ, havia decisões no TJSP no sentido garantista trazido posteriormente pelos HCs 598.886/SC e 652.284/SC?
- b) Houve mudança parcial na jurisprudência do TJSP? Se sim, em qual medida?
- c) Há uniformidade entre as câmaras e entre os relatores dentro das câmaras?
- d) Quais são os principais argumentos invocados, tanto para seguir quanto para não seguir a mudança jurisprudencial do STJ?
- e) Nas decisões que mantêm os reconhecimentos feitos em desconformidade com o artigo 226 do CPP, chega-se a enfrentar as questões teóricas expostas?
- f) Os principais pontos teóricos trazidos pela Psicologia do Testemunho, especialmente quanto à evitação de indução de falsas memórias e à irrepetibilidade do procedimento, têm sido considerados pelo TJSP?

PREMISSAS TEÓRICAS DA ANÁLISE E SUAS DIMENSÕES

As premissas teóricas sobre as quais se assenta a presente análise se dividem em duas dimensões interdependentes: a compreensão criminológica e a análise jurídica, ambas necessariamente vinculadas uma à outra.

Primeiramente, o pano de fundo criminológico foi erigido por avanços científicos no campo da chamada “Psicologia do Testemunho”, que demonstrou a falibilidade da memória humana e a sua sujeição a distorções, com a resultante produção das denominadas falsas memórias, o que afeta diretamente os reconhecimentos pessoais realizados no sistema de justiça criminal.

Nas últimas décadas, foram produzidas importantes pesquisas examinando, criteriosamente, os riscos de reconhecimentos irregulares no sistema de justiça criminal como resultado de falsas memórias, tanto internacional quanto nacionalmente, com destaque aos trabalhos de Lilian Stein (2010, 2015 e 2020), Elizabeth Loftus (1979, 1995, 1998 e 2003, principalmente), Gary Wells (1978), Garrett Brandon (2011), C. J. Brainerd (2008), Kaitlin Jackson e Samuel Gross (2016), dentre muitos outros.

Na prática do sistema de justiça criminal, esses trabalhos têm demonstrado, desde a década de 1970²⁴, o patente risco da ocorrência de condenações de inocentes devido a reconhecimentos pessoais equivocados (“*mistaken eyewitness identifications*”), o que constitui um poderoso fator propulsor (“*contributing factor*”) dessas injustiças²⁵.

No âmbito jurídico, parte minoritária (mas qualificada) da doutrina processual penal²⁶ já explicava os impactos das falsas memórias na realização de reconhecimentos pessoais irregulares (em desconformidade com o artigo 226 do CPP) e a possibilidade de condenação injusta, o que confronta os princípios da legalidade, da presunção de inocência, da vedação à prova ilícita, do contraditório e do devido processo legal.

.....
24 Embora as falsas memórias sejam estudadas desde o final do século XIX, a sua análise sistemática e “*muito dos avanços na área ocorreram somente entre os anos de 1970 e 1990*” (STEIN, 2010, p. 25).

25 Adota-se aqui a preferência pelas expressões “*fator propulsor*” e “*condenação de inocentes*”, em detrimento dos termos “*causa*” e “*erro judiciário*”, porque: a) “*causa*” pode levar à pressuposição de um causalismo determinista, descabido para o objeto estudado; e b) “*erro judiciário*” remete à ideia de falha do Poder Judiciário em processos criminais, o que é questionável, visto que esses reiterados supostos equívocos constituem, na realidade, prática sistêmica que integra a essência do sistema penal moderno, estruturalmente orientado para selecionar, estigmatizar e segregar determinados segmentos da sociedade, de modo a reproduzir e perpetuar as bases que sustentam as condições de manutenção do *status quo*.

26 Merecem destaque, aqui, as produções de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Aury Lopes Jr. (2021), Ricardo Jacobsen Gloeckner (2018) e Janaina Matida et alii (2020).

Isso ocorre especialmente porque a regra do artigo 226 do CPP exige que se proceda às seguintes etapas na busca deste meio de prova: 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; e 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.

Como observa Aury Lopes Júnior, essas regras não são simples formalidades inúteis ou meras recomendações, mas *“constituem condição de credibilidade do instrumento probatório, refletindo na qualidade da tutela jurisdicional prestada e na própria confiabilidade do sistema judiciário de um país”* (2021, p. 216).

Ou seja, em um processo penal de matriz garantista, nos moldes da doutrina de Luigi Ferrajoli, *“forma é garantia”* e *“sua observância é condição necessária a todo e qualquer reconhecimento a que se pretenda efeitos jurídicos”* (MATIDA et alii, 2020).

Ocorre que esses procedimentos raramente são seguidos de modo correto pelos condutores dos reconhecimentos, mormente na fase de investigação preliminar, na qual os agentes de polícia judiciária frequentemente induzem e sugerem determinados autores, direta ou indiretamente, através das mais variadas formas.

A consequência é inevitável: falsas memórias são produzidas e inocentes são condenados em decorrência da inquisitorial busca da “verdade real”, elemento cultural inerente ao sistema de processo penal que se molda no Brasil com a configuração do atual CPP, elaborado em 1941 com base no Código Rocco (de matriz fascista).

Este “princípio da verdade real”, que afeta todas as instâncias institucionais do sistema de justiça criminal (tanto policiais quanto judiciais), trouxe três principais reflexos: a) a *“finalidade de apuração da verdade”* como objetivo central do processo penal; b) o *“repúdio a qualquer sistema de controle sobre os meios probatórios”*; e c) a fulminação da *“aplicação do in dubio pro reo no processo penal brasileiro”*, visto que, de acordo com a Exposição de Motivos do CPP, o próprio juiz deveria evitar a invocação daquela norma e buscar a verdade real (GLOECKNER, 2018, pp. 418-419).

Em linhas gerais, a explicação acima traduz, em apertada síntese, o estado da arte das teorias criminológicas e jurídicas envolvendo o reconhecimento pessoal.

No entanto, apesar de o substrato teórico crítico não ser tão inédito (mesmo em solo nacional²⁷), os impactos práticos no Brasil são bastante recentes, tendo em vista a virada de chave do STJ no final de 2020, que se apresentou como “*divisora de águas na proteção de inocentes bem como do direito de defesa*” (MATIDA et alii, 2020).

Esse ponto de inflexão foi concomitante ao trabalho do *Innocence Project Brasil* (IPB), que deu destaque aos problemas da Psicologia do Testemunho no relatório intitulado “**Prova de Reconhecimento e Erro Judiciário**” (2020), sintetizando os seus principais aspectos e a sua relação com o sistema de justiça criminal nacional:

- a) as falsas memórias podem ser espontâneas (processos psíquicos internos de “transferência inconsciente”) ou sugeridas (influência de fontes externas) (2020, p. 2);
- b) a confiabilidade do reconhecimento pessoal dependerá da avaliação de determinadas “*variáveis estimáveis*” envolvidas no processo da formação da memória, que se constituem como “*circunstâncias que não podem ser controladas, como características pessoais da testemunha ou a iluminação do local do crime*” e podem ser avaliadas a partir de determinadas questões chave²⁸ (2020, pp. 3-5), o que guarda relação com a sua condução conforme o procedimento legal pelos agentes de criminalização secundária;
- c) a “*irrepetibilidade do reconhecimento*” como relevante cautela para evitar a contaminação da cadeia de custódia e a sugestibilidade da memória, o que afasta o argumento recorrente da possibilidade de sua convalidação em juízo (2020, p. 5);
- d) o reconhecimento fotográfico “é altamente indutor de equívocos” (2020, p. 8) e é largamente adotado pelas autoridades brasileiras (Ministério da Justiça, 2014, p. 69)²⁹;
- e) a necessidade de corroboração do reconhecimento por outros meios de prova produzidos na instrução processual, em função do risco de falsas memórias e dos princípios constitucionais da presunção de inocência e do contraditório, que orientam, ou deveriam orientar, o processo penal brasileiro (2020, p. 5);
- f) o procedimento de reconhecimento mais indicado pela Psicologia do Testemunho é o “*lineup*”, em que ocorre “*a formação de uma linha em que são colocadas lado*

.....
27 Afinal, já em 2010, Lilian Stein havia conduzido a produção da obra coletiva “**Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações técnicas e jurídicas**”.

28 Dentre essas questões, o relatório apontou o possível contato da testemunha com o réu antes do reconhecimento, o grau de potencial visualização e as condições psíquicas da testemunha no momento dos fatos, o tempo decorrido entre os fatos e o reconhecimento, possíveis influências externas, a existência de estereótipos e as diferenças raciais (Innocence Project Brasil, 2020, pp. 4-5).

29 No mesmo sentido, deram-se as conclusões da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro no relatório “**O reconhecimento fotográfico nos processos criminais no Rio de Janeiro**” (2022).

- a lado pessoas com fisionomias similares entre si, selecionadas de acordo com as características fornecidas pela testemunha em sua primeira narração dos fatos”, ao contrário do modelo “showup”, que consiste na “exibição unipessoal”, isto é, de um único suspeito (2020, pp. 7-8);
- g) o “mecanismo do duplo cego” (*double blind*), em que a testemunha e o profissional que organiza o alinhamento não sabem quem é o suspeito, garante maior efetividade para evitar a indução de falsas memórias (2020, p. 8); e
- h) a inobservância das formalidades do artigo 226 do CPP, que não são “mera recomendação”, caracteriza evidente causa de nulidade absoluta, independentemente de sua “convalidação” sob o contraditório judicial³⁰, pois se trata de prova ilícita capaz de contaminar toda a cadeia de custódia (2020, pp. 9-14).

Em função desses avanços científicos, os operadores do direito têm se preocupado, cada vez mais, com o problema criminológico concreto dos defeitos de memória que afetam o reconhecimento pessoal no sistema punitivo estatal, à luz do que se pode depreender dos relatórios anuais do NRE nos EUA e da guinada jurisprudencial do STJ no Brasil, com a conseqüente criação do Grupo de Trabalho do CNJ.

Contudo, torna-se a questionar: os progressos teóricos e dos tribunais superiores têm sido seguidos nos tribunais locais?

TJSP: UM TRIBUNAL APARTADO DO ENTENDIMENTO DAS CORTES SUPERIORES?

Com base nessas premissas teóricas e em vista desse questionamento, este capítulo passará a analisar de que forma o TJSP se situa nessa discussão, quanto à sua adesão (total ou parcial) à jurisprudência atual do STJ e ao seu “anarquismo institucional”, que denota o caráter conservador da cultura institucional da corte.

.....

30 Vale ressaltar aqui a pesquisa de Brandon Garrett nos EUA, que analisou 161 casos de condenações de inocentes em processos com o reconhecimento equivocado como fator propulsor e verificou que havia a repetição do procedimento e sua convalidação em juízo em mais da metade deles (2011, pp. 45-74). A conclusão é a seguintes: “*não há correlação entre a confiabilidade de um reconhecimento e o número de vezes que o procedimento foi realizado*”, mas, pelo contrário, “*quanto mais vezes uma testemunha é solicitada a reconhecer uma mesma pessoa, mais provável passa a ser que ela desenvolva uma falsa memória a seu respeito*” (Innocence Project Brasil, 2020, p. 13). Por outro lado, o supracitado relatório da DPERJ destacou o impacto positivo do controle judicial do reconhecimento sob o contraditório, pois se verificou “*uma discrepância entre o número de reconhecimentos em sede policial e sua confirmação em juízo*”, havendo “*tendência a queda no número de reconhecimentos em juízo*” (2022, pp. 21-23).

Para tanto, como especificado na metodologia (capítulo 2), o artigo partirá da seleção dos 147 acórdãos³¹ distribuídos entre as câmaras, conforme os marcos temporais delimitados, e buscará responder àquelas questões predefinidas.

ANÁLISE QUANTITATIVA

Conforme já exposto, a primeira questão para a qual se buscou respostas foi saber se, antes da primeira decisão paradigmática do STJ (HC 598.886/SC), pelo menos parte dos desembargadores do TJSP já entendia que o descumprimento do procedimento do art. 226 do CPP implicaria nulidade da prova produzida.

Com relação a esse ponto, a conclusão da análise dos julgados proferidos em setembro de 2020 – mês imediatamente anterior ao julgamento do HC 598.886/SC – é inequívoca: a totalidade dos acórdãos pesquisados seguiu a jurisprudência então dominante, que entendia o procedimento de reconhecimento pessoal disposto no artigo 226 como “mera recomendação” legal, a ser cumprida somente “quando” e “se” possível, o que equivalia a dar carta branca aos agentes de criminalização secundária para descumprir o procedimento legal. Por isso, historicamente, esse posicionamento acarretou o desprezo sistemático às regras do artigo 226 do CPP, tanto na fase policial (investigação) quanto judicial (processual).

No que diz respeito aos acórdãos de janeiro de 2021, já mais de dois meses após aquela decisão paradigmática, o resultado seguiu o mesmo padrão, sem nenhuma decisão que houvesse anulado a prova de reconhecimento produzida em desconformidade com o procedimento disposto no artigo 226 do CPP, sendo que a ideia de que as “formalidades” legais (em sentido pejorativo) seriam “mera recomendação” não obrigatória apareceu na totalidade dos 23 casos desse período selecionados.

Até aqui, quase nada era dito pelos desembargadores acerca da falibilidade da memória humana, a qual, no âmbito do processo penal, poderia se expressar em reconhecimentos equivocados. As raras decisões que mencionaram o tema não anularam a prova produzida sem a observação da regra do CPP; apenas lhe deram menor peso no momento de sua valoração probatória.

Tal situação se transforma, em alguma medida, nos acórdãos de abril de 2022. Neste momento, ambas as decisões que inauguraram a mudança de rumos do STJ nas duas turmas (HC 598.886/SC, de outubro de 2020, e 652.284/SC, de abril de 2021) já circula-

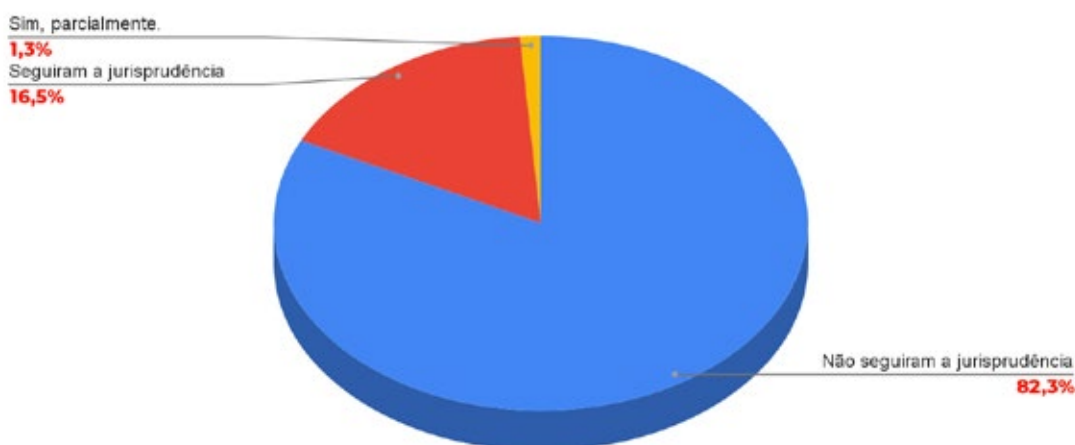
.....

31 Os acórdãos selecionados foram dispostos em planilha disponível no seguinte endereço eletrônico: https://docs.google.com/spreadsheets/d/1anP_PenbPkM9hTi1RROkzhcCKyexxq_hfn0WvORL548/edit?usp=sharing.

vam no meio jurídico havia vários meses, e sucessivas decisões nos tribunais superiores consolidaram o novo entendimento em relação ao reconhecimento pessoal.

Logo, poder-se-ia esperar que o mesmo movimento fosse observado no TJSP. Entretanto, a análise dos acórdãos mais recentes indicou o contrário: apesar de agora já existir uma parcela de decisões dos desembargadores corroborando o novo entendimento dos tribunais superiores (17,7% do total analisado no mês), a grande maioria dos acórdãos coletados (82,3%) ainda seguiu apegada à jurisprudência antiga.

Gráfico 1: quantidade de acórdãos (abril/2022) que consideram nula a prova de reconhecimento pessoal produzida em desacordo com o procedimento do art.



Nota-se aqui enorme resistência de grande parte dos desembargadores paulistas em incorporar o que a Psicologia do Testemunho e a doutrina jurídica mais avançada já pacificaram. Como se verá mais detalhadamente no próximo subtópico, a absoluta maioria das decisões do TJSP seguiu a jurisprudência obsoleta e sequer enfrentou os argumentos colocados pela ciência e dogmática mais avançadas, limitando-se a reiterar julgados antigos dos tribunais superiores³² (não raro de vários anos atrás) e teses especulativas sobre a memória humana já há muito superadas cientificamente.

Em relação à consistência de cada câmara em suas decisões (ou seja, à estabilidade da filiação, ou não, à nova jurisprudência), os dados apresentam duas situações: a) câmaras que consistentemente rejeitam a jurisprudência mais atualizada (a 15ª câmara, por

.....
32 O índice de decisões de abril de 2022 que fizeram referência a julgados antigos dos tribunais superiores, ou mesmo de tribunais estaduais, ignorando completamente a mudança recente foi de 64,5% (51 de 79 casos); enquanto o percentual de decisões analisadas em que o relator mencionou e demonstrou ao menos conhecer o novo entendimento do STJ, apesar de não o seguir, foi de 3,8% (3 de 79 casos). Houve ainda 13,9% (11 de 79) que não citaram qualquer jurisprudência – recente ou obsoleta – dos tribunais para justificar suas decisões.

exemplo, seguiu o entendimento superado em todas as 11 decisões de abril de 2022 que foram analisadas); e b) câmaras que oscilam, ora seguindo o entendimento mais moderno, ora ignorando-o (é o caso da 12ª câmara, que referendou a jurisprudência moderna em 36,36% dos casos analisados e a rejeitou nos demais).

Já no que diz respeito à consistência das decisões exaradas por cada relator, a situação é parecida. Há relatores que ignoram a nova jurisprudência em todos os casos (Des. Xisto Rangel, por exemplo); há os que a adotam em algumas decisões e em outras não (é o caso do Des. Amable Lopez Soto, dentre outros); e, por fim, temos desembargadores que seguiram o novo entendimento em todas as decisões analisadas (caso dos Des. Marcos Alexandre Coelho Zilli e Marcelo Semer).

ANÁLISE QUALITATIVA

Quanto ao conteúdo das decisões analisadas, pôde-se verificar certas tendências nos argumentos utilizados para seguir, ou não, a nova jurisprudência do STJ.

Por um lado, costuma-se invocar fundamentos que relativizam a força normativa do artigo 226 do CPP, frequentemente classificada como “mera recomendação legal”³³, isto é, formalidades que poderiam ou não ser seguidas a depender das peculiaridades do caso concreto³⁴, o que confronta diretamente com o princípio da legalidade.

Além dessa clássica colocação, também foi possível encontrar argumentos como: (i) ausência de “efetivo prejuízo para o acusado”, o que relativiza a nulidade probatória (vide Apelação Criminal nº 0006829-07.2018.8.26.0506); (ii) a credibilidade e a segurança das palavras da testemunha, da vítima e do agente policial, sob diferentes óticas; (iii) a corroboração do juízo condenatório por outros elementos probatórios produzidos independentemente (a esse respeito, veja-se a Apelação Criminal nº 1516329-76.2021.8.26.0228, bem fundamentada pelo Des. Marcos Zilli); e (iv) a inviabilidade prática de realizar o reconhecimento pessoal de forma adequada nos casos concretos, por diferentes limitações das delegacias³⁵ ou dos fóruns criminais.

.....
33 As expressões “mera recomendação”, “simples recomendação” ou “recomendação” aparecem em 76 dos 147 acórdãos (51,7%), sendo utilizadas em muitas das decisões, mesmo em abril de 2022.

34 Como exemplo, tem-se a Apelação Criminal nº 0004102-65.2015.8.26.0220 (TJSP, 9ª Câmara Criminal, DJ 30/09/2020): “Importante destacar que as formalidades exigidas pelo artigo 226, do Código de Processo Penal, não são obrigatórias, só devendo ser observadas quando possível”. Foi em sentido bastante semelhante (ou até idêntico) que se deu a fundamentação de todas as outras decisões de apelação, revisão criminal e HC com data de julgamento no mês de setembro de 2020 (todas negando a obrigatoriedade do procedimento do artigo 226 do CPP) e praticamente todas de janeiro de 2021.

35 Um dos curiosos argumentos invocados foi a “grave crise de saúde pública por que atravessa o País” (pandemia do Covid-19), que dificultaria a possibilidade de se colocar 3 pessoas lado a lado para o procedimento legal exigido (Apelação nº 1502654-80.2020.8.26.0228 e nº 1501036-54.2020.8.26.0599, ambas de Relatoria do Des. André Carvalho e Silva de Almeida).

Com a consolidação da nova jurisprudência do STJ, as linhas argumentativas para negar ou relativizar a nulidade da desobediência ao procedimento do artigo 226 do CPP (que continuou a ser o entendimento prevalente no TJSP), mantendo a condenação dos réus, evoluíram no sentido de priorizar as teses de que haveria outras provas aptas a sustentar a condenação e de que não teria havido prejuízo efetivo ao acusado.

Veja ou outra, menciona-se a jurisprudência atual da Quinta Turma do STJ (inclusive a subvertendo, em certos casos³⁶) para sustentar esses posicionamentos, mas a tendência do TJSP tem sido simplesmente ignorar e não enfrentar as teses e premissas teóricas expostas detalhadamente no acórdão paradigmático do Min. Rogério Schietti Cruz (HC 598.886/SC).

Raras exceções, em sentido oposto, merecem ser destacadas, como algumas decisões proferidas em 2022 pelos desembargadores Marcos Zilli e Marcelo Semer.

O magistrado Marcos Zilli tem dado ênfase, em seus julgamentos, à mudança na jurisprudência e às questões processuais penais³⁷ e científicas (Psicologia do Testemunho) envolvidas, explicando como se entendia esse tema antes nos tribunais e o que tem mudado: de “mera recomendação” para causa de nulidade da prova.

Mas não se trata de nulidade absoluta ainda. O que tem sido decisivo, nesses casos, para julgadores mais progressistas como Marcos Zilli, é a existência, ou não, de outros elementos probatórios independentes aptos a corroborar o juízo condenatório, já que a prova do reconhecimento teria sido declarada ilegal³⁸.

Já o Des. Marcelo Semer tem ido além e seguido à risca as teses fixadas pelo Min. Rogério Schietti Cruz no HC 598.886/SC, em consonância com todas as premissas teóricas estabelecidas neste artigo, inclusive quanto à contaminação probatória pelo reconhecimento pessoal ilícito e à irrepetibilidade do reconhecimento feito de modo irregular anteriormente, na fase de investigação, pela polícia judiciária³⁹, em que o reconhecimento fotográfico, não previsto em lei, é bastante comum na prática.

.....
36 É o caso da Apelação Criminal nº 1500164-78.2021.8.26.0607, em que o relator afirma que “o art. 226 do Código de Processo Penal possui teor meramente recomendatório” e menciona “a mais recente jurisprudência do C. STJ” para reforçar seu ponto.

37 Marcos Zilli tem citado, frequentemente, uma passagem do livro de Aury Lopes Jr., em que este pontua que os cuidados com as regras de realização do reconhecimento pessoal “longe de serem inúteis formalidades, constituem condição de credibilidade do instrumento probatório, refletindo na qualidade da tutela jurisdicional prestada e na própria confiabilidade do sistema judiciário de um país” (ver Apelação nº 1512273-68.2019.8.26.0228 e nº 1516329-76.2021.8.26.0228, por exemplo).

38 Veja-se, por exemplo: Apelação nº 1516329-76.2021.8.26.0228, Rel. Des. Marcos Zilli.

39 Conforme observado, “é certo que a jurisprudência atualmente também tem entendido que, **viciado o reconhecimento pessoal na delegacia de polícia, não poderia ser sanado nem sequer por um segundo reconhecimento realizado na audiência de instrução, justamente pelo teor de sugestionamento que o primeiro reconhecimento causaria**” (Apelação nº 0025115-28.2020.8.26.0000, Rel. Des. Marcelo Semer, DJe 26/04/2022. Destaques nossos).

Essa questão é especialmente problemática porque boa parte dos desembargadores que aderiram à recente jurisprudência do STJ tem tratado como ponto decisivo para a anulação da sentença a inexistência de convalidação do reconhecimento ilegal em juízo. Isto é, caso houvesse ocorrido o procedimento posteriormente, sob o crivo do contraditório, este não estaria contaminado e seria válido⁴⁰, o que é temerário, como bem demonstrado pelas pesquisas no campo da Psicologia do Testemunho⁴¹.

Contudo, esse é um impasse que não havia sido resolvido pelo acórdão paradigmático do STJ. Veja-se que o Min. Rogério Schietti Cruz havia dito, no HC 598.886/SC, que “o reconhecimento do suspeito por simples exibição de fotografia(s) (...) 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”. Ou seja, conforme esse raciocínio, o reconhecimento fotográfico na delegacia, apesar de induzir à falibilidade da memória da vítima ou testemunha, seria “etapa antecedente” e não contaminaria as seguintes, caso feitas conforme prevê o artigo 226 do CPP.

Apenas recentemente o Min. Rogério Schietti Cruz retificou o teor daquele acórdão, procedendo “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 (...) 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. (STJ, HC 712.781/RJ, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe 22/03/2022).

Assim, não se admite mais a repetição de reconhecimentos realizados em desacordo com o CPP como forma de “sanar” a sua ilegalidade, o que contrasta diretamente com a maioria das decisões do TJSP que foram analisadas nesta pesquisa, razão pela qual se busca introduzir e estabelecer esse progresso nos tribunais locais.

.....

40 Nesse sentido: Apelação nº 0034867-12.2016.8.26.0114, Rel. Des. Ivana David; Apelação nº 0010063-54.2018.8.26.0196, Rel. Des. Ivana David; e Apelação nº 0002943-94.2018.8.26.0604, Rel. Des. André Carvalho Silva de Almeida.

41 Vale ressaltar que outros desembargadores além de Marcelo Semer têm invalidado reconhecimentos, mesmo com a sua convalidação em juízo, a exemplo de Luiz Fernando Vaggione, vide Apelação nº 0000570-94.2004.8.26.0050: “Repise-se que o reconhecimento em juízo ocorreu após cerca de quatorze anos da data dos fatos, sendo certo que o decurso do tempo, sobretudo quando acentuado, como ocorreu nos autos, aumenta o risco de falibilidade da memória humana”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: CRÍTICA E PRÁXIS

Posto isso, esta análise permite verificar, de um modo geral, que se sofisticaram os argumentos dos desembargadores do TJSP para não declarar a nulidade das provas de reconhecimento em desconformidade com o artigo 226 do CPP, mesmo em abril de 2022, quando já consolidado o novo posicionamento do STJ.

Muitos relatores dos acórdãos ainda tratam a referida norma como “mera recomendação”, apesar de nem todos dizerem isso explicitamente, e têm se valido de técnicas discursivas de valoração probatória para mascarar isso, em detrimento do modelo de processo penal garantista que se pretende construir. Para tanto, citam diversos julgados do STJ e do STF já ultrapassados.

De outro lado, viram-se grandes avanços nas decisões de alguns desembargadores especificamente, que costumam ter poder de fala apenas em poucos casos em que são relatores e conseguem convencer seus pares.

Nesse cenário, torna-se difícil dizer que o TJSP seja uma corte apartada do entendimento jurisprudencial dos tribunais superiores, pois boa parte das decisões analisadas está embasada em julgados do STJ e/ou do STF, embora a referência seja a posição já superada dessas cortes superiores; por outro lado, é certo que grande parte das decisões ignora completamente as constatações científicas da falibilidade da memória.

Talvez não se trate apenas de anarquismo institucional, mas certamente de ignorância intencional a determinadas questões com o intuito de não alterar construções de caráter punitivista, viabilizando o funcionamento de metarregras do sistema de justiça criminal (principalmente no âmbito da polícia judiciária) que atropelam garantias constitucionais e tornam mais provável a punição dos mesmos alvos de sempre.

Dado esse problema, não há outro modo de concluir o presente artigo senão pela proposição de caminhos para superar o problema da realização de reconhecimentos pessoais em desconformidade com o CPP. Afinal, a inegável relação entre teoria e práxis conduz a pesquisa ao seu caráter emancipatório.

Almeja-se, portanto, fornecer balizas para a mudança jurisprudencial local e para que os operadores do direito consigam realizar os procedimentos de reconhecimento pessoal com as cautelas necessárias para a evitação de condenações injustas⁴², havendo a possibilidade de se desenhar propostas positivas mesmo no atual formato legal:

.....

42 Como afirma o supracitado relatório do Innocence Project Brasil, busca-se “promover uma **atualização construtiva de suas práticas** [do sistema penal], através da valorização do conhecimento firmado em décadas de pesquisa científica” (2020, p. 29. Os destaques são do original).

(...) o problema das falsas memórias e dos falsos reconhecimentos é uma realidade incontestável, que deve ser considerada pelos atores judiciais (...) através de mudanças legislativas, ou mesmo pequenos cuidados – perfeitamente incorporáveis ao formato existente –, pode-se buscar formas de redução dos danos e, portanto, redução da própria (elevada) cifra de injustiça (LOPES JR., 2021, p. 219).

A mudança na cultura institucional policial e judiciária quanto à prática dessa espécie de irregularidade, permeada por metarregras, deve passar por um processo de assimilação de conteúdo científico, para o que colabora a Psicologia do Testemunho.

Assim, certas soluções possíveis, embasadas cientificamente, estão delineadas no relatório do Innocence Project Brasil (2020), na cartilha produzida pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) com o título *“Reconhecimento de Pessoas e Prova Testemunhal: orientações para o sistema de justiça”* (2022)⁴³ e no relatório do Ministério da Justiça, coordenado por Lilian Stein (2014).

.....

43 Trata-se de 15 proposições gerais que se aplicam às fases pré-processual e processual, destacando-se as seguintes: a *“livre descrição da pessoa suspeita”*; a *“observância [estrita] do artigo 226 do Código de Processo Penal”*; a *“necessidade de protocolos sobre reconhecimento”* (protocolos específicos que podem ser fixados por meio de resoluções e/ou portarias do Conselho Nacional de Justiça); a *“vedação ao modelo show-up”* (exibição unipessoal) e *“ao reconhecimento realizado informalmente”* (sem o menor controle sequer pela autoridade policial); a *“gravação do ato”* contemplando a integralidade do procedimento e abrangendo o ambiente completo (e todos os presentes), sem que haja cortes ou interrupções; a *“inadmissibilidade do reconhecimento fotográfico mediante álbum de suspeitos ou show-up”*; e a *“insuficiência do reconhecimento como elemento único para condenação”*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do direito penal**. Tradução e revisão de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

_____. **Derechos humanos: entre violência estrutural y violencia penal. Por la pacificación de los conflictos violentos**. Medellín: Nuevo Foro Penal, n. 46, 1989.

BRAINERD, C. J. et alii. **How Does Negative Emotion Cause False Memories?**. SAGE Journals, Psychological Science Review, v. 19, n. 9, 2008, pp. 919-925.

CECCONELLO, William W.; STEIN, Lilian M. **Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos**. Avances en Psicología Latinoamericana, v. 38, n. 1, 2020, pp. 172-188. DOI: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/apl/a.6471>.

Conselho Nacional de Justiça. **Grupo de trabalho define plano de ação contra prisão de pessoas inocentes**. 18/10/2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/gt-define-plano-de-acao-contra-prisao-de-inocentes-e-pela-correta-identificacao-de-suspeitos/>. Acesso em 01/03/2022.

_____. **Portaria nº 209, DJe 31 ago. 2021**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4090>. Acesso em 01/03/2022.

Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. **O reconhecimento fotográfico nos processos criminais no Rio de Janeiro**. 04/05/2022. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2022/05/reconhecimento-fotografico-processos-criminais-mai-2022.pdf>. Acesso em 09/05/2022.

GARRETT, Brandon L. **Convicting the innocent: Where criminal prosecutions go wrong**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: Uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

Instituto de Defesa do Direito de Defesa. **Reconhecimento de Pessoas e Prova Testemunhal: orientações para o sistema de justiça**. 2. ed. São Paulo, 2022. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2021/04/idd-reconhecimento-de-pessoas-e-prova-testemunhal-orientacoes-para-o-sistema-de-justica.pdf>. Acesso em 20/05/2022.

Innocence Project Brasil. **Prova de Reconhecimento e Erro Judiciário**. São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www.innocencebrasil.org/como-trabalhamos>. Acesso em 05/03/2022.

JACKSON, Kaitlin; GROSS, Samuel. **Tainted Identifications**. NRE, 2016. Disponível em: <https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/taintedids.aspx>. Acesso em 22/04/2022.

LEO, Richard A. **Rethinking the Study of Miscarriages of Justice: Developing a Criminology of Wrongful Conviction**. Nebraska: Journal of Contemporary Criminal Justice, v. 21, 2005.

_____. **The Criminology of Wrongful Conviction: A Decade Later**. Nebraska: Journal of Contemporary Criminal Justice, v. 33, 2017.

LOFTUS, Elizabeth F. **Eyewitness testimony**. Cambridge, Harvard University Press, 1979.

_____. **Illusions of Memory**. Proceedings of the American Philosophical Society, v. 142, n. 1, 1998.

_____. **Make-believe memories**. American Psychologist, v. 58, n. 11, 2003.

_____. **Memory malleability: Constructivist and fuzzy-trace explanations**. Learning and Individual Differences, v. 7, n. 2, 1995.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MATIDA, Janaina et alli. **A prova de reconhecimento de pessoas não será mais a mesma**. Revista Consultor Jurídico, 30/10/2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-30/limite-penal-prova-reconhecimento-pessoas-nao-mesma>. Acesso em 08/05/2022.

MATTHEWS, Roger. **Realist Criminology**. London: Palgrave Macmillan, 2014.

Ministério da Justiça. **Avanços Científicos em Psicologia do Testemunho Aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses**. Lilian Stein (coord). Pensando o Direito. n. 59. Brasília: IPEA, 2014. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf. Acesso em 25/03/2022.

QUINNEY, Richard. **O controle do crime na sociedade capitalista: uma filosofia crítica da ordem legal**. In: TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; e YOUNG, Jock (org.). **Critical Criminology**. London and Boston: Routledge & Kegan Paul, 1975.

SAYER, Andrew. **Method in Social Science: a realist approach**. Revised Second Edition. London: Routledge, 2010.

STEIN, Lilian; et. alii. **Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações técnicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010.

STJ, **HC 598.886/SC**, 6ª Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe 18.12.20.

STJ, **HC 652.284/SC**, 5ª Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 03.05.21.

WELLS, Gary L. **Applied eyewitness-testimony research: system variables and estimator variables**. Journal of Personality and Social Psychology, v. 36, n. 12, 1978, p. 1546-1557.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

CAPACITAR PROFISSIONAIS, PROTEGER PROVAS, EVITAR INJUSTIÇAS

TREINAMENTO DE RECONHECIMENTO DE PESSOAS PARA A POLÍCIA CIVIL

William Weber Ceconello¹, Ryan J. Fitzgerald², Rebecca Milne³ e Lilian Milnitsky Stein⁴.

Resumo: O reconhecimento de pessoas é uma prova originada na memória humana e que tem sido responsável por erros de justiça no Brasil e no mundo, levando a esforços para mudar como o reconhecimento é coletado e valorado em juízo. Entretanto, um primeiro reconhecimento realizado de maneira inadequada impacta diretamente na memória da testemunha, portanto é importante treinar policiais para que realizem o procedimento de maneira adequada. Este artigo apresenta uma proposta de treinamento breve para ser realizado com a Polícia Civil. Resultados do treinamento apontam que a intervenção é capaz de reduzir a adoção de procedimentos enviesados no reconhecimento, e teve boa receptividade pelos policiais participantes. O treinamento em reconhecimento pode servir como uma ferramenta para promover mudanças efetivas na prática, aprimorando o trabalho policial a fim de prevenir injustiças.

Palavras-chave: Reconhecimento, Treinamento, Polícia, Justiça, Psicologia do Testemunho

Abstract: Eyewitness Identification evidence is based in human memory and has been responsible for errors of justice in Brazil and around the world, leading to efforts to change how identification is collected and valued in court. An improperly conducted identification procedure has the potential to impact the witness's memory, so police officers need training in effective identification procedures. This article presents a brief training proposal to be carried out with Civil Police. Results indicate that the intervention can reduce bias in identification procedures. Feedback from the participating police officers also indicate the training program was well received. The research supports the use of eyewitness identification training to promote effective changes in practice, improve police work, and prevent injustice.

Keywords: Eyewitness Identification, Training, Police, Justice, Testimony Psychology

O reconhecimento de pessoas é um procedimento muito frequente, mas que pode levar a erros de justiça devido ao falso reconhecimento, ou seja, quando uma testemunha/vítima

.....

1 Doutor em Psicologia, Faculdade Imed, william.ceconello@gmail.com

2 Doutor em Psicologia, Simon Fraser University, r_fitzgerald@sfu.ca

3 Doutora em Psicologia, University of Portsmouth, becky.milne@port.ac.uk

4 Doutora em Psicologia, Universidade Federal de Santa Catarina, stein.lilian@gmail.com

ma reconhece uma pessoa inocente como sendo responsável pelo crime (CECCONELLO; STEIN, 2020). Esse é um problema global, por exemplo, em 72% de condenações de inocentes revertidas pelo *Innocence Project*, entre os anos de 1989 e 2014, a pessoa suspeita havia sido reconhecida por uma ou mais testemunhas/vítimas (WEST; METERKO, 2015).

Décadas de pesquisas buscam entender por que esses erros ocorrem e como preveni-los, testando o efeito de diferentes variáveis que podem aumentar ou diminuir o risco de falsos reconhecimentos (e.g. CLARK; GODFREY, 2009; FAWCETT et al., 2011; WELLS et al., 2020; WILSON; HUGENBERG; BERNSTEIN, 2013). Variáveis de estimativa são aquelas que podem influenciar a memória de testemunhas/vítimas, e não estão sob controle do sistema de justiça, e seu efeito somente pode ser estimado, ainda que deva ser levado em conta do momento do reconhecimento (e.g. a pessoa autora do crime estava utilizando capacete, dificultando a visão total do rosto, estava a uma distância considerável e, portanto, a memória da vítima estará prejudicada; WELLS, 1978). Variáveis de sistema se referem aos procedimentos que estão sob controle do sistema de justiça e podem tornar os procedimentos mais eficazes para evitar um falso reconhecimento (e.g., evitar instruções sugestivas para a testemunha/vítima; WELLS, 1978). O conhecimento das variáveis de estimativa e do sistema pode aprimorar o trabalho policial, proporcionando uma melhor compreensão do que se esperar da memória de uma testemunha/vítima, e quais procedimentos beneficiam a coleta e preservação da prova de reconhecimento (NATIONAL RESEARCH COUNCIL, 2014).

Dados de um relatório de 2015 apontaram que o reconhecimento de pessoas é coletado e analisado com pouco rigor por todos os atores do sistema de justiça, desde policiais até juízes (STEIN; ÀVILA, 2015). Problemas decorrentes do falso reconhecimento têm ganhado espaço na mídia e alimentado debates no Direito, pensando em diferentes iniciativas visando evitar que esse erro ocorra de maneira recorrente no país. Na impossibilidade de poder alterar como a memória de testemunhas/vítimas funciona, é importante que os procedimentos adotados pelo sistema de justiça sejam adequados às recomendações científicas, visando evitar o falso reconhecimento.

A ciência tem demonstrado, por meio de estudos empíricos, que o primeiro reconhecimento realizado pela testemunha/vítima é o único válido do ponto de vista de como a mente humana funciona cognitivamente (MATIDA; CECCONELLO, 2021; WIXTED et al., 2021). Uma vez que a testemunha/vítima reconhece o rosto de uma pessoa suspeita, seja ela inocente ou a real autora do crime, a memória para o rosto visto do crime é alterada. Por exemplo, se Ana é assaltada por Pedro, e posteriormente, na delegacia, reconhece João como o assaltante, seu cérebro passa a atrelar o rosto de João ao rosto visto no momento no crime. Se em um momento posterior, durante a investigação ou processo,

Ana é solicitada a reconhecer o assaltante, tenderá a reconhecer novamente João como autor do crime, pois sua memória para o rosto do assaltante foi alterada de maneira permanente. Felizmente a ciência possui procedimentos que podem auxiliar para que a polícia diminua o risco de outros tantos “Joões” serem falsamente reconhecidos. Sendo a polícia responsável pelo primeiro reconhecimento, é premente que seja capacitada para que realize esse procedimento da maneira mais adequada possível e dentro dos ditames legais.

Neste artigo, nós propomos um programa de treinamento para a Polícia Civil voltada para a capacitação em procedimentos de reconhecimento de pessoas. Primeiramente, fornecemos uma breve revisão da literatura sobre os fundamentos técnico-científicos do treinamento. Após, apresentaremos alguns resultados de um treinamento piloto com policiais brasileiros. Ao final, descrevemos as potenciais vantagens e limitações desse treinamento no aprimoramento da prática policial no que tange o reconhecimento de pessoas.

DIRETRIZES DA PSICOLOGIA DO TESTEMUNHO PARA O TREINAMENTO

As diretrizes para treinamento aqui propostas partem de publicações oficiais de outros países, e principalmente de estudos empíricos independentes acerca de técnicas para o reconhecimento de pessoas que são consenso científico internacional (EYEWITNESS WORKING GROUP, 1999; NATIONAL RESEARCH COUNCIL, 2014; WELLS et al., 1998; 2020). A partir disso, o treinamento foi proposto em quatro principais etapas estruturadas sob o acrônimo FAIR, que representa as diferentes etapas de um procedimento de identificação (*Find a suspect; Avoiding bias; Instructing the witness, and Recording the procedure*, ou seja: Selecionar uma pessoa suspeita; evitar vieses; instruir a testemunha/vítima e registrar o procedimento). Por fim, desenvolvemos diretrizes para estabelecer parâmetros de avaliação de aprendizado para o treinamento.

Para selecionar uma pessoa suspeita, o primeiro passo é obter uma descrição da testemunha/vítima. Para isso, é importante que policiais entendam como funciona a memória humana e suas etapas de codificação (e.g., ver o rosto do autor durante um crime), armazenamento (e.g., manter o rosto do autor na memória durante o intervalo entre o crime e o reconhecimento) e recuperação (e.g., solicitar que a testemunha/vítima descreva o autor do crime ou reconheça uma pessoa suspeita).

Diversas variáveis nas fases de codificação, armazenamento e recuperação podem afetar a memória da testemunha/vítima e a capacidade de realizar um reconhecimento

correto. É importante que policiais possuam conhecimento de variáveis de estimativa que podem aumentar a probabilidade de um falso reconhecimento durante a codificação, como o efeito de outra raça. Devido ao efeito de outra raça, as testemunhas/vítimas são melhores em reconhecer indivíduos de sua própria raça, o que diminui as taxas de reconhecimento correto quando o autor do crime é de uma raça diferente da testemunha/vítima (WILSON; HUGENBERG; BERNSTEIN, 2013). Também, é relevante conhecer variáveis que não aumentam o falso reconhecimento, como o caso do álcool. Embora se acredite que o álcool influencie o reconhecimento de testemunhas/vítimas, estudos mostraram que, quando a testemunha/vítima consumiu quantidades moderadas de álcool, o reconhecimento não é afetado (e.g., KNELLER; HARVEY, 2016). Conhecer essas variáveis, sobre as quais não se tem controle (variáveis de estimativa), pode auxiliar policiais a adequarem suas expectativas acerca do que esperar da descrição do rosto da pessoa que cometeu o crime e, por conseguinte, do próprio reconhecimento.

O esquecimento é um processo natural de degradação da memória. Portanto, quanto maior o intervalo de tempo entre o crime e o reconhecimento, menos detalhada se torna a memória do rosto do autor do crime (DYSART; LINDSAY, 2007). O armazenamento e a recuperação são interdependentes, o que torna a memória maleável: quando a memória do crime é recuperada (e.g. durante um reconhecimento), novas informações podem ser adicionadas e armazenadas, prejudicando a representação original da memória para o rosto do autor do crime (BERNSTEIN; LOFTUS, 2009; LOFTUS, 2005). Dado à natural maleabilidade da memória, o procedimento de obtenção da descrição do autor do crime pode interferir na memória da testemunha/vítima, mesmo antes de um reconhecimento ser realizado.

Obter uma descrição do autor do crime é um procedimento corriqueiro, mas a qualidade da informação obtida depende das técnicas utilizadas para sua obtenção (DALTON et al., 2021, DALTON et al., 2020). O uso de perguntas sugestivas (e.g., *ele tinha uma tatuagem no pescoço?*) é inadequado, pois fornece informações que não se sabe se a testemunha/vítima codificou (e.g. a testemunha/vítima pode não ter visto o pescoço do autor do crime), com potencial de contaminação da memória original. Assim, recomenda-se a obtenção da descrição por meio de técnicas de entrevista que priorizam o relato livre (e.g., *me descreva tudo sobre a pessoa que assaltou você*) e perguntas abertas, visto que essas técnicas produzem informações mais detalhadas e precisas (DALTON et al., 2021, DEMARCHI et al., 2013; GABBERT; BROWN, 2015). Registrar um termo da entrevista apenas fornece informações parciais, pois geralmente não há informações sobre as perguntas feitas e exatamente o que foi descrito pela testemunha/vítima em função dessas perguntas. Assim, gravar em áudio e vídeo e realizar entrevistas individuais são métodos recomendados

para preservar depoimentos de testemunhas/vítimas (WESTERA; KEBBELL; MILNE, 2011; WELLS et al., 2020).

Após a polícia encontrar uma pessoa suspeita que corresponda à descrição da testemunha/vítima, recomenda-se cautela antes de solicitar que a testemunha/vítima faça uma identificação, uma vez que o procedimento não deve ser repetido com o mesmo suspeito e a mesma testemunha/vítima. Portanto, pesquisadores têm argumentado a necessidade de um critério de suspeita razoável, ou seja, que existam outras evidências ligando o suspeito ao crime antes de colocar esse suspeito em um procedimento de reconhecimento (STEBLAY; DYSART, 2016; WELLS; YANG; SMALARZ, 2015). Em outras palavras, a investigação deve preceder o reconhecimento, e não o contrário.

Ao selecionar uma pessoa suspeita que será submetida ao reconhecimento, é preciso evitar vieses que podem permear sua apresentação à testemunha/vítima. Uma prática comum no Brasil é o *show-up* (i.e., o suspeito é apresentado isoladamente em foto ou presencialmente para que a testemunha/vítima realize o reconhecimento), que tem sido amplamente condenada pela literatura científica. *Show ups* são semelhantes a uma pergunta de “verdadeiro ou falso”, pois a testemunha/vítima é apresentada a uma única pessoa suspeita e pergunta-se “sim ou não”, se é o culpado (CECCONELLO; STEIN, 2020). Outra prática comum é o álbum de suspeitos (i.e., testemunha/vítima olha para um grupo de fotos de suspeitos de crimes semelhantes enquanto busca o autor do crime), que pode contaminar a memória da testemunha/vítima sobre o verdadeiro autor do crime e prejudicar a oportunidade de realizar um reconhecimento confiável. Por exemplo, a testemunha/vítima pode observar um rosto em um álbum de suspeito, tornando-o um rosto familiar. Posteriormente, a testemunha/vítima pode vir a reconhecer alguém devido à sensação de familiaridade que o rosto evoca, por ter sido visto anteriormente no álbum de suspeitos, mas não no local do crime (DEFFENBACHER; BORNSTEIN; PENROD, 2006). Assim, tanto álbum de suspeitos quanto os *show ups* devem ser evitados, pois podem aumentar o risco de falso reconhecimento (CLARK; GODFREY, 2009; DEFFENBACHER et al., 2006).

O procedimento recomendado para o reconhecimento é o alinhamento, no qual a pessoa suspeita é apresentada entre 5 pessoas semelhantes, para que não haja um viés para que seja reconhecida. A polícia não sabe se o suspeito é ou não inocente, mas é importante que todos os 5 demais rostos (chamados *fillers* ou não-suspeitos) sejam sabidamente inocentes, de maneira que, caso uma testemunha/vítima reconheça um *filler*, este não será investigado pelo crime. Caso a testemunha/vítima olhe para seis rostos, sendo que nenhum deles teve envolvimento no crime (i.e., suspeito é inocente), haverá cinco vezes mais chances de que reconheça outro rosto que não o do suspeito. Por outro lado, caso a testemunha/vítima olhe para os seis rostos e um deles teve envolvimento no crime (i.e.,

suspeito não é inocente), é provável que esse rosto ative a representação mental da memória codificada do autor do crime. Assim, o alinhamento evita um falso reconhecimento à medida que não prejudica a possibilidade de um reconhecimento correto (CLARK; 2012; NATIONAL RESEARCH COUNCIL, 2014; WIXTED; WELLS, 2017).

Para que o alinhamento seja de fato justo, todos os rostos do alinhamento devem corresponder igualmente à descrição da testemunha/vítima, e devem apresentar características semelhantes (e.g., expressão facial, roupas, etc.), de maneira que nenhum rosto se destaque dos demais. Nesse sentido, é importante considerar a possibilidade de alinhamentos por meio de fotos, as quais possibilitam encontrar mais rapidamente rostos com característica semelhantes ao suspeito em meio a bibliotecas digitais (para um debate mais detalhado, ver: MATIDA; CECCONELLO, 2021). Ainda que o senso comum sugira que um alinhamento realizado presencialmente seja superior a um alinhamento por fotos, evidências científicas apontam que ambos os métodos resultam em taxas semelhantes de reconhecimentos falsos e reconhecimentos corretos (FITZGERALD; PRICE; VALENTINE, 2018; PRICE et al., 2019; RUBÍNOVÁ, et al., 2020; HORRY et. al., 2013).

Outra maneira de evitar viés no reconhecimento, refere-se ao procedimento duplo cego (WELLS et al., 2020). Para evitar que a pessoa que conduz o reconhecimento possa dar alguma sugestão, mesmo que não intencional à testemunha/vítima, é recomendado que a pessoa que realiza o reconhecimento não esteja envolvida na investigação e/ou nem saiba a posição do suspeito do alinhamento.

Testemunhas/vítimas podem acreditar que a investigação depende de sua resposta, e, conseqüentemente, ao olhar para o alinhamento, podem tentar identificar o rosto mais parecido, no intuito de auxiliar a investigação policial. As instruções dadas à testemunha/vítima podem resultar em uma pressão adicional para o reconhecimento (e.g., “Temos uma pessoa suspeita que corresponde a sua descrição, mas precisamos que você o identifique”), aumentando o risco de um falso reconhecimento (QUINLIVAN et. al., 2012). No Brasil, não existem atualmente diretrizes claras sobre quais instruções devem ser dadas para o reconhecimento.

Testemunhas/vítimas não estão acostumadas a tomar parte de uma investigação criminal, portanto, uma maneira útil de aliviar a pressão para que a testemunha/vítima reconheça um rosto é declarar que a investigação continuará independentemente de sua resposta (TECHNICAL WORKING GROUP ON EYEWITNESS EVIDENCE, 1999). Do ponto de vista da testemunha/vítima, o reconhecimento pode ser visto como um teste, e não reconhecer o suspeito equivale a “falhar” no teste. Assim, antes de mostrar o alinhamento, é importante afirmar que o autor do crime pode ou não estar entre os rostos apresentados (STEBLAY, 2013). A testemunha/vítima também deve estar ciente de que, após ver

os rostos do alinhamento, pode não reconhecer nenhum deles ou dizer que não sabe se algum dos rostos é do autor do crime (CECCONELLO; STEIN, 2020; WELLS et al., 2020). Instruções que reduzem a pressão para o reconhecimento de testemunha/vítima produzem um resultado mais confiável, pois diminuem a pressão para uma identificação.

Por fim, ao registrar o procedimento, é preciso ter cautela com as instruções e feedback dado à testemunha/vítima, e registrar adequadamente o resultado do procedimento. Uma confirmação após a resposta da testemunha/vítima (e.g., você está certo! Este é o cara que tínhamos em mente!) pode inflar a confiança da testemunha/vítima e dar uma impressão distorcida da confiabilidade do reconhecimento, ainda que potencialmente falso, quando realizado em juízo (STEBLAY; WELLS; DOUGLASS, 2014; WIXTED; WELLS, 2017). Assim, recomenda-se que, independentemente da resposta da testemunha/vítima (i.e., reconhecer o suspeito, reconhecer um não-suspeito, não reconhecer alguém), policiais tenham um retorno padronizado. A recomendação científica é agradecer à testemunha/vítima pela sua disponibilidade e coletar o grau de confiança da testemunha/vítima em sua resposta por meio de perguntas abertas (e.g., “Quão confiante você está?”), ao invés de utilizar uma pergunta fechada/sugestiva (e.g., “Você tem certeza?”; CECCONELLO; STEIN, 2020; STEBLAY et al., 2014; VALENTINE; FITZGERALD, 2016; WELLS et al., 2020; WIXTED; WELLS, 2017).

Por fim, ressalta-se que o registro em vídeo de todo o procedimento de reconhecimento é o padrão-ouro na preservação de provas testemunhais (KASSIN, 1998). A coleta de um registro em vídeo dos procedimentos de reconhecimento também é uma prática padrão na Inglaterra e no País de Gales, mas não no Brasil, onde é realizado um termo. Existem muitas limitações na documentação do procedimento de reconhecimento em registros escritos, por exemplo, pode ser difícil lembrar as palavras exatas da testemunha/vítima, resultando em relatórios parciais (WELLS et al., 2020). O registro em vídeo do reconhecimento oferece aos juízes, jurados, procuradores e advogados a oportunidade de avaliar plenamente todas as etapas (desde a entrevista para obter a descrição) e se de fato estão sendo empregados protocolos para alcançar um procedimento justo (MODJADJDI; KOVERA, 2018).

Existem múltiplos procedimentos complementares a serem adotados para evitar um falso reconhecimento. Nesse sentido, buscamos reunir procedimentos que são recomendações padrão de consenso científico acerca das melhores práticas, e envolvem desde o primeiro contato com a testemunha/vítima até o registro de sua resposta. A seguir, apresentamos dados iniciais da avaliação de um treinamento seguindo essas diretrizes com um grupo de policiais de Santa Catarina (análises adicionais realizadas por outros grupos de policiais podem ser encontradas em CECCONELLO; FITZGERALD; MILNE; STEIN, no prelo).

MÉTODO

PARTICIPANTES

Um treinamento piloto foi realizado com 28 policiais brasileiros (71% do sexo masculino, idade: $M = 36,9$, $DP = 7,9$), que tinham uma média de 8,3 anos ($DP = 7,1$) de experiência como policial. Os policiais relataram que investigavam em média 14 crimes por mês ($DP = 12$) e realizavam procedimentos de reconhecimento há, em média, 6,8 anos ($DP = 7,4$). Nenhum relatou ter formação prévia em reconhecimento de testemunhas.

INSTRUMENTOS

Alinhamento fictício: Para avaliar o impacto do treinamento, foi elaborado um caso fictício de roubo, contendo a descrição do autor (e.g. um homem na faixa dos 20 anos, branco, cabelos pretos e sem barba). Junto com a descrição do caso, os participantes recebiam a foto de um suspeito, investigado por crimes semelhantes e com alguns indícios de envolvimento no caso (e.g. tráfego de dados do celular próximo ao local do crime e em horário compatível). Os participantes eram informados que deveriam construir um alinhamento, apresentando o suspeito em meio a outros cinco rostos.

O rosto do suspeito e não suspeitos foram apresentados frontalmente em fotos coloridas frontais (8.8 cm x 6.4 cm). Os participantes poderiam escolher entre 36 fotos possíveis para compor o alinhamento com o suspeito, divididos em 2 grupos: 18 fotos eram de outros suspeitos (outras pessoas investigadas por crime semelhante, cujo envolvimento no crime não foi descartado) e 18 fotos eram de não-suspeitos (agricultores/comerciantes locais, cujo envolvimento com o crime havia sido descartado). Cada grupo continha rostos semelhantes (correspondentes à descrição do autor do crime) ou não-semelhantes, subdivididos nas seguintes categorias: inaptos (correspondiam à descrição do autor do crime, mas estavam sorrindo ou usando óculos); incompatível com a descrição do autor do crime (rostos com barba); ou implausíveis (de uma faixa etária ou sexo diferente do perpetrador).

Assim, os participantes poderiam criar alinhamentos enviesados, em que somente o suspeito correspondia à descrição do autor do crime, ou até mesmo alinhamentos semelhantes a álbum de suspeitos, no qual todos os rostos correspondiam à descrição do crime e estavam sendo investigados por crimes semelhantes. Após a construção do alinhamento, os participantes eram solicitados a escrever quais instruções dariam para a testemunha antes do reconhecimento, e qual feedback ou interações haveria com a testemunha.

Os participantes construíram um alinhamento antes do treinamento e um outro caso após o treinamento. A tarefa de reconhecimento fictícia foi utilizada como uma medida pré e pós teste para avaliar o aprendizado dos participantes, comparando a construção do alinhamento, as instruções e o feedback, antes e depois do treinamento. Era esperado que, após o treinamento, os participantes construísem um alinhamento com o suspeito principal e outros cinco não-suspeitos semelhantes. Além disso, era esperado que os participantes utilizassem instruções justas como a de que a testemunha poderia não identificar ninguém, e um feedback como a coleta da confiança da testemunha.

Feedback do treinamento: Ao final do treinamento de dois dias, os policiais foram solicitados a fornecer feedback individual por escrito sobre o treinamento, indicando sugestões para treinamentos futuros.

PROCEDIMENTOS

O alinhamento fictício foi avaliado computando as médias dos rostos selecionados, sendo as porcentagens de suspeitos e não suspeitos selecionados que possuíam a mesma descrição que o autor do crime. As diferenças nas médias antes e após o treinamento foram computadas utilizando teste t de student para amostras pareadas. As instruções foram computadas.

Acerca das instruções, mencionou-se que: o autor do crime poderia não estar presente entre os rostos; a testemunha/vítima não era obrigada a identificar alguém; a investigação iria continuar independentemente da resposta dada pela testemunha/vítima; é possível dizer que não sabe a resposta ou não é capaz de reconhecer. Cada resposta foi classificada de maneira binária (mencionou / não mencionou), sendo a comparação entre pré e pós teste realizada por meio de teste de qui-quadrado, considerando $\alpha > .05$. Da mesma maneira, foi computado e analisado se os policiais mencionaram que iriam repetir o reconhecimento.

O feedback escrito dos policiais participantes sobre os pontos fortes e limitações do treinamento foi analisado por meio de análise temática, que permitiu a identificação de temas e padrões comuns nos dados (BRAUN; CLARKE, 2006; GIFFORD, 1998). A análise compreendeu as seguintes etapas: 1) familiarização com os dados por meio de leituras múltiplas de cada transcrição do feedback dos participantes; 2) criação de rótulos para captar as ideias expressas; 3) agrupamento de rótulos que representam ideias semelhantes. Os pontos fortes e limitações foram agrupados em três categorias: (i) melhorar os procedimentos de investigação atuais; (ii) conhecimento base do investigador; (iii) a abordagem prática do treinamento; (iv) a necessidade de feedback contínuo; (v) tópicos mais avançados; e (vi) suporte tecnológico. Os trechos relatados foram editados para fins de gramática, legibilidade e para não haver identificação dos participantes.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

No alinhamento fictício, participantes deveriam apresentar o suspeito principal em meio a outros cinco rostos. Antes do treinamento, eram apresentados, dentre os cinco possíveis rostos a serem escolhidos, em média outros 3 suspeitos que possuíam a mesma descrição que o autor do crime. Esse procedimento é inadequado, conforme a recomendação científica, mas ainda assim conforme o CPP, cujo artigo 226 versa sobre que o suspeito deve ser apresentado, se possível, em meio a outras pessoas semelhantes, mas não especifica que elas devem ser sabidamente inocentes (BRASIL, 1940). O treinamento mostrou-se estatisticamente eficaz para reduzir esse viés, mas não totalmente. Após o treinamento, o uso de não-suspeitos semelhantes aumentou no alinhamento e passou de 1,42 para 3,57 ($t(27)=3,732$; $p=.001$). Entretanto, os policiais ainda apresentaram, em média, cerca de 1 outro suspeito semelhante junto ao suspeito principal, levando a uma diminuição significativa ($t(27)=3,732$; $p=.001$), mas ainda não seguindo totalmente o previsto pelas recomendações científicas (apresentar apenas um suspeito em meio a outros não-suspeitos sabidamente inocentes).

Acerca das instruções antes do treinamento, apenas 25% dos policiais mencionaram que o autor do crime poderia não estar presente entre os rostos e que a testemunha/vítima não era obrigada a identificar alguém, ambas as instruções passaram a ser mencionadas por 78,6% dos policiais após o treinamento. Somente 3% dos policiais mencionou que instruiria a testemunha/vítima de que a investigação iria continuar, independentemente da resposta dada pela testemunha/vítima. Ao final do treinamento, 57,1% dos policiais mencionaram essa instrução. Nenhum policial mencionou, antes do treinamento, que instruiria a testemunha/vítima que é possível dizer que não sabe a resposta. Este número passou para 28,6% após o treinamento. Antes do treinamento, 25% dos policiais mencionaram que investigariam um não suspeito caso este fosse reconhecido; após o treinamento, nenhum policial mencionou que iria realizar esse procedimento. Todas as melhoras nesses procedimentos foram significativas estatisticamente ($p=.001$), entretanto, ainda não levaram a um escore “perfeito”.

A análise temática sobre a percepção de policiais indicou que, no geral, os policiais mencionaram os benefícios de substituir os procedimentos atuais de reconhecimento no Brasil, que se baseiam principalmente na experiência própria ou de outros colegas. A ênfase dada em como os procedimentos enviesados e sugestivos aumentam o risco de falso reconhecimento foi avaliada como um passo essencial para perceber a necessidade de mudança. Os policiais também consideraram o treinamento como abordagem útil para pensar de forma crítica sobre seus procedimentos de reconhecimento, permitindo que reavaliassem suas práticas atuais e reconhecessem a necessidade de mudança: “O treinamento foi valioso para nossos procedimentos, nos permitindo evitar vieses ou pressões por

um reconhecimento. O conteúdo do treinamento torna o trabalho policial mais profissional. Não queremos ser percebidos como ‘amadores’ em nosso trabalho” (participante 17).

Considerando que os tópicos do treinamento foram relatados como uma melhoria significativa para a prática atual, os participantes mencionaram que esse tipo de treinamento também deveria fazer parte de sua formação inicial para se tornar um policial, como uma base de conhecimento do investigador. A abordagem baseada em evidências para procedimentos de reconhecimento foi uma experiência nova para os policiais que relataram não ter acesso a livros ou treinamentos sobre a Psicologia do Testemunho. Além do treinamento específico de reconhecimento, o FAIR proporcionou a oportunidade de aprender como funciona a memória, avaliar como técnicas têm influência direta sobre como as testemunhas/vítimas se lembram do ocorrido. Os policiais mencionaram que teriam se beneficiado com esse treinamento no início de suas carreiras: “Isso deveria ser incorporado como um tema obrigatório na academia de polícia. Em quase 8 anos como policial eu nunca tinha ouvido nada relacionado a reconhecimento de testemunha/vítimas, protocolos ou procedimentos recomendados” (participante 13).

A abordagem prática no treinamento também foi vista como benéfica pelos participantes. Por exemplo, tarefas práticas foram descritas como uma valiosa oportunidade de troca de experiências e opiniões com colegas: “atividades práticas e também a troca de experiências entre os colegas facilitaram o aprendizado” (participante 16). Assim, as atividades práticas parecem ter aumentado a compreensão dos conceitos científicos e procedimentos baseados em evidências.

O treinamento introduziu novos tópicos para a maioria dos participantes, e vários manifestaram interesse em treinamento adicional em tópicos mais avançados sobre outras questões, como técnicas de entrevista e como abordar crianças envolvidas em investigações. Por exemplo, um policial sugeriu desenvolver “uma abordagem mais aprofundada no reconhecimento de testemunhas/vítimas crianças, uma vez que a compreensão dessa tarefa pode ser comprometida devido ao desenvolvimento do cérebro” (participante 28). O treinamento foi desenvolvido como um treinamento inicial para procedimentos de reconhecimento, mas parece haver espaço para treinamento adicional abrangendo diferentes tipos de testemunhas (e.g., testemunha/vítima vulnerável).

Os participantes também mencionaram a necessidade de suporte tecnológico em sua prática diária: “Acho que talvez se nós dispuséssemos de um software para encontrar fotos de rostos pesquisando raça, sexo, idade, tatuagens, etc., o conteúdo do treinamento poderia ser facilmente implementado” (participante 26). Assim, os participantes sugeriram que, sem o suporte tecnológico adequado, os procedimentos baseados em evidências podem ser difíceis de implementar em sua prática policial.

CONCLUSÕES

Apesar da literatura ressaltar a implementação de procedimentos baseados em evidências no reconhecimento de suspeitos, a polícia nem sempre recebe treinamento adequado sobre tais procedimentos. Propomos o programa FAIR para atender a essa necessidade de treinamento. O FAIR é baseado na literatura atual sobre procedimentos de melhores práticas de métodos de treinamento em entrevistas investigativas. Desenvolvemos o FAIR para ser uma abordagem prática que oferece oportunidades para explicar procedimentos e esclarecer dúvidas dos participantes por meio de uma combinação de palestras e atividades práticas. Também fornecemos uma tarefa de reconhecimento simulada como uma fase de avaliação do treinamento. A tarefa proporcionou uma oportunidade de avaliar o aprendizado medindo o desempenho antes e depois do treinamento. A tarefa pode ajudar a destacar os tópicos que os participantes esqueceram ou não compreenderam completamente durante o treinamento.

Esperamos que o treinamento possa auxiliar na implementação da prática baseada em evidências nos procedimentos de reconhecimento ou complementar as diretrizes legais e os avanços tecnológicos nessa área. Embora o FAIR tenha sido desenvolvido no Brasil, acreditamos que ele pode ser adaptado a outras jurisdições fazendo acréscimos/alterações em relação aos aspectos legais do procedimento. Além disso, a prática de reconhecimento simulada pode ser adaptada com software atual ou banco de dados disponível para a polícia.

Embora os fatores individuais e organizacionais influenciem a transferência de conhecimentos, os policiais ainda precisam entender a relevância de usar as novas habilidades em seu local de trabalho (BOTKE et al., 2018). Assim, o FAIR não foi criado apenas como um treinamento de *como* conduzir um procedimento de reconhecimento baseado em evidências, mas também *porque* tais procedimentos funcionam em termos de aumentar a chance de obter evidências mais confiáveis. Ao fornecer à polícia o conhecimento sobre como a memória funciona e o impacto dos procedimentos no resultado do reconhecimento, os participantes são incentivados a refletir sobre sua própria prática e considerar aspectos que precisam ser mudados.

Neste artigo propomos o programa FAIR para procedimentos de reconhecimento, descrevendo como foi desenvolvido, seus tópicos, atividades práticas e procedimentos de avaliação. Nosso treinamento foi desenvolvido utilizando recomendações baseadas em evidências da literatura, no entanto, a área de reconhecimento de testemunha/vítimas oculares continua crescendo e a recomendação baseada em evidências pode mudar no futuro. O treinamento piloto com policiais gerou feedback positivo e encorajador para

a versão atual do treinamento, replicado em outras amostras maiores e com análises complementares às apresentadas neste artigo (CECCONELLO et al. no prelo). Não houve sugestão de alteração na estrutura de treinamento por parte dos policiais, o que pode ter ocorrido devido ao primeiro contato dos participantes com a abordagem baseada em evidências para o reconhecimento, de modo que eles podem não perceber que outros temas gostariam que fossem abordados. Ainda, os participantes relataram que o treinamento poderia beneficiar tanto o policial iniciante quanto o experiente, e a oportunidade de cursos de atualização ou suporte tecnológico adicional poderia auxiliar na implementação dos procedimentos recomendados. O feedback geral foi positivo e alinhado com nossa proposta de treinamento para apresentar informações baseadas em evidências sobre reconhecimento de testemunha/vítimas, com a utilização de métodos ativos de aprendizado para envolver os policiais na mudança e melhoria das práticas atuais.

Acreditamos que a FAIR não é diferente de outros programas de treinamento que estão abertos para revisar suas próprias disciplinas e redesenhar sua estrutura didático-pedagógica para atender à recomendação baseada em evidências. Por exemplo, planejamos o FAIR como um treinamento ao vivo, no entanto, pensar em um formato on-line ou em uma versão do software de treinamento poderia beneficiar um público mais amplo. Para isso, talvez as seções de treinamento pudessem variar em duração e atividades práticas para melhor atender a um formato remoto. Embora o FAIR se baseie em achados e recomendações bem estabelecidos da ciência do reconhecimento, ele não deve ser visto como estático, uma vez que as pesquisas podem postular mudanças nos procedimentos de reconhecimento.

Acreditamos que um diálogo construtivo entre pesquisadores e profissionais ajuda a preparar melhor a polícia para realizar procedimentos de reconhecimento baseados em evidências. O treinamento em reconhecimento também pode servir como uma ferramenta para promover mudanças efetivas na prática, e também de maneira mais geral, aprimorando o trabalho policial ao alcançar procedimentos justos e eficazes para coletar evidências de testemunha/vítimas oculares.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AKHTAR, S. et al. The 'common sense' memory belief system and its implications. *The International Journal of Evidence & Proof*, London, v. 22, n. 3, p. 289–304, 2018.

BERNSTEIN, D. M.; LOFTUS, E. F. How to tell if a particular memory is true or false. *Perspectives on Psychological Science*, Newbury Park, v. 4, n. 4, p. 370–374, 2009.

BRAUN, V.; CLARKE, V. Using thematic analysis in psychology. *Qualitative Research in Psychology*, London, v. 3, n.2, p. 77-101, 2006.

BOON, R. et. al. Demonstrating detail in investigative interviews: An examination of the DeMo technique. *Applied Cognitive Psychology*, Portsmouth, v. 34, n.5, p. 1133–1142, 2020.

BURTON, A. M.; WHITE, D.; MCNEILL, A. The Glasgow Face Matching Test. *Behavior Research Methods*, Newcastle upon Tyne, v. 42, n.1, p. 286–291, 2010.

CECCONELLO, W. W.; STEIN, L. M. Prevenindo injustiças: Como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos. *Avances en Psicología Latinoamericana*, Bogotá, v. 38, n. 1, p. 172–188, 2020.

CECCONELLO, W.W. et al. (No prelo). Mind the Gap: Bridging evidence-based witness identification procedures to practice through police training. *International Journal of Police Science and Management*, Newcastle upon Tyne.

CLARK, S. E. Costs and benefits of eyewitness identification reform: Psychological science and public policy. *Perspectives on Psychological Science*, Columbia, v. 7, n. 3, p. 238–259, 2012.

CLARK, S. E.; GODFREY, R. D. Eyewitness identification evidence and innocence risk. *Psychonomic Bulletin & Review*, New York, v. 16, n. 1, p. 22–42, 2009.

CLARKE, C.; MILNE, R.; BULL, R. Interviewing suspects of crime: The impact of PEACE training, supervision and the presence of a legal advisor. *Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling*, New Jersey, v. 8, n. 2, p. 149–162, 2011.

DALTON, G. et al. 'He was just your typical average guy' Examining how person descriptions are elicited by frontline police officers. *Applied Cognitive Psychology*, New Jersey, n/a(n/a), 2020.

DEFFENBACHER, K. A.; BORNSTEIN, B. H.; PENROD, S. D. Mugshot exposure effects: Retroactive interference, mugshot commitment, source confusion, and unconscious transference. *Law and Human Behavior*, Washington, v. 30, n. 3, p. 287–307, 2006.

DEMARCHI, S. et al. Describing a face without overshadowing effect: Another benefice of the Person Description Interview. *Psychologie Francaise*, Amsterdã, v. 58, n. 2, p. 123–133, 2013.

DYSART, J. E.; LINDSAY, R. C. L. The effects of delay on eyewitness identification accuracy: Should we be concerned? In: TOGLIA, M. P. et al. (Eds.), *Handbook of Eyewitness Psychology 2 Volume Set*. Mahwah, NJ: Lawrence Erlbaum, 2007. p. 361–376.

EISEN, M. L. et al. "I think he had a tattoo on his neck": How co-witness discussions about a perpetrator's description can affect eyewitness identification decisions. *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, Washington, v. 6, n. 3, p. 274–282, 2017.

FAWCETT, J. M. et al. Of guns and geese: A meta-analytic review of the 'weapon focus' literature. *Psychology, Crime & Law*, Abingdon, v. 19, n. 1, p. 35–66, 2011.

FITZGERALD, R. J.; PRICE, H. L.; VALENTINE, T. Eyewitness identification: Live, photo, and video lineups. *Psychology, Public Policy, and Law*, Cambridge, v. 24, n. 3, p. 307-325, 2018.

FITZGERALD, R. J.; RUBÍNOVÁ, E.; JUNCU, S. Eyewitness Identification Around the World. In: SMITH, A. M.; TOGLIA, M. P.; LAMPINEN, J. M. (Eds.), *Methods, measures, and theories in eyewitness identification tasks*. Abingdon: Routledge, 2020. p. 29.

GABBERT, F.; BROWN, C. Interviewing for face identification. In: VALENTINE, T.; DAVIS, J. P. (Eds.), *Forensic facial identification: theory and practice of identification from eyewitnesses*. New Jersey: John Wiley & Sons: Wiley Online Library, 2015. p. 17–41.

GREENE, E.; EVELO, A. J. Cops and robbers (and eyewitnesses): A comparison of lineup administration by robbery detectives in the USA and Canada. *Psychology, Crime & Law*, Abingdon, v. 21, n. 3, p. 297–313, 2015.

GRIFFITHS, A.; MILNE, R. Will it all end in tiers? Police interviews with suspects in Britain. In WILLIAMSON, T. (Ed.), *Investigative interviewing: Rights, research, regulation*. Devon: Willan Publishing, 2006. p. 167–189.

GRIFFITHS, A.; MILNE, R. *The psychology of criminal investigation: From theory to practice*. New Jersey: Routledge, 2018. 296 p.

HORRY, R. et al. Video identification of suspects: A discussion of current practice and policy in the United Kingdom. *Policing: A Journal of Policy and Practice*, Berna, v. 7, n. 3, p. 307-315, 2013.

HUANG, C.; SHIH, C. The good, the bad and the ugly of eyewitness identification practice in police officers – a self-report survey study. *Psychology, Crime & Law*, Abingdon, v. 0, n. 0, p. 1–21, 2020.

KNELLER, W.; HARVEY, A. J. Lineup identification accuracy: The effects of alcohol, target presence, confidence ratings, and response time. *The European Journal of Psychology Applied to Legal Context*, Madrid, v. 8, n. 1, p. 11–18, 2016.

LAMB, M. E. Difficulties translating research on forensic interview practices to practitioners: Finding water, leading horses, but can we get them to drink? *American Psychologist*, Washington, v. 71, n. 8, p. 710–718, 2016.

LOFTUS, E. F. Planting misinformation in the human mind: A 30-year investigation of the malleability of memory. *Learning & Memory*, Long Island, v. 12, n. 4, p. 361–366, 2005.

MACDONALD, S.; SNOOK, B.; MILNE, R. Witness Interview Training: a Field Evaluation. *Journal of Police and Criminal Psychology*, Berlim, v. 32, n. 1, p. 77–84, 2017.

MATIDA, J.; CECCONELLO, W. W. Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 7, n. 1, p. 409-409, 2021.

MEISSNER, C. A.; SPORER, S. L.; SCHOOLER, J. W. Person descriptions as eyewitness evidence. In: LINDSAY, R. C. L. et al. (Eds.), *The handbook of eyewitness psychology: Vol. 2: Memory for people*. Abingdon: Lawrence Erlbaum Associates Publishers, 2007. p. 3–34.

- MILNE, R.; SHAW, G.; BULL, R. (2007). Investigative interviewing: The role of research. In: CARSON, D. et al. (Eds.), *Applying psychology to criminal justice*. England: Wiley Chichester, 2007. p. 65–80.
- MILNE, R. et al. The Cognitive Interview – a tiered approach in the real world. In: DICKINSON, J. J. et al. (Eds.), *Evidence-based investigative interviewing*. Abingdon: Routledge, 2019. p. 56.73.
- MODJADIDI, K.; KOVERA, M. B. Viewing videotaped identification procedure increases juror sensitivity to single-blind photo-array administration. *Law and Human Behavior*, Washington, v. 42, n. 3, p. 244–257, 2018.
- NATIONAL INSTITUTE OF JUSTICE TECHNICAL WORKING GROUP FOR EYEWITNESS EVIDENCE. *Eyewitness evidence: A Guide for Law Enforcement*. Washington, DC, 1999, 55 p.
- NATIONAL INSTITUTE OF JUSTICE TECHNICAL WORKING GROUP FOR EYEWITNESS EVIDENCE. *Eyewitness evidence: A trainer's manual for law enforcement*. Washington, DC, 2003, 62 p.
- NATIONAL RESEARCH COUNCIL. *Identifying the culprit: Assessing eyewitness identification*. Washington, DC, 2014, 171 p.
- POLICE EXECUTIVE RESEARCH FORUM. *A National Survey of Eyewitness Identification Procedures in Law Enforcement Agencies*. Washington, DC, 2013, 142 p.
- PRICE, H. L. et al. Evidence for the Belief in Live Lineup Superiority. *Journal of Police and Criminal Psychology*, Berlin, v. 34, n. 3, p. 263–269, 2019.
- QUINLIVAN, D.S. et al. Do pre-admonition suggestions moderate the effect of unbiased lineup instructions?. *Legal and Criminological Psychology*, Londres, v. 17, n. 1, p. 165-176, 2012.
- RUBÍNOVA, E. et al. Live presentation for eyewitness identification is not superior to photo or video presentation. *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*. Washington, v. 10, n. 1, p. 167–176, 2020.
- SIMONS, D. J. Monkey Business Illusion. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=IG-QmdoK_ZfY> Acesso em: 17 de fev. 2022.
- SMALARZ, L. et al. Identification Performance from Multiple Lineups: Should Eyewitnesses Who Pick Fillers Be Burned?. *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, Washington, v. 8, n. 2, p. 221–232, 2019.
- STEBLAY, N. K. Lineup Instructions. In: CUTLER, B. L. (Ed.). *Reform of eyewitness identification procedures*. Washington: American Psychological Association, 2013. p. 65–86.
- SMITH, A. M. et al. Fair Lineups Are Better Than Biased Lineups and Showups, but Not Because They Increase Underlying Discriminability. *Law and Human Behavior*, Washington, v. 41, n. 2, p. 127–145, 2017.
- STEBLAY, N. K., WELLS, G. L., DOUGLASS, A. B. The eyewitness post identification feedback effect 15 years later: Theoretical and policy implications. *Psychology, Public Policy, and Law*, Cambridge, v. 20, n. 1, p. 1–18, 2014.
- STEIN, L. M.; ÁVILA, G. N. *Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses*. Brasília, DF, 2015, 110 p.

SUPREME JUDICIAL COURT STUDY GROUP ON EYEWITNESS IDENTIFICATION. *Report and recommendations to the Justice*. Boston, MA, 2013, 175 p.

TECHNICAL WORKING GROUP ON EYEWITNESS EVIDENCE. *Eyewitness Evidence: A Guide to for law enforcement*. Washington, DC, 1999, 55 p.

VALENTINE, T.; FITZGERALD, R. J. Identifying the Culprit: An International Perspective on the National Academy of Sciences Report on Eyewitness Identification Evidence. *Applied Cognitive Psychology*, New Jersey, v. 30, n. 1, p. 135–138, 2016.

WELLS, G. L. Applied eyewitness-testimony research: System variables and estimator variables. *Journal of Personality and Social Psychology*, Washington, v. 36, n. 12, p. 1546–1557, 1978.

WELLS, G. L. Eyewitness identification: Systemic reforms. *Wisconsin Law Review*, p. 615–643, 2006.

WELLS, G. L. et al. Policy and Procedure Recommendations for the Collection and Preservation of Eyewitness Identification Evidence. *Law and Human Behavior*, Washington, v. 44, n. 1, p. 3–36, 2020.

WELLS, G. L. et al. Eyewitness identification procedures: Recommendations for lineups and photospreads. *Law and Human Behavior*, Washington, v. 22, n. 6, p. 603–664, 1998.

WEST, E.; METERKO, V. Innocence project: DNA exonerations, 1989-2014: review of data and findings from the first 25 years. *Albany Law Review*, New York, v. 79, n. 3, p. 717-795, 2015.

WESTERA, N. J.; KEBBELL, M. R.; MILNE, B. "Interviewing witnesses: do investigative and evidential requirements concur?". *The British Journal of Forensic Practice*, Bingley, v. 13, n. 2, p. 103-113, 2011.

WESTERA, N. et al. Police organizational responses to interviewing victims of sexual offences. In: BULL, R.; BLANDON-GITLIN, I. (Eds.). *The Routledge International Handbook of legal and investigative psychology*. New Jersey: Routledge, 2019.

WILCOCK, R.; BULL, R.; MILNE, B. *Witness identification in criminal cases: Psychology and practice*. Oxford: Oxford University Press, 2008. 304 p.

WILSON, J. P.; HUGENBERG, K.; BERNSTEIN, M. J. The Cross-Race Effect and Eyewitness Identification: How to Improve Recognition and Reduce Decision Errors in Eyewitness Situations. *Social Issues and Policy Review*, v. 7, n. 1, p. 83–113, 2013.

WISE, R. A.; SAFER, M. A.; MARO, C. M. What U. S. Law Enforcement Officers Know and Believe About Eyewitness Factors, Eyewitness Interviews and Identification Procedures. *Applied Cognitive Psychology*, New Jersey, v. 25, n. 3, p. 488–500, 2011.

WIXTED, J. T.; MICKES, L. A Signal-Detection-Based Diagnostic-Feature-Detection Model of Eyewitness Identification. *Psychological Review*, Washington, v. 121, n. 2, p. 262–276, 2014.

WIXTED, J. T.; WELLS, G. L. The Relationship Between Eyewitness Confidence and Identification Accuracy: A New Synthesis. *Psychological Science in the Public Interest*, Philadelphia, v. 18, n. 1, p. 10–65, 2017.

WIXTED, J. T. et al. Test a witness's memory of a suspect only once. *Psychological Science in the Public Interest*, Philadelphia, v. 22, n. 1_suppl, p. 1S-18S, 2021.

A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA PENAL DEPENDENTE DA MEMÓRIA

DIÁLOGOS ENTRE A PSICOLOGIA DO TESTEMUNHO E A DOGMÁTICA PROCESSUAL PENAL

THE CHAIN OF CUSTODY OF MEMORY-DEPENDENT CRIMINAL EVIDENCE: DIALOGUES BETWEEN THE PSYCHOLOGY OF TESTIMONY AND CRIMINAL PROCEDURAL DOGMATICS

Gustavo Noronha de Ávilal¹ e Luiz Antonio Borri²

Resumo: O texto aproxima a temática da cadeia de custódia da prova, aplicada especialmente em relação aos delitos que deixam vestígio material, à prova penal dependente da memória. Para isso, formulam-se as hipóteses de que a cadeia de custódia deve ser aplicada às provas dependentes da memória, obedecendo aos parâmetros legais e aos conhecimentos hauridos da psicologia do testemunho, cuja inobservância acarreta a ilicitude probatória, haja vista a inviabilidade de repetição do ato. Para a elaboração do trabalho será empregado o método hipotético-dedutivo e dialético, com a elaboração de hipóteses, as quais, submetidas à tese e à antítese, conduzirão a uma síntese, confirmando ou refutando as hipóteses levantadas. A técnica de pesquisa será a documental e bibliográfica.

Palavras-chave: Cadeia de custódia; Psicologia da Testemunha; Prova penal dependente da memória; Reconhecimento de Pessoas; Prova Testemunhal.

Abstract: The present work seeks to bring the issue of chain of custody closer to evidence, applied especially in relation to crimes that leave material traces, to criminal evidence dependent on memory. For this, hypotheses are formulated that the chain of custody should be applied to evidence dependent on memory, obeying the legal parameters and the knowledge obtained from the psychology of the testimony, whose non-observance leads to probative illegality, given the unfeasibility of repetition. of the act. For the elaboration of the work, the hypothetical-deductive and dialectical method will be used, with the elaboration of hypotheses, which, submitted to the thesis and antithesis, will lead us to a synthesis, confirming or refuting the hypotheses raised. The research technique will be documental and bibliographic.

Keywords: Chain of custody; Witness Psychology; Criminal evidence depends on memory; Eyewitness Identification; Eyewitness Testimony.

.....

1 Pós-Doutor em Psicologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS); Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS); Professor do Mestrado em Ciências Jurídicas e da Graduação em Direito do Centro de Ensino Superior de Maringá (UNICESUMAR); Professor do Departamento de Direito Público da Universidade Estadual de Maringá; Bolsista de Produtividade e Pesquisador do ICETi. e-mail: gustavonoronhadeavila@gmail.com

2 Doutorando em Ciências Criminais na PUC/RS. Professor de Direito Penal na Unicesumar. Advogado. O presente trabalho foi realizado com apoio da PUCRS através do Programa Institucional de Bolsas PRO-Stricto. E-mail: luiz@advocaciabittar.adv.br

INTRODUÇÃO

A cadeia de custódia da prova vem ganhando proeminência no direito processual penal brasileiro. Isso se dá com mais intensidade a partir das modificações propiciadas pela Lei 13.964/2019, que inseriu os arts. 158-A a 158-F no Código de Processo Penal, densificando na legislação ordinária a garantia do contraditório e da ampla defesa.

Pode-se definir a cadeia de custódia da prova como protocolos a serem observados para manter a identidade, originalidade, autenticidade e integridade de vestígio probatório coletado pelo Estado com o escopo de comprovar a autoria ou materialidade do fato delituoso. É forma de preservar a fiabilidade da evidência e, em última análise, garantir a própria legitimidade estatal para realizar a persecução punitiva.

Não se desconhece que a cadeia de custódia da prova já recebia atenção doutrinária e jurisprudencial antes do advento das alterações promovidas na legislação processual penal, sendo possível mencionar parecer de Ada Pelegrini Grinover (2013, p. 245-255) e livro de Geraldo Prado (2014b) abordando a temática, assim como julgado do Superior Tribunal de Justiça (HC 160.662/RJ).

De todo modo, o que se percebe é uma vinculação da matéria aos vestígios materiais de um delito, tornando necessário ampliar esse debate para outros espaços. Nessa perspectiva, os conhecimentos oriundos da psicologia do testemunho têm recebido acolhida nas Cortes brasileiras, com destaque para o HC 598.886/SC da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, responsável por importante guinada jurisprudencial quanto ao tema do reconhecimento de pessoas.

Por conseguinte, formulam-se as seguintes questões: i) a cadeia de custódia da prova possui aplicação quanto às provas dependentes da memória?; ii) caso positiva a indagação anterior, quais protocolos devem ser seguidos para assegurar a custódia da prova dependente da memória?; iii) quais as consequências do descumprimento desses protocolos?

Para tanto, propõe-se a hipótese de que a cadeia de custódia pode ser aplicada às provas dependentes da memória. Deve, para tanto, ser exigida a obediência aos parâmetros legais e aos conhecimentos hauridos da psicologia do testemunho, de modo que a desobediência desses critérios implica a ilicitude probatória. Isso porque a prova penal dependente da memória, por sua natureza, tem sido vista como irrepetível (ÁVILA, 2013; ALTOÉ, ÁVILA, 2017; CECCONELLO, ÁVILA, STEIN, 2018).

Por fim, para a elaboração do trabalho, será empregado o método hipotético-dedutivo e dialético, com a elaboração de hipóteses, as quais, submetidas à tese e antítese, nos con-

duzirão a uma síntese, confirmando ou refutando as hipóteses levantadas. Como decorrência da metodologia eleita, partir-se-á do estudo dogmático da cadeia de custódia da prova penal avaliando-se a pertinência de sua incidência em relação à prova penal dependente da memória. As técnicas de pesquisa serão documental e bibliográfica, consultando-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, bem como artigos, obras jurídicas e da psicologia do testemunho, bem como Projetos de Lei.

A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA NO CONTEXTO BRASILEIRO

A cadeia de custódia da prova tem a finalidade de assegurar que vestígios de um crime sejam preservados pelos agentes estatais incumbidos da persecução penal, estabelecendo protocolos que permitam garantir que o vestígio apreendido na cena do crime, por exemplo, é o mesmo submetido à perícia e valorado no processo criminal. O tema é diretamente relacionado ao estudo da prova penal³, mais precisamente aos procedimentos necessários para conferir autenticidade e credibilidade a determinado elemento probatório.

Com efeito, pode-se afirmar que “a cadeia de custódia abarca todo o caminho que deve ser percorrido pela prova até sua exata análise e escoreta inserção no processo, sendo que qualquer interferência durante o trâmite processual pode resultar na sua imprestabilidade” (MENEZES; BORRI, SOARES, 2018, p. 281). Vale dizer, trata-se de “uma sucessão de eventos concatenados, em que cada um proporciona a viabilidade ao desenvolvimento do seguinte”, isso com o objetivo de “proteger a integridade de um vestígio do local de crime ao seu reconhecimento como prova material até o trânsito em julgado do mérito processual” (DIAS FILHO, 2012, p. 404).⁴

Na doutrina, aponta-se para a distinção entre cadeia de custódia da prova e prova da cadeia de custódia, esta consiste “no procedimento de documentação da sucessão de procedimentos concatenados de uma dada prova”, enquanto aquela “é justamente o objeto desta documentação, isto é, a cronologia da posse da prova” (CALDEIRA, 2020. p. 205).

.....

3 Trata-se de termo polissêmico conforme registra (GOMES FILHO, 2005. p. 303-310). No mesmo sentido, afirmando tratar-se de termo polissêmico para com isso distinguir entre prova e sucedâneo de prova cf. (GOMES FILHO; BADARÓ, 2015. p. 1611-1640). Por sua vez, Jordi Ferrer Beltrán admite que alguns autores consideram ambíguo o termo prova, pois teria significados distintos no âmbito geral e jurídico, sendo que “uma das razões que habitualmente são aduzidas para tal defesa é a presença no âmbito jurídico de uma importante quantidade de regras processuais que estabelecem limites à possibilidade de determinação da verdade do ocorrido mediante provas” (2017, p. 41).

4 Apontando a cadeia de custódia como técnica que garante identidade e autenticidade da prova, da sua obtenção até apreciação pelo julgador cf. CALDEIRA, 2020. p. 204.

Essa conceituação permite assentar que a cadeia de custódia da prova busca estabelecer registro sobre a cronologia existencial da prova, com o escopo de determinar a autenticidade e integridade do elemento probatório, ou seja, “a cadeia de custódia da prova como garantia de identidade (originalidade) daqueles indícios e vestígios probatórios e como garantia de autenticidade (integralidade) dos indícios ou vestígios probatórios” (VALENTE, 2020. p. 44).

O tema foi regulamentado pela legislação processual penal com o advento da Lei 13.964/2019, inserindo os arts. 158-A a 158-F, no capítulo II, do título VII do Código de Processo Penal (BORRI; SOARES, 2020a. p. 17-19), e malgrado a topografia indicar sua aplicação restrita às provas periciais, segundo a doutrina “a garantia da cadeia de custódia, contudo, consubstancia verdadeira norma geral de direito probatório (...)” (FULLER, 2020. p. 189). Por sua vez, Aury Lopes Junior admite que “é preciso considerar que haverá diferentes morfologias da cadeia de custódia conforme o tipo de prova que estamos tratando” (2021. p. 460).

A inserção dos mecanismos de controle da cadeia de custódia da prova na legislação adjetiva, no ano de 2019, poderia indicar tratar-se de novidade no direito nacional, todavia, a doutrina já assentava a necessidade de sua observância com base no disposto no art. 6º, incisos I e III, art. 159, §6º e art. 170, do Código de Processo Penal (BADARÓ, 2018. p. 526), bem como, no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal (AZEVEDO, 2017. p. 105-106). Além do mais, o instituto possuía regulamentação no âmbito infralegal pela Portaria 82, de 16 de julho de 2014, da Secretaria Nacional de Segurança Pública (BRASIL, 2014) e pela Resolução 102, de 2 de outubro de 2018, da Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo (ESTADO DE SÃO PAULO, 2018), a primeira fixando procedimento para garantir a idoneidade e rastreabilidade de vestígios, preservando a confiabilidade da prova pericial e a segunda estabelecendo critérios para a coleta de materiais biológicos.

Também não pode ser ignorado que uma concepção de devido processo penal (GIACOMOLLI, 2016), em sentido substancial, deve levar em consideração critérios de fiabilidade da prova, filtrando possíveis distorções.

As discussões acerca da cadeia de custódia na dogmática processual penal brasileira ganharam corpo com Geraldo Prado (PRADO, 2014a. p. 16-17; PRADO, 2014b; PRADO, 2019), ao estabelecer a “mesmidade” da prova e a utilização do princípio da “desconfiança”⁵ (não se pode simplesmente pressupor que o elemento probatório trazido ao processo é o mesmo que foi apreendido na cena do crime apenas com lastro na manifestação da autoridade oficial) como critérios para assegurar a credibilidade da prova.

.....
5 Importante compreender que a desconfiança é própria de uma visão liberal de punitividade. Contemporaneamente, é possível apontar Luigi Ferrajoli como desenvolvedor de uma teoria garantista, a partir da qual, desde uma perspectiva pessimista do poder punitivo, se descrevem critérios de proteção (garantias) ao indivíduo investigado ou processado pelo Estado-coletividade.

O posicionamento do autor encontrou ressonância na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que, no *habeas corpus* 160.662/RJ entendeu que o desaparecimento de parte de material obtido em interceptação telefônica e telemática, por afrontar o devido processo legal e o direito à prova, deve acarretar sua ilicitude (BRASIL, STJ, 2014).

De todo modo, ainda no ano de 2013, Ada Pellegrini Grinover examinou, em parecer, caso concreto em que uma amostra de café com leite e de água foram recolhidas por pessoa sem atribuição investigatória e sem os cuidados inerentes à preservação do material, em um pote de geleia, dentro de uma sacolinha, sem lacre. As amostras foram entregues a determinada pessoa, que repassou a um sobrinho motoqueiro para levá-las até um médico. O material estava acondicionado numa “sacola do piu-piu”, com bilhete manuscrito apócrifo grampeado, no qual se afirmava que se tratava de amostra dos alimentos ingeridos pela vítima no dia do crime. Como o médico não tinha experiência em assuntos criminais, encaminhou o produto a um laboratório, o qual não fazia mais o tipo de análise almejada, acarretando no encaminhamento a um segundo laboratório que, por sua vez, encaminhou a um terceiro. Esse conjunto de descuidos acarretou a quebra da cadeia de custódia e ilegitimidade da prova. O caso ganhava relevo porque se tratava de processo que poderia ser submetido ao Tribunal do Júri, de modo que os jurados, ao julgarem sem motivar os argumentos que influenciaram seu convencimento, poderiam cancelar uma injustiça. A conclusão da parecerista é de que o laudo pericial deveria ser desentranhado dos autos (2013, p. 245-255).

Atualmente, a legislação estabelece diversas etapas que devem ser obedecidas para assegurar a preservação da cadeia de custódia da prova. O art. 158-A do CPP define o instituto, prevendo que o início do elo da cadeia probatória se dá com a preservação do local do crime (§1º). Por seu turno, o art. 158-B, CPP, elenca as fases da cadeia de custódia: i) reconhecimento (distinção de um elemento como de potencial interesse para a prova pericial); ii) isolamento; iii) fixação (descrição detalhada do vestígio); iv) coleta; v) acondicionamento (individualização do vestígio em embalagem, com registro da data, hora e nome de quem realizou a coleta); vi) transporte; vii) recebimento (ato de transferência da posse do vestígio, que deve ser documentado); viii) processamento (perícia, envolvendo a manipulação do vestígio em consonância com a metodologia adequada); ix) armazenamento (preservação do vestígio para contraprova); x) descarte (liberação do vestígio).

De fato, o tema tem gerado muitos debates, especialmente pela evolução tecnológica que acompanha a apuração de fatos criminosos, resultando, por exemplo, na apreensão de *smartphones*, computadores, tablets, pen drives, entre outros. O regramento em estudo, por certo, incide, por exemplo, no âmbito da lei de lavagem de dinheiro, pois manuseio do corpo de delito passando a existir “regras específicas e claras, as quais precisam ser

seguidas pelas autoridades, sob pena de tornar a prova imprestável para quaisquer finalidades” (MACIEL FILHO, 2020. p. 344).

A cadeia de custódia da prova também enseja relevantes discussões acerca das interceptações telefônicas, notadamente no que diz respeito à preservação da integridade do material interceptado, isso porque, segundo Lia Andrade de Souza e Vinicius Gomes de Vasconcellos, a rastreabilidade das provas constitui “fator essencial e primordial para um processo penal justo, regido pelo princípio da presunção de inocência” (2020, p. 32). A relevância da cadeia de custódia no âmbito das interceptações telefônicas é consectário do silêncio da lei quanto à forma de execução da medida e do rastreamento da informação, tarefas que são atribuídas às empresas de tecnologia, de modo que “a preservação de cada uma das etapas da operação que realizou a interceptação das comunicações de um cidadão é a única maneira de assegurar a integridade do procedimento probatório (SANTORO; TAVARES; GOMES, 2017. p. 620).

A partir da teoria do processo como situação jurídica de James Goldschmidt, repensada para o processo penal contemporâneo, Ricardo Gloeckner observa que atualmente há uma tendência de esvaziamento da prova do campo da instrução processual, assim como do oferecimento de denúncia com prova pré-constituída, tornando inócuo o contraditório. Esse contexto afeta a capacidade do processo em produzir chances processuais, conduzindo-o para um debate meramente formal (2020, p. 542-543). Por esse motivo, o autor propõe acrescer às categorias da autoria e materialidade delitiva “a cadeia de custódia e o nexos causal de validade inserido em cada um dos elementos investigatórios convertidos em prova, unilateralmente” (2020, p. 547), ou seja, a carga da prova, que é da acusação, deve corresponder também à demonstração de validade dos meios de investigação preliminares e sua respectiva cadeia de custódia, cuja indemonstrabilidade deve acarretar uma resolução de mérito em favor do acusado, superando-se a tradicional teoria das nulidades (2020, p. 548).

Mesmo com as modificações legislativas da Lei 13.964/2019, algumas questões permanecem abertas, sendo exemplo o debate acerca das consequências jurídicas advindas da quebra da cadeia de custódia da prova (VIEIRA, 2020. p. 27-32, SOUZA; VASCONCELLOS, 2020. p. 46), subsistindo corrente que trabalha como assunto a ser tratado no momento da valoração da prova (DALLAGNOL; CÂMARA, 2016. p 458; BADARÓ, 2018. p. 535)⁶, cabendo maior ônus argumentativo do julgador para valorar o elemento probatório, enquanto

.....
6 Cumprir observar que, em texto posterior, Gustavo Badaró ressalta que, ao menos em relação às provas digitais, a solução deve ser distinta, sendo a prova destituída de valor probatório quando não forem usados os métodos adequados ou quando não comprovada a cadeia de custódia da prova, sobretudo em razão da desmaterialização dos elementos de prova e a facilidade de mutação (BADARÓ, 2021. p. 9).

outros debatem sobre a caracterização de nulidade e ilicitude probatória (MATIDA, 2020. p. 7-8; BORRI; SOARES, 2020b. p. 79-80; VALENTE, 2020. p. 97-98).

Mais recentemente, o Superior Tribunal de Justiça enfrentou essa celeuma no *Habeas Corpus* 653.515/RJ, no qual se examinou argumento veiculado pela Defensoria Pública daquele Estado, sustentando a inviabilidade de manutenção de decreto prisional, tendo em vista que as drogas apreendidas foram entregues na perícia sem lacre, afetando a cadeia de custódia probatória.

Na ocasião, a Ministra relatora Laurita Vaz suscitou óbices de natureza processual (incursão no conjunto fático-probatório), bem como a subsistência dos fundamentos da custódia cautelar. Contudo, admitindo ser pequena a quantidade de drogas (51g de maconha, 41g de crack e 31g de cocaína), concedeu parcialmente a ordem para substituir a prisão por cautelas diversas. A seguir, o Ministro Sebastião Reis Junior apresentou voto-*divergindo* da relatora, em que assentou “não vejo como admitir que um material acondicionado em frágil saco plástico incolor, fechado por nó, atenda à exigência do art. 158-D, § 1º, do CPP” (BRASIL, STJ, 2021b, p. 23), razão pela qual concedeu a ordem para declarar a ilegalidade da prova e nulidade do procedimento derivado.

Por seu turno, a Ministra Laurita Vaz apresentou aditamento ao voto, esclarecendo que durante a tramitação do *writ* houve prolação de sentença condenatória, esvaziando o objeto do *Habeas Corpus* em relação à alegação de nulidade de instrução processual. Porém, em razão de decretação de prisão preventiva na sentença, concedeu a ordem de ofício para colocar em liberdade o paciente.

O Ministro Rogério Schietti Cruz reputou incontroverso nos autos que o material recebido pela Polícia Científica para fins de perícia estava embalado em saco plástico incolor, fechado por nó e desprovido de lacre. Nessa perspectiva, abordou o conceito de cadeia de custódia da prova, concluindo que a violação à cadeia probatória deve ser sopesada pelo Magistrado com os elementos produzidos na instrução, para aferir sua confiabilidade. No caso concreto, compreendeu que a forma de acondicionamento do produto submetido à perícia fazia esmorecer a pretensão acusatória “porquanto não permite identificar, com precisão, se a substância apreendida no local dos fatos foi a mesma apresentada para fins de realização de exame pericial e, por conseguinte, a mesma usada pelo Juiz sentenciante para lastrear o seu decreto condenatório” (BRASIL, STJ, 2021b. p. 46). Por essa razão, concedeu a ordem para absolver o paciente quanto à imputação do crime do art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, mantendo, porém, a condenação pelo delito de associação para o tráfico (art. 35 da Lei 11.343/2006), tendo em vista a existência de confissão do paciente.

Em virtude do voto do Ministro Rogério Schietti Cruz, o Ministro Sebastião Reis Junior retificou seu voto para acompanhar o voto que havia lhe sucedido, entendimento que foi acompanhado pelo Ministros Antonio Saldanha Palheiro e Olindo Menezes.

Nada obstante, respeitáveis as posições que emergiram na doutrina, entende-se que num sistema processual pautado pelo livre convencimento motivado – com a íntima convicção norteando a valoração da prova pelo Conselho de Sentença no Tribunal do Júri – com as inúmeras críticas à sua deturpação e leituras abusivas, especialmente quando a discussão adentrar o arenoso terreno do sistema de invalidades processuais penais brasileiro, somente a ilicitude probatória daria conta de possibilitar algum controle sobre a preservação da cadeia de custódia probatória.

Por fim, delineado o contexto legislativo e doutrinário, bem como identificado julgados recentes e paradigmáticos que abordaram a matéria na jurisprudência dos Tribunais Superiores, pretende-se aproximar o instituto da cadeia de custódia à prova penal dependente da memória, como o reconhecimento de pessoas, prova testemunhal, palavra da vítima, interrogatório do acusado, colaboração premiada, entre outras.

A CUSTÓDIA DA PROVA PENAL DEPENDENTE DA MEMÓRIA: A FORMALIZAÇÃO DE PROTOCOLOS COMO INSTRUMENTO PARA ASSEGURAR UMA PROVA DE MELHOR QUALIDADE

O presente texto pretende aprofundar ideias inicialmente discutidas em 2019, quando as principais diretrizes da cadeia de custódia da prova estavam contempladas em Projeto de Lei 10.372/2018, bem como nas modificações sugeridas pelo então Projeto de Lei Anticrime (ÁVILA, BORRI, 2019. p. 114-132). Com as novidades inseridas no Código de Processo Penal, na regulamentação da cadeia de custódia, o texto foi atualizado (BORRI; ÁVILA, BRANCO, 2021. p. 435-455), mas o animador contexto de ampliação de discussão da prova penal dependente da memória no Brasil permite ampliar as análises já estabelecidas.

É prova penal dependente da memória aquela cuja fonte seja, direta ou indiretamente, a recordação das pessoas envolvidas no evento de interesse da justiça criminal. Por prova dependente da memória é possível compreender as declarações de vítimas, testemunhas, colaboradores premiados, bem como o reconhecimento de pessoas ou coisas.

É cabível também rememorar a basilar lição de Magalhães Gomes, reconhecendo a natureza polissêmica do termo prova para referir-se às pessoas que tenham conhecimento do fato delituoso como fontes de prova, sendo suas declarações formalizadas no processo por meio de uma declaração, consubstanciada em meio de prova (2005, p. 303-318).

Em pesquisa empírica produzida na “série pensando direito”, do Ministério da Justiça, por meio de entrevista semiestruturada aplicada a magistrados, policiais (civis e militares), promotores e defensores (públicos e privados), constatou-se que na etapa pré-investigativa (embora não esteja formalmente prevista no processo de criminalização) “é onde ocorre o primeiro contato com a testemunha/vítima por parte do responsável pelo policiamento ‘de rua’, o policial militar, ou ainda, através de um telefonema direcionado à emergência (em regra o número 190)” (STEIN; ÁVILA [et al.], 2015, p. 48).

Em relação a esse primeiro contato entre o policial militar e a vítima, a pesquisa retrata que “a estratégia utilizada pelos policiais militares para coleta do testemunho junto a vítimas e/ou testemunhas, tanto pessoalmente quanto por telefone, é a utilização de ‘perguntas fechadas’ sobre características físicas do suspeito, sua vestimenta, e, caso existam acerca de objetos resultado do delito” (STEIN; ÁVILA [et al.], 2015, p. 49).

Quanto ao reconhecimento, foram identificadas três formas: i) na viatura (vítimas ou testemunhas são colocadas no carro da polícia e saem em busca do suspeito, apontando aqueles que eventualmente se identifiquem); ii) via celular ou *whatsapp* (suspeito é fotografado pelo policial militar em seu telefone particular, sendo levado o aparelho até a vítima ou testemunha para o reconhecimento, bem como, via *whatsapp* quando a foto do suspeito é repassada para grupos de policiais); iii) na rua (suspeito frente a frente com a vítima ou testemunha), havendo reconhecimento positivo, a polícia militar encaminha os envolvidos à polícia civil (STEIN; ÁVILA [et al.], 2015. p. 50).

A pesquisa identificou também que, na fase investigativa, de incumbência da polícia civil, são empregadas distintas formas de abordagem/estratégias com vítimas e testemunhas na realização de entrevistas e reconhecimentos (STEIN; ÁVILA [et al.], 2015. p. 48). Verificou-se o emprego de cinco estratégias: i) acolhimento; ii) pergunta aberta; iii) pergunta fechada; iv) perguntas confrontativas e v) perguntas de trás para frente (STEIN; ÁVILA [et al.], 2015. p. 50), constatando que “a forma preponderante de oitiva de testemunhas na etapa investigativa se norteia na utilização de perguntas fechadas” (STEIN; ÁVILA [et al.], 2015. p. 51).

Esses dados revelam preocupação, especialmente quando lidos em conjunto com a análise empírica produzida por Sabrina Schmidt, Júlia Schneider Krimberg e Lilian Stein, que apuraram ser o conhecimento de juristas sobre o relato de testemunhas similar ao de

peessoas leigas. Observou-se que 80% dos juízes admitiam ter algum conhecimento prévio sobre psicologia do testemunho, entre os quais 59% admitiram que esse conhecimento decorre da experiência profissional. As autoras, porém, não verificaram correlação entre o tempo de experiência e o conteúdo das respostas apresentadas, pelo contrário, os dados obtidos apontaram que o conhecimento de juízes e de leigos não são significativamente diferentes acerca do funcionamento da memória e das circunstâncias que podem afetar sua fidedignidade (2020, p. 201-243).

Examinando a natureza poliédrica da prova, Manuel Monteiro Guedes Valente assinala que ela é instituto de várias ciências e tem por finalidade a reconstrução de um fato pretérito, o que em nada se confunde com uma pretensa busca da verdade real, compreendendo, porém, que outra coisa é a necessidade de respeito aos procedimentos técnicos de recolha, acondicionamento, manuseamento e manipulação dos vestígios probatórios, pois aqui se objetiva “a indispensável repetição da produção técnica e científica que possa esclarecer a factualidade ocorrida e a futura convicção do tribunal” (2020. p. 26-27).

Aqui surge uma questão relevante no tocante à prova dependente da memória, pois os estudos da psicologia do testemunho apontam para a irrepetibilidade dessa espécie de prova, considerando especialmente os efeitos que o tempo opera sobre a memória (ALTOÉ; ÁVILA, 2017. p. 255-270, CECCONELLO; ÁVILA; STEIN, 2018. p. 1057-1073). A esse respeito, afirma-se que os experimentos da psicologia do testemunho demonstram a falibilidade da memória de uma pessoa a depender das circunstâncias, vale dizer, “*que cuanto más tempo pasa entre la observación del hecho y la declaración en el proceso, menor es la huella que deja la memoria*” (NIEVA FENOLL, 2017, p. 15).

Em julgado de 2015, mesmo sendo voto vencido no Superior Tribunal de Justiça e inspirado na psicologia do testemunho, o Ministro Rogério Schietti já deixava claro que “a memória não possui a capacidade de manter os seus registros eternamente.” (BRASIL, STJ, 2015)

O que se pretende estabelecer é a identificação de protocolos de registro da prova penal dependente da memória que permitam a quaisquer dos atores da persecução penal (delegado, juiz, promotor e defensor) verificar a originalidade e autenticidade da prova colhida, sobretudo no que diz respeito à correção da metodologia.

Não por acaso, William Weber Ceconello e Lilian Milnitsky Stein salientam que “os procedimentos utilizados pelo sistema de justiça também podem aumentar a probabilidade de um falso reconhecimento [...]” (2020. p. 174), sendo de pouca relevância a repetição da prova, até porque “*repetir varias veces la identificación mediante ruedas repetidas o sucesivas peticiones de que se indique cuál de las personas allí presentes es el culpable aumenta el nivel de confianza en la identificación, aunque esta sea equivocada*” (MAZZONI,

2019. p. 59). Na prática, isso implica admitir que *“una primera identificación equivocada puede, pues, resultar fatal para un individuo inocente cuya fotografía sea elegida en una rueda mal realizada”* (MAZZONI, 2019. p. 60).

Alexandre Morais da Rosa separa o contexto da aquisição da memória do contexto da evocação, para que se possa comparar os indicadores da realidade existentes no momento da aquisição com a narrativa sobre os fatos, o que se daria com algo similar à cadeia de custódia, justificando que *“serão convenientes esforços no sentido de isolar os indicadores de realidade e/ou conclusões potencialmente acrescidas à memória originária (suscetível à reinscrição)”* (2021. p. 463).

A partir daí, diante das fases da cadeia de custódia previstas na legislação processual penal, o autor propõe as seguintes etapas para o rastreio da memória: i) reconhecimento: quando e em que circunstâncias a fonte de prova verificou as evidências da realidade, separando *“dados”* de *“informações”*; ii) isolamento: identificar possíveis acréscimos de alterações por terceiros; iii) processamento: quais aspectos do caso foram transmitidos pelos agentes públicos antes e depois do depoimento; iv) armazenamento: circunstâncias pessoais da fonte de prova; número de vezes que contou os fatos; com quem conversou sobre os fatos (2021. p. 464).

Por seu turno, Janaína Matida registra ser *“inegável que coisas que podemos pegar são qualificáveis como vestígios, mas não há razão para deixar-se de reconhecer que uma troca de e-mails, uma interceptação telefônica, ou mesmo a memória de alguém também apresentam potencial de reconstruir fatos juridicamente relevantes”* (2020. p. 6-9).

Como afirmam Bruno Silveira Rigon e Maria Gorete Marques de Jesus, não é possível continuar valorando a palavra de policiais utilizando-se das balizas fixadas para conferir validade a um ato administrativo, pois implica inversão do ônus da prova, viola a presunção de inocência e ampla defesa, além de afetar as regras do sistema acusatório, acarretando, no plano concreto, a legitimação de abuso e arbitrariedades. A pesquisa dos autores constata como algumas categorias do direito administrativo, como poder de polícia, a discricionariedade administrativa e a presunção de veracidade dos atos do poder público, são empregadas na segurança pública e ingressam no sistema de justiça criminal por meio das narrativas dos policiais (2019. p. 85-119).

Nesse contexto, comparando a redação do art. 158-A a F, do Código de Processo Penal, é viável estabelecer paralelo, ainda que em uma perspectiva hermenêutica de valorização de direitos e garantias fundamentais, especialmente o devido processo penal substancial, ou por meio da analogia (art. 3º CPP), entre os protocolos de registro e autenticação de vestígios à prova penal dependente da memória. A partir daí, mostra-se pertinente que

o policial militar documente, preferencialmente por câmeras acopladas ao seu uniforme (como imposto na ADPF 635 e no HC 598.051/SP), o contato inicial estabelecido com vítimas ou testemunhas, desde o momento em que as reconheça como tais.

Isso permitirá verificar o modelo de questionamento (perguntas abertas/fechadas), assim como eventuais sugestões das respostas. Também permitirá avaliar as metodologias utilizadas para reconhecimentos informais, realizados antes ainda do caso ser formalmente submetido à investigação preliminar.

O art. 4º, §13, da Lei 12.850/2013, ao tratar do registro dos atos da colaboração premiada, estabelecia, desde sua redação original, o armazenamento da prova por meio audiovisual, com a consequente possibilidade de controle posterior em relação aos questionamentos formulados (BITTAR, 2020. p. 279-284), conferindo maior fidelidade ao ato (BITTAR, 2021. p. 237-238). O mesmo raciocínio pode ser aplicado em relação ao art. 405, §1º, CPP, ao veicular preceito sobre o registro audiovisual da audiência de instrução e julgamento (ÁVILA; BORRI, 2019. p. 129), sendo que ambos os dispositivos acabam por estabelecer a possibilidade de controle sobre a prova em virtude dos registros, vale dizer, da documentação e armazenamento da cadeia de custódia probatória.

O isolamento (art. 158-B, II, CPP) é cabível em relação às vítimas e testemunhas, há inclusive previsão legal de que as testemunhas devem prestar depoimento de modo que não saibam e nem ouçam os depoimentos das outras (art. 210, CPP). Mas é possível avançar e estabelecer como protocolo a ser observado pela polícia logo ao chegar ao local do fato que, tão logo sejam identificadas as vítimas e testemunhas, se adotem providências para impedir que conversem entre si sobre os fatos.

Ademais, no momento de formalizar o depoimento, é relevante questionar-se com quais pessoas o depoente conversou sobre o fato, especialmente para averiguar-se a possibilidade do efeito conformação da memória. O ato de identificar a testemunha e saber com quais pessoas conversou seria correlato à fixação de um vestígio (art. 158-B, III), enquanto a intimação e eventual condução à Delegacia ou ao fórum seria equivalente, realizadas as devidas adaptações, à coleta (art. 158-B, IV) ou ao transporte (art. 158-B, VI).

O efeito conformação da memória foi demonstrado em estudo empírico produzido por Rodrigo Faucz Pereira e Silva e Antonio Jaeger quando apontaram a relação entre o transcurso do tempo e a conformidade da memória na seara do testemunho. O estudo se deu submetendo dois grupos à análise de dois vídeos que continham a cena de um crime. Existiam poucas diferenças entre os vídeos exibidos, mas o ponto central era que um deles continha uma cena de crime na qual o autor contava com um comparsa e no outro não. Após a exibição do vídeo, formaram-se duplas, sendo que cada integrante da dupla havia

assistido a um vídeo diferente, e responderam a um questionário sobre o conteúdo visualizado. Passados 8 meses, repetiram-se os questionários. Entre as diversas conclusões obtidas, os autores constataram que, passados 8 meses da exibição do vídeo, 88,89% das pessoas pertencentes ao grupo que assistiu à cena do crime sem o comparsa narrou ter o autor do delito agido em conjunto com um cúmplice. Os autores verificaram que as pessoas podem relatar com alta confiança situações que não vivenciaram, admitindo não ser possível conferir credibilidade às informações fornecidas por testemunhas que tenham conversado entre si sobre os fatos (2020, p. 281-312).

Com base nesse estudo, já se questionou o valor probatório das declarações prestadas em acordo de colaboração premiada, quando dois delatores permanecem custodiados na mesma cela e discutem sobre os fatos (BORRI, 2021. p. 147, nota de rodapé 421).

Deve ser lembrado também o paradigmático HC 598.886/SC, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça e o RHC 206.846/SP, examinado pelo Supremo Tribunal Federal, que estabeleceram limitações importantes quanto ao reconhecimento de pessoas, impondo-se, por exemplo, a observância aos parâmetros do art. 226 do Código de Processo Penal no ato de reconhecimento, bem como a inviabilidade de decreto prisional lastreado exclusivamente em reconhecimento fotográfico.

O enfrentamento pela jurisprudência possibilitou avanços, como a admissão da irrepetibilidade do reconhecimento em outro importante voto do Ministro Rogério Schietti Cruz, no HC 712.781/RJ, quando acentua a inutilidade da repetição em juízo de reconhecimento viciado produzido na fase inquisitorial. Essa irrepetibilidade pode ser sustentada pela inviabilidade do contraditório, que fica comprometido após o acesso inadequado da memória, maculando a licitude da prova (BORRI; ÁVILA, 2021. p. 349), bem como, para superar a conhecida jurisprudência defensiva acerca de uma nulidade “absoluta” e “relativa” e suas respectivas consequências (CECCONELLO; STEIN; ÁVILA, 2021. p. 359-368).

A modernização da jurisprudência em relação ao tema é importante, mas ainda subsistem espaços de enfrentamento, conforme aponta relatório da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, do dia 05 de maio de 2022, no qual foram analisados julgados de competência criminal do Tribunal de Justiça do mesmo estado no ano de 2021, buscando como parâmetro de pesquisa o termo “reconhecimento fotográfico”.

A pesquisa retornou 256 ocorrências entre janeiro e junho de 2021, delimitando 242 feitos após exclusão de processos que envolviam, por exemplo, crianças e adolescentes e buscas repetidas. Segundo os dados levantados, em 83% dos casos de absolvição houve decreto de prisão provisória em algum momento do processo, com tempo médio de 454,9 dias. Além disso, foram indicadas as seguintes formas de reconhecimento em

sede policial: i) fotografia (192 casos); ii) álbum fotográfico (132 casos); iii) forma de reconhecimento não identificada (18 casos); iv) imagens de câmera de segurança (4 casos); v) imagens de reportagem televisiva (2 casos); vi) investigação levou à sacadora do cheque roubado (1 caso); vii) sem informação (2 casos) (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2022).

Os vícios que persistem na realidade nacional não justificam a exclusão do reconhecimento fotográfico, como sustentam Janaína Matida e William Weber Cecconello, mas permitem questionar a forma como ele se realiza no Brasil, sobretudo com o emprego de álbum de suspeitos e extração de fotografias de redes sociais. É viável, então, admitir a possibilidade de reconhecimento fotográfico, desde que realizado mediante alinhamento justo, com fotografias padronizadas e com regulamentação do tempo que permanecerá sob o domínio estatal (MATIDA; CECCONELLO, 2021. p. 409-440).

Por fim, é necessário registrar que o PL 676/2021, aprovado pelo Senado Federal e atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados, prevê a modificação do art. 226, CPP (BRASIL, Senado Federal, 2021) com a incorporação da realização de alinhamento justo (com outras três pessoas sabidamente inocentes), descrição da pessoa a ser reconhecida com o uso de relato livre e perguntas abertas, questionamento à pessoa que for fazer o reconhecimento sobre o tempo de visualização do rosto do suspeito e às condições em que isso se deu, indicação do grau de confiança do reconhecimento pela testemunha ou vítima, assim como cautelas em relação ao reconhecimento fotográfico. Merece destaque ainda a exigência de juntada aos autos de todas as fotografias que foram utilizadas para o reconhecimento, na hipótese de reconhecimento fotográfico, a exigência de lavratura de auto pormenorizado e gravação mediante registro audiovisual de toda a etapa do reconhecimento como forma de preservação da cadeia de custódia.

CONCLUSÃO

Diante disso, retomando-se as questões levantadas, pode-se admitir a pertinência de estender à prova penal dependente da memória os protocolos referentes à cadeia de custódia previstos na legislação processual penal.

Para tanto, a obrigatoriedade do uso de câmeras no uniforme do policial militar é fundamental para registrar o contato inicial estabelecido com vítimas e testemunhas e avaliar possíveis sugestionamentos. O registro do depoimento por meio audiovisual também possibilita o controle sobre a autenticidade e indenidade da memória. Ademais, o isolamento entre vítimas e testemunhas, que deve ocorrer não só no momento da coleta dos

depoimentos, guarda pertinência para a verificar o efeito conformação da memória, sendo prudente, ainda, questionar a pessoa ouvida acerca de possíveis contatos estabelecidos com outras pessoas antes da oitiva. Por sua vez, a identificação da testemunha, intimação e eventual condução para depoimento podem ser aproximados, respectivamente das fases de fixação; coleta e transporte aplicável à cadeia de custódia dos vestígios.

Finalmente, a solução possível para as hipóteses de descumprimento da cadeia de custódia probatória é o reconhecimento de ilicitude, com a exclusão dos autos e impossibilidade de valoração na sentença, seja porque o ato dependente da memória é irrepetível, porque o contraditório fica comprometido após o acesso irregular à memória ou ainda por ser a forma adequada de superar a jurisprudência defensiva aplicada em relação às nulidades (absoluta/relativa).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTOÉ, Rafael; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Aspectos cognitivos da memória e a antecipação da prova testemunhal no processo penal. *Revista Opinião Jurídica*, v. 20, p. 255-270, 2017.

ÁVILA, Gustavo Noronha de; BORRI, Luiz Antonio. A cadeia de custódia da prova no “projeto de lei anticrime”: suas repercussões em um contexto de encarceramento em massa. *RDP*, Brasília. v. 16, n. 89, p. 114-132, set/out, 2019.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas Memórias e Sistema Penal: A Prova Testemunhal em Xeque*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

AZEVEDO, Yuri. A importância da cadeia de custódia das provas para o devido processo legal. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (orgs). *Ensaio sobre a cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 105-106.

BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson B. *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018. p. 517-538.

BADARÓ, Gustavo. Os standards metodológicos de produção na prova digital e a importância da cadeia de custódia. *Boletim IBCCRIM*, ano 29, nº 343, p. 7-9, jun-2021.

BITTAR, Walter Barbosa. *Delação premiada*. 3ª. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

BITTAR, Walter Barbosa. Capítulo 18 – Organizações Criminosas e Colaboração – Lei 12.850/23. In: BITTAR, Walter Barbosa. *Comentários ao Pacote Anticrime Lei 13.964 (artigo por artigo – incluindo a rejeição de vetos)*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 219-245.

BORRI, Luiz Antonio. *Colaboração premiada e prova de corroboração*. Belo Horizonte/São Paulo: D’Plácido, 2021.

BORRI, Luiz Antonio; SOARES, Rafael Junior. A cadeia de custódia no Pacote Anticrime. *Boletim IBCCRIM*, ano 28, nº 335, p. 17-19, out-2020a

BORRI, Luiz Antonio; SOARES, Rafael Junior. Da ilicitude da prova em razão da quebra da cadeia de custódia. *Revista da Faculdade Direito da FMP*, Porto Alegre, v. 15, n. 1, 2020b, p. 73-82.

BORRI, Luiz Antonio; ÁVILA, Gustavo Noronha de. O reconhecimento de pessoas a partir do HC 598.886/SC: análise das consequências jurídicas do descumprimento do procedimento legal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 179. ano 29. p. 331-352. São Paulo: Ed. RT, maio 2021.

BORRI, Luiz Antonio; ÁVILA, Gustavo Noronha de; BRANCO, Thayara Castelo. A cadeia de custódia da prova no “projeto de lei anticrime”: suas repercussões em um contexto de encarceramento em massa. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo Rudge; MADURO, Flávio Mirza [Orgs.]. *Desafiando 80 anos de processo penal autoritário*. São Paulo: D’Plácido, 2021. p. 435-455.

BRASIL. *Portaria 82, de 16 de julho de 2014*. Disponível em: http://download.in.gov.br/do/secao1/2014/2014_07_18/DO1_2014_07_18.pdf?arg1=VrJ1Vzard6dXtLMDr9p1L-Q&arg2=1601091446. Acesso em 12 de maio de 2022.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei 676, de 2021*. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para disciplinar o reconhecimento fotográfico de pessoa. Brasília: Senado Federal, 2021. Disponível em: encurtador.com.br/ajvD2. Acesso em 15 de maio de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 160.662/RJ*, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 18/02/2014, DJe 17/03/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC 30.438/PA*, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/08/2015, DJe 05/08/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 598.051/SP*, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/03/2021a, DJe 15/03/2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 653.515/RJ*, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/11/2021b, DJe 01/02/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 712.781/RJ*, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2022, DJe 22/03/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 635 MC*, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 18/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-254 DIVULG 20-10-2020 PUBLIC. 21-10-2020)

CECCONELLO, William Weber; ÁVILA, Gustavo Noronha de; STEIN, Lilian Milnitsky. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, nº 2, 2018 p.1057-1073.

CECCONELLO, William Weber; STEIN, Lilian Milnitsky. Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos. *Avances en Psicología Latinoamericana*, [on line]. 2020. vol 38(1), 172-188. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/apl/a.6471>.

CECCONELLO, William Weber; STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Novos rumos para o reconhecimento de pessoas no Brasil? Perspectivas da Psicologia do Testemunho frente à decisão HC 598.886-SC. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 177. ano 29. p. 359-368. São Paulo: Ed. RT, mar. 2021.

CALDEIRA, Rodrigo de Andrade Figado. 10. Cadeia de custódia: arts. 158-A a 158-F do CPP. In: DUTRA, Bruna Martins Amorim; AKERMAN, Willian. *Pacote Anticrime: análise crítica à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 203-224.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A cadeia de custódia da prova. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (orgs.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 431-471.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. O reconhecimento fotográfico nos processos criminais no Rio de Janeiro. Disponível em: encurtador.com.br/muGIO. Acesso em 15 de maio de 2022.

DIAS FILHO, Claudemir Rodrigues. Cadeia de custódia: do local de crime ao trânsito em julgado; do vestígio à evidência. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; NUCCI, Guilherme de Souza (orgs.). *Doutrinas Essenciais - Processo Penal*. v. III. São Paulo: RT, 2012. p. 404.

ESTADO DE SÃO PAULO. *Portaria 102, de 2 de outubro de 2018*. Disponível em https://www.imprensaoficial.com.br/DO/BuscaDO2001Documento_11_4.aspx?link=/2018/executivo%2520secao%2520i/outubro/03/pag_0005_622656d47915c1c2e10aa33d06ca28dd.pdf&pagina=5&data=03/10/2018&caderno=Executivo+I&paginaordenacao=100005. Acesso em 12 de maio de 2022.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón – Teoría del garantismo penal*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2009.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prova e verdade no direito*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: RT, 2017.

FULLER, Paulo Henrique. Alterações ao Código de Processo Penal: *In: JUNQUEIRA, Gustavo [et al]. Lei Anticrime Comentada – Artigo por Artigo*. São Paulo: Saraiva, 2020.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O Devido Processo Penal*. 3ª ed. São Paulo: Gen/Atlas, 2016.

GLOECKNER, Ricardo. O processo penal como complexo de situações jurídicas – uma necessária revisitação: homenagem ao professor Aury Lopes Júnior. KHALED JR, Salah [Coord]. *Sistema penal e poder punitivo: estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Junior*. 2ª.ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, Letramento, 2020. p. 526-549.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). *In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (orgs). Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005. p. 303-310

GOMES FILHO, Antonio Magalhães; BADARÓ, Gustavo. Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro. *In: BADARÓ, Gustavo (org.). Doutrinas essenciais de direito penal e processo penal*. v. VI. São Paulo: RT, 2015. p. 1611-1640

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). *In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (orgs). Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005. p. 303-318.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo: III série*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 245-255.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 18. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2021.

MACIEL FILHO, Euro Bento. Cadeia de custódia da prova e lavagem de dinheiro. *In: GONÇALVES, Antonio Baptista [coord]. Lei anticrime: um olhar criminológico, político-criminal, penitenciário e judicial*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 321-348.

MATIDA, Janaina. A cadeia de custódia é condição necessária para a redução dos riscos de condenações de inocentes. *Boletim IBCCRIM*, ano 28, nº 331, p. 7-8, jun-2020.

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. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i1.506>.

MAZZONI, Giuliana. *Psicología del Testimonio*. Trad. Amparo Moreno Hernández. Madrid: Editorial Trotta, 2019.

MENEZES, Isabela A.; BORRI, Luiz A.; SOARES, Rafael J. A quebra da cadeia de custódia da prova e seus desdobramentos no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 277-300, jan./abr. 2018.

NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba em el proceso penal*. Estado de México: Editorial MaGister, 2017.

PRADO, Geraldo. Ainda sobre a “quebra da cadeia de custódia das provas”. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 22, nº 262, p. 16-17, set./2014.

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

PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

RIGON, Bruno Silveira; JESUS, Maria Gorete Marques de. Testemunho policial como prova no processo brasileiro: uma análise crítica da presunção de veracidade das narrativas policiais nos processos de tráfico de drogas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 161, ano 27, p. 85-119. São Paulo: RT, dez/2019.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do Processo Penal estratégico: de acordo com a teoria dos jogos e MCDA-A*. Florianópolis: Ematis, 2021.

SANTORO, Antonio E. R.; TAVARES, Natália L. F.; GOMES, Jefferson C. O protagonismo dos sistemas de tecnologia da informação na interceptação telefônica: a importância da cadeia de custódia. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 605-632, mai./ago. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.76>

SCHMIDT, Sabrina; KRIMBERG, Júlia Schneider; STEIN, Lilian. Conhecimento dos magistrados sobre processos de memória nos relatos testemunhais e no reconhecimento de pessoas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 173, ano 28, p. 201-243, nov. 2020.

SILVA, Rodrigo Faucz Pereira e; JAEGER, Antonio. Memória e conformidade: a confiabilidade da prova testemunhal e o transcurso de tempo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 171, ano 28, p. 281-312. São Paulo: RT, set/2020

SOUZA, Lia Andrade de; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. A cadeia de custódia da prova obtida por meio de interceptações telefônicas e telemáticas: meios de proteção e consequências da violação. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 65, n. 2, p. 31-48, maio/ago. 2020. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/68577>. Acesso em: 31 ago. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v65i2.68577..>

STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de et al. *Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses*. Brasília, DF, 2015. Disponível em: [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf]. Acesso em: 13.05.2022.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Cadeia de custódia da prova*. 2ª. ed. Coimbra: Almedina, 2020.

VIEIRA, Antonio. A cadeia de custódia da prova no processo penal: algumas notas sobre as alterações promovidas pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime). *Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal*, ano 3, nº 07, fevereiro/2020, p. 27-32.

PSICOLOGIA DO TESTEMUNHO APLICADA AO RECONHECIMENTO DE PESSOAS E RECOMENDAÇÕES AO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

Juliana Ferreira da Silva¹

Resumo: Este artigo apresenta os principais conhecimentos consolidados pela psicologia do testemunho quanto aos procedimentos de coleta e preservação de evidências de identificação de pessoas por testemunhas oculares, discutindo a partir deles algumas implicações para o funcionamento do sistema de justiça criminal. Trata-se de uma revisão de literatura que tem o objetivo de dialogar com os operadores e gestores das políticas de justiça criminal. Listam-se os procedimentos que trazem melhores resultados na coleta de evidências de identificação por testemunhas oculares e discutem-se as práticas de reconhecimento utilizadas pelas instituições de segurança pública e justiça criminal no Brasil. Ao final, são feitas recomendações para o enfrentamento do problema.

Palavras-chave: testemunhas oculares, psicologia do testemunho, direito de defesa, justiça criminal.

Abstract: This article presents the main knowledge consolidated by the psychology of testimony regarding the procedures for collecting and preserving evidence of identification of people by eyewitnesses, discussing from them some implications for the functioning of the criminal justice system. This is a literature review that aims to dialogue with operators and managers of criminal justice policies. The procedures that bring the best results in the collection of evidence of identification by eyewitnesses are listed and the recognition practices used by public security and criminal justice institutions in Brazil are discussed. At the end, recommendations are made to deal with the problem.

Keywords: eyewitnesses, psychology of testimony, defense law, criminal justice.

.....

¹ Doutora em Psicologia, Professora do Programa de Pós-Graduação em Psicologia da Universidade Católica de Brasília (UCB/DF), e-mail: julianafs@p.ucb.br

INTRODUÇÃO

A Psicologia do Testemunho é um ramo da psicologia dedicado ao estudo dos processos psicológicos envolvidos na capacidade de testemunhas em produzir provas subjetivas. Tais processos envolvem a percepção, a memorização e a recuperação de informações relativas a eventos vividos. No sistema de justiça criminal, a capacidade de testemunhar importa consideravelmente para a avaliação da acurácia e o grau de confiabilidade que a justiça pode ter em relação à produção de provas subjetivas por testemunhas oculares². Os estudos psicológicos do testemunho integram pesquisas experimentais e documentais. Ainda que seja uma das áreas mais antigas da psicologia, com publicações que datam desde o início do século XX (STERN, 1939; SPORER, 1982), as principais pesquisas atualmente aceitas pela comunidade acadêmica tiveram notável avanço a partir da década de 1970 (WELLS, 1978). No âmbito da *American Psychology - Law Society and Division* (APA-LS) da *American Psychological Association* (APA), tal produção foi reunida em recomendações sobre os procedimentos indicados para se construir e conduzir à identificação de pessoas por testemunhas oculares em 1998 (WELLS *et al.*, 1998). A partir daí, o Departamento de Justiça dos EUA instituiu um grupo de trabalho que desenvolveu um guia de política e procedimentos de coleta e preservação de evidências de identificação por testemunhas oculares (NATIONAL INSTITUTE OF JUSTICE, 1999). Nos últimos cinquenta anos, com o avanço das pesquisas em psicologia do testemunho, a APA-LS publicou novo artigo com recomendações atualizadas (WELLS *et al.*, 2020).

Uma das questões mais recorrentes que a justiça criminal demanda da psicologia do testemunho está relacionada ao quão acuradas são as testemunhas oculares ao reconhecer suspeitos de crimes. Estudos de laboratório com alinhamentos³ demonstram que o percentual médio de erro é de cerca de 20% quando o culpado está presente na linha de reconhecimento e cerca de 35% quando o culpado está ausente (WELLS *et al.*, 2020). Isso quer dizer que, numa situação de reconhecimento em que a testemunha tem à sua frente uma linha com seis pessoas que a polícia lhe apresenta como possíveis autores do crime, cerca de uma em cada quatro testemunhas não é capaz de reconhecer corretamente o culpado, e aponta um inocente, mesmo que o culpado esteja à sua frente. Esse percentual de erro aumenta quando a linha é composta unicamente por pessoas inocentes, uma vez que, nessa situação, uma em cada três testemunhas erra e aponta um inocente. Isso indica

.....
2 A maioria dos estudos sobre a acurácia das testemunhas está relacionada ao depoimento de testemunhas oculares. Mas há também estudos sobre reconhecimento por voz, sendo necessário que tais procedimentos sejam feitos separadamente. A esse respeito, conferir: PRYKE; LINDSAY; DYSART; DUPUIS, 2004.

3 Ver explicação adiante.

que o testemunho, embora goze tradicionalmente de grande prestígio na justiça criminal, precisa ser amplamente discutido por ser comprovadamente fonte de erro judiciários.

Nos erros judiciários já documentados pelo *Project Innocence* nos EUA, sabe-se que mais de 70% de exonerações por DNA envolveram identificação equivocada de testemunhas oculares (WELLS *et al.*, 2020). Esses dados demonstram que o reconhecimento pessoal por testemunhas oculares são a principal fonte de erros nas condenações judiciais, evidenciando a necessidade de se repensar o modo como tais provas são produzidas e processadas na justiça criminal. No Brasil, há pouca documentação ou base de dados sistematizada sobre erros do judiciário, de forma que ainda é difícil estimar completamente o impacto desses erros na justiça brasileira. Nos últimos anos, o poder público tem sido provocado por organizações da sociedade civil⁴ a dar respostas sobre esse problema, ao passo que denúncias de condenações injustas envolvendo reconhecimento por testemunhas oculares têm sido noticiadas tanto por parlamentares⁵, quanto pela mídia⁶. Em 2021, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Portaria nº 209, instituiu um Grupo de Trabalho “destinado à realização de estudos e elaboração de proposta de regulamentação de diretrizes e procedimentos para o reconhecimento pessoal em processos criminais e a sua aplicação no âmbito do Poder Judiciário, com vistas a evitar condenação de pessoas inocentes” (CNJ, 2021). Por meio desse GT, importantes ações têm sido empreendidas para compreender o impacto dos erros de reconhecimento na justiça brasileira. A partir do levantamento produzido pelo Gabinete do Ministro Rogerio Schietti Cruz, pode-se afirmar que, no período de 27/10/2020 a 19/12/2021, os 10 ministros que compõem a 5ª e a 6ª Turma do Supremo Tribunal de Justiça absolveram ou revogaram 89 prisões que envolviam reconhecimento por testemunhas oculares (STJ, 2022). Já o relatório produzido pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (DPERJ, 2022) aponta que, nos casos recebidos entre junho de 2019 e março de 2020 e, posteriormente, em novembro e dezembro de 2020, 85 pessoas foram processadas com provas de reconhecimento pessoal realizada em sede policial por meio de fotografia e foram posteriormente absolvidas em juízo. Em 77% desses casos, tais pessoas permaneceram presas preventivamente, por um tempo médio de 09 meses. Na grande maioria dos casos (81% deles têm esse tipo de informação), os(as) acusados(as) são pretos(as) e pardos(as) (DPERJ, 2021). Assim, em que pese a necessidade de dados mais abrangentes e perenes, as publicações e denúncias constituídas até o momento per-

.....

4 Ver Project Innocence Brasil: <https://www.innocencebrasil.org/>.

5 A esse respeito, citamos a Audiência Pública da Comissão de Defesa de Direitos Humanos e Cidadania da Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro (Alerj) realizada em 08/10/2021 e presidida pela Deputada Estadual Dani Monteiro (PSOL). Disponível em: <https://youtu.be/3IMisFzfjiw>.

6 A exemplo, ver: “Projeto Inocência: nova série mostra histórias de condenados injustamente no Brasil”, disponível em <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2020/07/26/projeto-inocencia-nova-serie-mostra-historias-de-condenados-injustamente-no-brasil.ghtml>. Acesso em maio/2022.

mitem afirmar que as consequências de erros judiciais que envolvem o reconhecimento por testemunhas oculares são sentidas nas vidas de brasileiros(as), tanto pelas perdas que acarretam para o exercício de sua liberdade, quanto pelo efeito nocivo em sua saúde mental e física, na convivência familiar e comunitária, assim como em suas trajetórias educacionais e laborais. De forma articulada à desigualdade e ao racismo estrutural da sociedade brasileira, tais efeitos são sentidos majoritariamente em corpos pretos e pardos das periferias.

AS FONTES DE ERROS DO RECONHECIMENTO POR TESTEMUNHAS OCULARES E OS MODOS DE CONTROLÁ-LOS

Testemunhas oculares têm seu desempenho prejudicado por dois conjuntos de variáveis. O primeiro conjunto dessas variáveis denomina-se “variáveis de estima” e está relacionado às condições de observação que impactam na maneira como a testemunha poderá perceber, memorizar e relatar o fato sobre o qual posteriormente ela vai testemunhar (WELLS *et al.*, 1998). Nesse conjunto estão as variáveis relacionadas às condições materiais de percepção (tais como luminosidade, proximidade ao evento, tempo de observação), assim como os estados afetivos da testemunha no momento do evento (o estresse e o medo, por exemplo), suas capacidades de memorizar o fato, a influência da mídia sobre sua memória e os estereótipos e vieses que intervêm na identificação de suspeitos (STEBLAY; WELLS, 2020). Essas variáveis estão relacionadas tanto às testemunhas quanto às condições materiais do evento que ela presenciou, assim como às construções sociais (vieses) que permeiam suas relações em sociedade. E, em geral, tais condições não costumam ser favoráveis a boas coletas de informação por parte das testemunhas, uma vez que os crimes mormente ocorrem em ambientes de baixa luminosidade, em situações em que as testemunhas estão distantes do evento (exceto as vítimas), e estão amedrontadas (principalmente as vítimas). A isso tudo se soma uma sociedade que constrói e reproduz constantemente o estereótipo de que homens pretos são mais perigosos, violentos e criminosos (DAVIES *et al.*, 2016).

Já o outro conjunto de variáveis que também produzem erros na produção de evidências subjetivas, denominadas “variáveis de sistema”, refere-se às práticas do sistema de justiça criminal. Procedimentos equivocados tornam-se fonte de erros e, ao contrário daqueles fatores anteriormente mencionados, não se devem à testemunha e sociedade em geral, são causados por operadores da justiça criminal. Todas as etapas que envolvem a coleta de dados com testemunhas – desde a condução à delegacia de polícia, o registro de

ocorrência, passando pelas entrevistas com investigadores, reconhecimento de suspeitos, até o julgamento – são passíveis de contaminação causadas pelos operadores da justiça criminal: policiais militares, policiais civis e membros do judiciário (STEIN; ÁVILA, 2015). Se as condições de observação de um evento criminal não são passíveis de previsão ou controle, por outro lado, sobre as práticas da justiça criminal não só se pode buscar o controle, como se devem empreender todos os esforços para fazê-lo.

Uma vez que as variáveis de sistema estão relacionadas aos procedimentos e políticas na coleta de evidências, as formas de construir e conduzir a identificação por testemunhas oculares serão aqui resumidas com especial enfoque na fase de reconhecimento⁷. Vale lembrar que o reconhecimento não é a fase inicial de uma investigação policial. Pelo contrário, ela deve começar com a coleta apropriada de informações em entrevistas com testemunhas, que requerem o uso de técnicas sofisticadas e que demandam treinamento⁸ (PAULO; ALBUQUERQUE; BULL, 2014).

Os reconhecimentos por testemunhas oculares podem ser realizados de quatro maneiras, combinando-se os seguintes fatores: a quantidade de pessoas apresentadas à testemunha e a forma de apresentação. Quanto ao fator quantidade, os reconhecimentos podem ser feitos em alinhamento (*lineup*) ou exibição (*showup*). Nos alinhamentos, uma série de pessoas é apresentada à testemunha, sendo apenas uma delas o(a) suspeito(a) cuja participação no crime se necessita confirmar (ou não) por meio do reconhecimento, sendo que as demais pessoas sabidamente não têm nenhuma ligação com o crime. Em geral, seis pessoas são apresentadas numa linha de reconhecimento (*six pack*) e todas elas devem ter necessariamente as mesmas características informadas pela testemunha quando esta foi entrevistada pelos investigadores e forneceu as características do suspeito (teste de *fairness*). Nesse procedimento em linha, a testemunha precisa informar se reconhece ou não alguma das pessoas ali presentes. Já na exibição, apenas uma única pessoa suspeita é apresentada à testemunha, a quem é pedido informar se reconhece ou não. Quanto ao segundo fator, as formas de apresentação dividem-se em ao vivo ou por fotografias. Na apresentação ao vivo, a testemunha tem a visualização da(s) pessoa(s) presencialmente, seja por meio de uma sala com vidro espelhado ou pelo uso de um instrumento que permita a visualização numa porta (olho mágico). Já na apresentação por fotografia, a testemunha recebe um(as) fotografia(s) com a face da(s) pessoa(s) que podem ser reconhecida(s) ou não. As práticas consolidadas em justiça criminal têm

.....

7 Vale lembrar que a entrevista com a testemunha e o manejo delas no ambiente das delegacias de polícia ou tribunais de justiça também são fonte de contaminação de suas memórias e do relato que prestam às autoridades. Contudo, para o escopo desta discussão, daremos especial atenção aos procedimentos de identificação.

8 A esse respeito, conferir o método PEACE: CLARKE, 2005.

indicado o uso de fotografias coloridas recentes (cerca de 06 dias), da cabeça e da parte superior do corpo tiradas contra um fundo branco e com dimensões de 4 x 6 polegadas (10,16 x 15,24 cm) (PRATT, 2017). Em alinhamentos por fotografia, a apresentação das fotos pode ser feita de forma simultânea ou sequencial. A figura 01 demonstra as possibilidades de combinação entre os fatores quantidade e forma.

Figura 01 – Formas de apresentação

	ALINHAMENTO	EXIBIÇÃO
AO VIVO		
POR FOTO	 (SIMULTÂNEO OU SEQUENCIAL)	

Os dados de pesquisa consolidados ao longo dos últimos 50 anos indicam que os alinhamentos produzem resultados melhores do que as exibições, todavia não é possível afirmar que as apresentações em linha de sujeitos ao vivo sejam mais apropriadas do que com o uso de fotografias (WELLS *et al.*, 2020). Quando se comparam linhas de reconhecimento com exibições de um único sujeito ao vivo, o fato de haver mais indivíduos a serem comparados pela testemunha no processo de reconhecimento permite a obtenção de resultados mais acurados, seja porque ela tem mais dados para decidir quais características pessoais são relevantes para a identificação (WETMORE *et al.*, 2015; WIXTED; MICKES, 2014), seja porque as possibilidades de erro são distribuídas entre os seis sujeitos da linha (SMITH *et al.*, 2017; WELLS; SMITH; SMALARZ, 2015). Já quando se comparam as formas, não é possível afirmar que alinhamentos ao vivo produzam resultados melhores do que alinhamentos com o uso de fotografia⁹ (FITZGERALD *et al.*, 2018). Por outro lado, existem dificuldades práticas na organização de alinhamentos: maior dificuldade de encontrar pessoas apropriadas para alinhamentos ao vivo – isto é, com as características informadas pela testemunha –, a necessidade de manejar o tempo e os papéis de várias pessoas, o aparecimento de nervosismo por parte do suspeito (um nervosismo que provavelmente não será compartilhado pelos demais). Portanto, devido à ausência de qualquer vantagem signi-

.....

9 Vale ressaltar que não se trata aqui do uso de álbuns de fotografias que têm sido usados por instituições policiais no Brasil. Essa prática será discutida à frente.

ficativa no reconhecimento ao vivo, os pesquisadores não assumem posição de preferência em relação ao reconhecimento com linhas ao vivo *versus* linhas com uso de fotografias¹⁰, porque bons resultados dependerão das circunstâncias e condições de realização.

Já quanto ao número de pessoas apresentadas, é importante ressaltar que as exibições são procedimentos menos indicados do que as linhas. Assim, exibições devem ser evitadas sempre que possível (WELLS *et al.*, 2020). Contudo, por conta do manejo de situações de prisão em flagrante ou detenções de curto tempo, existem razões legais ou operacionais alegadas pelos policiais para sustentar a necessidade de se fazerem exibições de um único sujeito, sob certas condições. Nesses casos, devem ser preservados alguns importantes cuidados na exibição de uma única pessoa, por ser um procedimento mais sujeito a erro (WELLS *et al.*, 2020). Por exemplo, não se deve apresentar à testemunha o sujeito detido no interior de uma viatura policial, tampouco com uso de algemas. Dessa forma, a apresentação de uma única fotografia não é indicada em nenhuma hipótese. Afinal, a justificativa para uma exibição de sujeito único é que o indivíduo foi detido na rua e há um prazo muito limitado para a realização de um procedimento de identificação. Mas, se os investigadores estão apenas na posse de uma foto de um suspeito, não há motivo razoável para não reservar um tempo para realizar uma linha adequada, já que esse procedimento oferece resultados melhores (WELLS *et al.*, 2020).

A APA-LS reuniu 09 Recomendações a serem seguidas para melhores práticas na coleta e guarda das evidências produzidas por testemunhas oculares (WELLS *et al.*, 2020), resumidas na lista abaixo.

- (1) A entrevista e orientação à testemunha deve ser conduzida com técnicas apropriadas e deve ser gravada em vídeo.
- (2) Deve haver motivos com base em evidências para suspeitar que um indivíduo é culpado do crime específico que está sendo investigado antes de incluí-lo em um procedimento de identificação. As evidências devem ser documentadas por escrito antes de realizar um reconhecimento.
- (3) As linhas devem ser conduzidas em *fairness* e duplo-cego, ou seja, nem o administrador nem a testemunha devem saber quem é o suspeito que está na fila.
- (4) Deve haver apenas um suspeito por formação, e a formação deve conter pelo menos cinco pessoas apropriadas que não façam com que o suspeito se destaque

.....

¹⁰ Igualmente, não se faz referência aqui à prática do álbum de fotografias, mas à apresentação de um pacote com seis fotografias apropriadamente selecionadas.

na formação com base em aparências físicas ou outros fatores contextuais, como roupas ou plano de fundo.

- (5) A polícia não deve dar informações à testemunha que ela ainda não tenha fornecido. Não deve sugerir que o suspeito que estará na formação foi preso ou que o culpado estará presente no procedimento de identificação.
- (6) Uma declaração de confiança deve ser tomada das testemunhas assim que uma decisão de identificação (positiva ou negativa) for feita.
- (7) Todo o procedimento de identificação, incluindo instruções prévias e declaração de confiança da testemunha, deve ser gravado em vídeo.
- (8) A repetição de um procedimento de identificação com o mesmo suspeito e mesma testemunha ocular deve ser evitada, independentemente de a testemunha ocular ter identificado o suspeito no procedimento de identificação inicial.
- (9) Exibições devem ser evitadas sempre que for possível realizar uma linha. Nos casos em que for necessário realizar uma exibição, devem ser usadas as salvaguardas processuais recomendadas para as linhas, incluindo a eliminação de pistas sugestivas, adição de um aviso de que a pessoa detida pode não ser a culpada, gravar o procedimento em vídeo e garantir a declaração de confiança.

PRÁTICAS DE RECONHECIMENTO UTILIZADAS NO BRASIL

No Brasil, a identificação por testemunhas oculares tem sido realizada por procedimentos diversos, nem sempre com utilização de técnicas apropriadas. Uma mulher foi presa com base num reconhecimento por fotografias e filmagens enviadas às testemunhas por aplicativo de conversas por celular (WhatsApp)¹¹. Fotografias de suspeitos são mostradas às testemunhas nos telefones celulares de policiais militares, testemunhas são colocadas frente a frente com suspeitos em corredores de passagem em delegacias policiais e suspeitos são exibidos em viaturas policiais (STEIN; ÁVILA, 2015; STJ, 2022). Vale notar que tem sido cada vez mais noticiada a prática de oferecimento de um álbum de fotografias às testemunhas. Como se tal procedimento pudesse ser entendido como uma forma de reconhecimento por testemunhas oculares, os álbuns de fotografias são construídos por operadores de segurança pública, que coletam dezenas (ou até mais de uma centena) de fotografias de supostos

.....

11 Conferir: Apelação Criminal nº 0107223-66.2017.8.26.0050 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

suspeitos em suas rotinas diárias ou em redes sociais (STEIN; ÁVILA, 2015), sem que seja demonstrado nenhum critério ou base fática que sustente sua inclusão nesse “álbum de suspeitos” (STJ, 2022). Essa coleção de fotos é apresentada às testemunhas para que elas digam se alguém ali se parece com a pessoa que participou do crime (STEIN; ÁVILA, 2015). Conforme relatório da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 85 pessoas foram processadas por fatos ocorridos entre 2004 e 2020 em razão dessa prática, tendo sido mantidas em privação de liberdade por 09 meses em média (DPERJ, 2022).

Tal álbum de suspeitos constitui prática que não guarda nenhuma similaridade com a formação de linhas apropriadas de reconhecimento fotográfico, conforme explicitado acima, a não ser ter em comum o uso de fotografias. Do ponto de vista de seus procedimentos e de seus efeitos na acurácia das testemunhas, são absolutamente díspares. Não há qualquer estudo em psicologia que dê sustentação a tal prática, muito pelo contrário (STEIN; CEC-CONELLO, 2020). Há várias razões para dissuadir o sistema de justiça criminal da prática do álbum de fotografias. Do ponto de vista da psicologia do testemunho, pode-se afirmar que a prática comporta o risco de levar a falsos reconhecimentos, uma vez que os critérios que permitem o uso de fotografias no reconhecimento por testemunhas oculares requerem um conjunto equilibrado de imagens com qualidade e não enviesado (STEIN; ÁVILA, 2015).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde a redemocratização, a comunidade acadêmica brasileira tem debatido o papel das instituições de segurança pública, não sem alguma dificuldade (SILVA, 2018). Diagnósticos do sistema de justiça criminal brasileiro demonstram a permanência de um estereótipo racializado na construção dos suspeitos (SILVESTRE; SCHLITTLER; SINHORETTO, 2015), confirmando a hipótese de que as instituições policiais, que têm a competência institucional de garantir direitos fundamentais, acabam por perpetuar discriminações e reforçar o racismo estrutural com o qual nossa sociedade foi formada (ALMEIDA, 2019), operando por meio de uma tradição inquisitorial incompatível com a presunção da inocência (KANT DE LIMA, 2010; KANT DE LIMA; MOUZINHO, 2016). Soma-se a isso a precariedade de treinamento específico para a coleta de testemunho na segurança pública e estrutura deficitária de produção de provas objetivas (STEIN; ÁVILA, 2015). O resultado final é de uma crença compartilhada na justiça criminal de que o reconhecimento seja suficiente para basear a condenação (STEIN; ÁVILA, 2015), quando todo o conhecimento consolidado cientificamente sustenta o contrário.

Pelo caráter sistêmico do problema, é preciso o empenho dos gestores públicos e reformas sérias na política de justiça criminal. Seguem-se alguns pontos nessa direção:

- ▶ É preciso criar condições para produção de protocolo unificado nacionalmente para coleta e preservação de reconhecimentos por testemunhas oculares, aos moldes de um guia de conduta a partir do qual as práticas da segurança pública e do judiciário possam ser, de fato, baseadas.
- ▶ É necessário firmar consenso entre os atores do sistema de justiça criminal sobre os critérios de validação de prova de reconhecimento. Assim como já é pacífico que certas provas objetivas precisam ser produzidas sob condições criteriosas, também as provas subjetivas precisam ser feitas com o zelo necessário para que se possa lhe atribuir alguma validade. Como exemplo, não é possível mais que a justiça brasileira receba como válida uma “prova” de reconhecimento por aplicativo de conversa no celular.
- ▶ Esse caminho só será possível se a todos(as) os(as) profissionais envolvidas(as) nessa tarefa for proporcionado treinamento específico e estrutura física para a coleta, gravação e armazenamento de testemunho e reconhecimento.
- ▶ É imperioso investir em estrutura de produção de provas objetivas, uma vez que as testemunhas oculares são sabidamente sujeitas a erros, estejam eles relacionados às variáveis de estima ou às do sistema.
- ▶ É fundamental apoiar e ampliar as estruturas das defensorias públicas, visto que defensores(as) públicos(as) têm sido os(as) principais agentes engajados tanto na compreensão do problema das condenações injustas, quanto na busca de soluções para cada caso particular e para o problema em geral. A estrutura do sistema de justiça criminal, ao longo dos últimos anos, investiu muito mais no aparato da condenação e do julgamento, do que no aparato da defesa da inocência.
- ▶ A construção de um sistema nacional de registro de casos de prisões preventivas e condenações penais injustas contribuirá para a compreensão dos elementos estruturantes dessas condenações, permitindo avançar no enfrentamento do problema da distribuição desigual dos direitos na sociedade brasileira.

Este artigo buscou demonstrar que, se o sistema de justiça criminal não fiscaliza seus procedimentos, não cuida dos processos que envolvem a produção de evidências subjetivas, se ele não se empenha em reduzir as fontes de erro, esse sistema está escolhendo errar. Uma vez que já se consolidou conhecimento sobre como os próprios operadores da justiça criminal podem contaminar a coleta de evidências de identificação por testemunhas oculares (WELLS *et al.*, 2020) ao não transformar tais conhecimentos em protocolos, em condutas operacionais a serem seguidas por seus operadores, este sistema está escolhendo o risco de incorrer em condenações e/ou prisões preventivas injustas. E tais erros custam vidas de pessoas, custam sua liberdade e causam danos a famílias e comunidades – erros que, frise-se, têm sido pagos com as vidas de jovens pretos e pardos de periferia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Silvio. **Racismo estrutural**. Pólen Produção Editorial LTDA, 2019.

CLARKE, Colin. **A national evaluation of PEACE investigative interviewing**. 2005. Tese de Doutorado. University of Portsmouth. Disponível em: https://pure.port.ac.uk/ws/portalfiles/portal/20380211/Colin_Clarke.pdf

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. **Portaria No 209, de 31 de agosto de 2021**. Institui Grupo de Trabalho destinado à realização de estudos e elaboração de proposta de regulamentação de diretrizes e procedimentos para o reconhecimento pessoal em processos criminais e a sua aplicação no âmbito do Poder Judiciário, com vistas a evitar condenação de pessoas inocentes, 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original12581520210901612f78e70aada.pdf> Acesso em maio/2022.

DAVIES, Paul G. *et al.* Victims' race and sex leads to eyewitness misidentification of perpetrator's phenotypic stereotypicality. **Social Psychological and Personality Science**, v. 7, n. 6, p. 491-499, 2016.

DPERJ – Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. **Relatório Consolidado sobre Reconhecimento Fotográfico em Sede Policial**, 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3BUtcPg> . Acesso em maio/2022.

FITZGERALD, Ryan J.; PRICE, Heather L.; VALENTINE, Tim. Eyewitness identification: Live, photo, and video lineups. **Psychology, Public Policy, and Law**, v. 24, n. 3, p. 307, 2018. <http://dx.doi.org/10.1037/law0000164>.

LIMA, Roberto Kant de *et al.* Produção e reprodução da tradição inquisitorial no Brasil: entre delações e confissões premiadas. **Dilemas: revista de estudos de conflito e controle social**. Rio de Janeiro: Necvu, Editora UFRJ, 2016, 2016.

LIMA, Roberto Kant de. Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. **Anuário Antropológico**, v. 35, n. 2, p. 25-51, 2010.

NATIONAL INSTITUTE OF JUSTICE (US). TECHNICAL WORKING GROUP FOR EYEWITNESS EVIDENCE. **Eyewitness evidence: A guide for law enforcement**. US Department of Justice, Office of Justice Programs, National Institute of Justice, 1999.

PAULO, Rui M.; ALBUQUERQUE, Pedro B.; BULL, Ray. A Entrevista Cognitiva Melhorada: Pressupostos teóricos, investigação e aplicação. **Psicologia**, v. 28, n. 2, p. 21-30, 2014.

PRATT, Keltie Jean. **Examining Lineup Identification as a Function of Foil Similarity and Lineup Procedure**. 2017. Tese de Doutorado. Carleton University.

PRYKE, Sean *et al.* Multiple independent identification decisions: a method of calibrating eyewitness identifications. **Journal of applied psychology**, v. 89, n. 1, p. 73, 2004. <http://dx.doi.org/10.1037/0021-9010.89.1.73>.

SILVA, Jetson José da. **Entre “bandidos” e “subversivos”**: a Polícia Militar do Distrito Federal no combate à subversão (1963-1974). Dissertação de Mestrado, Programa de Pós-Graduação em História, Universidade de Brasília, 2018.

SMITH, Andrew M. *et al.* Fair lineups are better than biased lineups and showups, but not because they increase underlying discriminability. **Law and Human Behavior**, v. 41, n. 2, p. 127, 2017. <http://dx.doi.org/10.1037/lhb0000219>.

SPOERER, Siegfried Ludwig. A brief history of the psychology of testimony. **Current Psychological Reviews**, v. 2, n. 3, p. 323-339, 1982.

STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses**. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça (Série Pensando Direito, nº. 59), 2015.

STEIN, Lilian Milnitsky; CECCONELLO, William Weber. Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos. **Avances en Psicología Latinoamericana**, 38(1),172-188, 2020. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=79963266012> Acesso em maio/2022.

STERN, William. The psychology of testimony. **The Journal of Abnormal and Social Psychology**, v. 34, n. 1, p. 3, 1939.

WELLS, Gary L. *et al.* Eyewitness identification procedures: Recommendations for lineups and photospreads. **Law and Human behavior**, v. 22, n. 6, p. 603, 1998.

WELLS, Gary L.; SMITH, Andrew M.; SMALARZ, Laura. ROC analysis of lineups obscures information that is critical for both theoretical understanding and applied purposes. **Journal of Applied Research in Memory and Cognition**, v. 4, n. 4, p. 324-328, 2015. <http://dx.doi.org/10.1016/j.jarmac.2015.08.010>.

WETMORE, Stacy A. *et al.* Effect of retention interval on showup and lineup performance. **Journal of Applied Research in Memory and Cognition**, v. 4, n. 1, p. 8-14, 2015. <http://dx.doi.org/10.1016/j.jarmac.2014.07.003>

WIXTED, John T.; MICKES, Laura. A signal-detection-based diagnostic-feature-detection model of eyewitness identification. **Psychological Review**, v. 121, n. 2, p. 262, 2014. <http://dx.doi.org/10.1037/a0035940>

EM DEFESA DE UMA LEGISLAÇÃO BASEADA EM EVIDÊNCIAS

A IMPORTÂNCIA DE SE CONHECER AS INFLUÊNCIAS DO VIÉS DE CONFIRMAÇÃO NA PRODUÇÃO DA PROVA DE RECONHECIMENTO DE PESSOAS

*IN DEFENSE OF A SCIENCE-BASED LEGISLATION: THE IMPORTANCE OF KNOWING THE INFLUENCES
OF CONFIRMATION BIAS IN THE PRODUCTION OF EYEWITNESS IDENTIFICATION EVIDENCE*

Ana Maria Bezerra¹, Brenda Sharon Rocha Reis² e Júlio César Faria Zini³

Resumo: O presente artigo pretende compreender possíveis influências do viés de confirmação na produção da prova de reconhecimento de pessoas no processo penal brasileiro. Leva-se em consideração a falibilidade da memória humana, a incidência de automatismos mentais e a atenção seletiva inconsciente, especificamente no contexto do comportamento das testemunhas oculares de eventos criminosos, objetivando demonstrar a importância desses aspectos para a construção de uma legislação e de uma aplicação baseadas em protocolos que estejam de acordo com as mais atualizadas descobertas neurocientíficas. Por meio de pesquisa bibliográfica com enfoque interdisciplinar, conclui-se que é urgente uma abordagem jurídica desse tema que seja apoiada em evidências, com o intuito de prevenir a equivocada identificação – e a consequente prisão – de inocentes.

Palavras-chave: Produção probatória; reconhecimento de pessoas; testemunha ocular, viés confirmatório; Psicologia do Testemunho.

Abstract: *This article aims to understand possible influences of the confirmation bias in the eyewitness identification in Brazilian criminal proceedings. Taking into account the fallibility of human memory, the incidence of mental automatisms and unconscious selective attention, specifically in the context of the behavior of eyewitnesses of criminal events, aiming to demonstrate the importance of these aspects for the construction of legislation and law enforcement based on protocols that are in accordance with the most up-to-date neuroscientific findings. Through bibliographic research with an interdisciplinary approach, the conclusion is that there is an urgent need for a science-based legal approach to this topic to prevent the mistaken identification - and the consequent arrest - of innocent people.*

Keywords: *Evidence production; eyewitness identification procedure; eyewitness; confirmation bias; Psychology of Testimony.*

.....

1 Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. E-mail para contato: anamaria.mbezerra@gmail.com.

2 Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. E-mail para contato: brendasrochareis@hotmail.com.

3 Doutor e Mestre em Ciências Penais pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor Adjunto de Direito e Processo Penal da Universidade Federal de Minas Gerais. E-mail para contato: fariazini@gmail.com.

INTRODUÇÃO

A prova de reconhecimento de pessoas tem ganhado cada vez mais notoriedade entre pesquisadores e profissionais do Direito e da Psicologia, tendo em vista a exposição da comprovação de inocência de pessoas que foram presas com base principal ou exclusivamente nesse procedimento, o qual, geralmente, é realizado de maneira oposta às defendidas por descobertas científicas. A seriedade do tema é tamanha, que a sua vertente relacionada ao reconhecimento fotográfico está sendo considerada um dos mais urgentes assuntos merecedores de atenção do sistema de justiça:

Pelo menos quatro temas merecem a maior urgência. [...] Terceiro, o reconhecimento fotográfico pela vítima e a palavra policial como única prova que embasa acusação (a partir da presunção ilegal da veracidade da palavra policial) também agravam a injustiça e o viés discriminatório do sistema de justiça. Relatório da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, que analisa prisões ilegais de 2012 a 2020, indica que 81% foram de pessoas negras. (MENDES, 2022, *on-line*).

Em 2020, ganharam maior visibilidade os movimentos que buscam, há tempos, publicizar os estudos científicos da área, fazendo seu caminho até os Tribunais Superiores, fato que deu espaço a entendimentos jurisprudenciais importantíssimos, os quais vêm quebrando paradigmas ora existentes. Iniciativas como a formação do Grupo de Trabalho sobre Reconhecimento de Pessoas do Conselho Nacional de Justiça (Portaria CNJ nº 209/2021⁴) demonstram o quanto o assunto está, finalmente, em alta.

O presente trabalho faz uma análise bibliográfica acerca dos estudos existentes sobre viés de confirmação e mecanismos cognitivos a ele relacionados, demonstrando como a neurociência e a psicologia podem acrescentar e esclarecer a discussão sobre o papel das testemunhas oculares no processo penal.

Para melhor compreensão, o trabalho foi dividido em quatro partes. Em um primeiro momento, realizou-se análise do procedimento atual de reconhecimento de pessoas previsto no Código de Processo Penal e como as inobservâncias do procedimento eram entendidas pelo Superior Tribunal de Justiça até o ano de 2020, sinalizando a importante mudança de entendimento que está ocorrendo desde então. O tópico seguinte cuidou de ressaltar a importância da interdisciplinaridade, e de que forma os conhecimentos acerca da memória e do funcionamento da mente humana podem ser relevantes para o entendimento

.....

4 Disponível em: https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Prt_209_2021_CNJ.pdf. Acesso em: 18 mar. 2022.

da prova de reconhecimento de pessoas, cuidando de uma revisão bibliográfica acerca do viés de confirmação e de breves considerações no que tange ao preconceito implícito.

Em seguida, discorreu-se sobre como o viés de confirmação e o preconceito implícito interferem no reconhecimento de pessoas. Partindo desses pontos e encaminhando para a conclusão, o último tópico trata de algumas propostas de melhoria do procedimento da prova de reconhecimento de pessoas, alinhando-o às evidências neurocientíficas a respeito do tema.

Espera-se que o trabalho faça parte do esforço de pesquisadores em chamar a atenção dos legisladores, juízes, policiais e outros profissionais do âmbito da justiça criminal para a importância de valorizar a interdisciplinaridade no direito, colocando em prática condutas que levam em conta as evidências científicas acerca do comportamento humano. No caso do reconhecimento de pessoas, condutas que levem em conta especialmente estudos sobre a falibilidade da memória e a incidência de automatismos mentais, especificamente no que tange aos automatismos cognitivos a que estão expostos todo e qualquer ser humano.

A PROVA DE RECONHECIMENTO DE PESSOAS NA TEORIA E NA PRÁTICA

O Código de Processo Penal prevê, no artigo 226, o procedimento do reconhecimento de pessoas. Dispõe o código que, quando necessário, será feito reconhecimento de pessoa seguindo os passos: (i) a pessoa que tiver que fazer o reconhecimento descreverá a pessoa a ser reconhecida; (ii) a pessoa a ser reconhecida, se possível, será colocada ao lado de outras com as quais tenha semelhança; (iii) quem for reconhecer irá apontar o reconhecido; (iv) as pessoas a serem reconhecidas não verão o reconhecedor; (v) será lavrado auto de reconhecimento.

No entanto, desde a criação do Código de Processo Penal em 1941, há uma cultura de inobservância dos procedimentos de reconhecimento de pessoas. No dia a dia forense, o reconhecimento de pessoas costuma ser realizado por fotografias. As autoridades apresentam à vítima uma única fotografia de quem acreditam ser o autor do fato e perguntam “foi ele(a)?”. A resposta da vítima passa a integrar os autos do inquérito policial.

Por força do artigo 155 do CPP, o juiz não pode se utilizar exclusivamente dos elementos colhidos na investigação para fundamentar sua decisão. O reconhecimento de pessoas, apesar de o código não prever a necessidade, costuma ocorrer na delegacia em situação de flagrância, onde tipicamente estão em curso vários procedimentos de flagrante ao

mesmo tempo, o que, com o efetivo policial da delegacia, torna inviável seguir com os procedimentos por uma questão de logística.

Após, durante a instrução criminal, mais especificamente na audiência de instrução e julgamento, no decorrer do depoimento da vítima, o(a) juiz(a) ou o(a) promotor(a) de justiça, geralmente, enquanto apontam para o réu, perguntam para a vítima se foi ele(a) o(a) autor(a) do crime. A resposta, mais uma vez, integra o conjunto probatório dos autos. Essa é vista como uma maneira de “confirmar em contraditório” a prova produzida em delegacia, fazendo com que seu uso seja legítimo para fundamentar a autoria em uma sentença condenatória.

A ocorrência desse procedimento de confirmação do reconhecimento em juízo, vale ressaltar, vem sendo duramente criticada por estudiosos da Psicologia do Testemunho, os quais defendem que o que tem condições de ser confiável é apenas o primeiro reconhecimento, tendo em vista que os posteriores são por este influenciados, de modo que esse tipo de prova deveria ser considerado irrepitível. Nessa perspectiva,

[a]o aumentar as vezes em que uma testemunha é repetidamente entrevistada, após um longo tempo transcorrido desde o fato, sem a utilização de procedimentos adequados, aumenta-se a probabilidade de que a memória original seja modificada de forma permanente, com perda e possíveis distorções das informações. (CECCONELLO; DE ÁVILA; STEIN, 2018, p. 1063).

Conforme será explanado em tópicos a seguir, a realização do procedimento dessa maneira pode induzir a vítima/testemunha a erros, já que a produção da prova de reconhecimento de pessoas tem como premissa a memória da vítima, que, por definição, é falha. As nulidades no procedimento de reconhecimento de pessoas, quando objeto de recurso, eram consideradas não essenciais pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Por muito tempo, o STJ entendeu que a inobservância dos procedimentos previstos no artigo 226 do Código de Processo Penal não ensejava em nulidades, por se tratar de mera recomendação:

(...) a inobservância das formalidades legais para o reconhecimento pessoal do acusado não enseja nulidade, por não se tratar de exigência, mas apenas recomendação, sendo válido o ato quando realizado de forma diversa da prevista em lei, notadamente quando amparado em outros elementos de prova (...)⁵

.....

5 HC 278.542/SP, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA STJ, publicado em 18/08/2015. Acesso em 18 mar. 2022.

(...) o artigo 226, do código de processo penal, encerra uma recomendação e não uma exigência a ser seguida, em relação ao procedimento para o reconhecimento de pessoas, conforme assente entendimento deste tribunal (...)⁶

No entanto, no ano de 2020, o STJ declarou a invalidade da prova de reconhecimento de pessoas quando produzida em desconformidade com as previsões do Código de Processo Penal. No julgamento do HC 598.886/SC, a 6ª Turma do STJ⁷ entendeu que as disposições do artigo 226 do CPP são, na verdade, garantia mínima para quem se vê na condição de autor suspeito de um crime, portanto, sua inobservância torna inválido o reconhecimento. Ainda, na mesma decisão, a 6ª Turma consignou que o reconhecimento por fotografias deve ser visto apenas como uma etapa que antecede o reconhecimento pessoal e deve seguir o mesmo procedimento deste.

Ainda sinalizando o avanço no entendimento jurisprudencial, em recente decisão, proferida em 15/03/2022, no HC 712.781 no STJ⁸ de relatoria do Ministro Rogério Schietti, foi considerado nulo o reconhecimento de pessoas realizado por fotografias no caso concreto. O Ministro sinalizou a falta de rigor técnico na produção da prova, que foi colhida em total desacordo com as regras probatórias pertinentes. Na mesma linha, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal deu provimento ao RHC nº 206.846/SP⁹, absolvendo o réu por considerar insuficiente o reconhecimento fotográfico.

Assim, o reconhecimento de pessoas realizado distante do disposto no Código de Processo Penal passou a ser visto como uma prova ilícita. Recentes estudos da psicologia do testemunho levaram a crer que a memória humana é falha e pode ser ainda mais frágil a depender das circunstâncias. O procedimento previsto no Código, se seguido da maneira correta, pode diminuir a ocorrência de falhas decorrentes da própria falibilidade humana.

Diversas instituições no Brasil têm se dedicado ao estudo do tema e à atuação profissional buscando reverter condenações de inocentes baseadas em provas de reconhecimento de pessoas produzidas de maneira errônea. Dá-se especial destaque ao *Innocence*

.....
6 AgRg no REsp 1444634/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA STJ, publicado em 01/06/2017. Acesso em 18 mar. 2022.

7 HC 598.886/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA STJ, publicado em 27/10/2020. Acesso em 18 mar. 2022.

8 HC 712.781/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA STJ, publicado em 15/03/2022. Acesso em 18 mar. 2022.

9 RHC n. 206.846/SP, Rel. Ministro GILMAR FERREIRA MENDES, SEGUNDA TURMA STF, publicado em 23/02/2022. Acesso em 18 mar. 2022.

Project Brasil que tem sinalizado a importância de que o Poder Judiciário se atente para os erros cometidos no reconhecimento de pessoas¹⁰.

Vale ressaltar, entretanto, que ainda existem aspectos que não estão abarcados pelo CPP, motivo pelo qual se torna relevante acompanhar constantes atualizações neurocientíficas confiáveis que devem ser consideradas ao se pensar em uma produção de prova de reconhecimento de pessoas baseada em evidências.

INTERDISCIPLINARIDADE E A IMPORTÂNCIA DE SE COMPREENDER COMO FUNCIONA A MENTE DE TESTEMUNHAS OCULARES

Apesar de existirem fronteiras academicamente estipuladas entre as diversas áreas de conhecimento, geralmente estando presente a separação entre ciências naturais e ciências sociais, é válido destacar que a realidade é, em verdade, apenas uma (CARDOSO, 2019, p. 183-208). Esse pensamento é de extrema importância, especialmente para o fazer legislativo envolvido no Direito, levando em consideração que o intuito das normas jurídicas engloba modificar – ou, no mínimo, influenciar – como se comportam as pessoas inseridas em determinada sociedade (BOBBIO, 2016, p. 80). Trata-se, nesse sentido, de questão naturalmente interdisciplinar, já que é evidente a necessidade de compreensão do comportamento humano para que se pense em maneiras adequadas de abordá-lo juridicamente, seja como forma de prevenção ou incentivo, seja como forma de responsabilização de condutas ou omissões. Psicologia, Neurociências e Biologia são exemplos de disciplinas que muito têm a contribuir nesse aspecto.

Dentro dessa perspectiva de compreensão do comportamento humano, pelo Direito, apoiada em outras áreas de conhecimento, destaca-se a esfera do funcionamento da memória humana no momento do posicionar-se em relação a algum acontecimento previamente presenciado. É o que ocorre quando testemunhas oculares, ou seja, testemunhas propriamente ditas ou vítimas de crimes, atuam como colaboradoras da justiça por meio, por exemplo, do reconhecimento de suspeitos, foco deste trabalho. É imprescindível, nesse contexto, ter em mente que a memória não funciona como uma máquina fotográfica (CECCONELO; STEIN, 2020, p. 174), sendo, portanto, considerada falível. Dessa maneira,

.....

¹⁰ Mais detalhes da atuação do Innocence Project Brasil podem ser verificados em sua *homepage*: <https://www.innocencebrasil.org/como-trabalhamos>. Acesso em 18 mar. 2022.

faz-se necessário que provas dela dependentes sejam produzidas e pensadas sem ignorar essa falibilidade, de modo a dar espaço para uma reconstrução dos fatos o mais próxima possível do que realmente ocorreu, com a tentativa de minimizar eventuais equívocos causados por, por exemplo, sugestionabilidades.

Mas, para que seja realizado dessa maneira, o desenho de como deve funcionar a colheita das provas dependentes da memória humana não pode estar limitado às fronteiras imaginárias que separam didaticamente as disciplinas. Ao direito, então, é essencial, de fato, ter uma base do que as mais atuais evidências científicas apontam ser adequado no que tange a essa face do comportamento humano.

Nesse contexto, a mente humana funciona de modo a buscar simplificar ao máximo o que processa do mundo em que está inserida, não conseguindo focar ao mesmo tempo e com a mesma intensidade em todos os estímulos recebidos do ambiente (MYERS; DEWALL, 2019, p. 81-82). Isso acontece, especialmente, porque a complexidade e a quantidade de fatores a serem interpretados, armazenados e recuperados são significativamente altas. Além disso, não é possível que uma pessoa se desprenda de suas concepções prévias acerca do mundo ao seu redor, de modo que essa percepção anterior geralmente guia os olhares nos momentos presente e futuro. Conseqüentemente, alguns detalhes aparentemente irrelevantes, mas potencialmente essenciais, podem passar despercebidos por quem está presenciando determinada situação, especialmente quando esta gera na pessoa algum tipo de estresse, como é o caso de se testemunhar um crime.

O cérebro, nesse sentido, está inserido em uma lógica de economia de energia (KAHNEMAN, 2012, p. 48), justamente para conseguir dar conta da infinidade de afazeres, vontades e responsabilidades biológicos, emocionais ou sociais a que está exposto. Caso fosse obrigada a desprender a mesma atenção, de maneira semelhante, a todo estímulo interno e externo, dedicando o mesmo tempo e esforço a, por exemplo, o barulho do carro que passa na rua, a própria respiração e o texto que lê, a pessoa passaria muito mais tempo para fazer as tarefas que planeja realizar – ou talvez nem conseguisse concluir algumas delas. Assim, o foco costuma ser direcionado (MYERS; DEWALL, 2019, p. 81) para estímulos que parecem ser mais relevantes, variando a depender da circunstância na qual o indivíduo está inserido. Essa percepção do que é ou não relevante e, conseqüentemente, merecedor ou não de foco, é construída ao longo da vida de cada indivíduo, com base em suas experiências, afinidades e objetivos que, por sua vez, estão relacionados a vivências familiares, culturais, dentre outras. Há, nesse sentido, uma espécie de filtro automático que direciona a concentração humana para determinados estímulos, ignorando outros, parcial ou totalmente.

Referida “preguiça” cerebral (EUFRASIO; MARMELESTEIN, 2021, p. 20) faz surgir associações implícitas, em um pano de fundo de busca por continuidade e coerência entre as in-

formações a serem interpretadas e as que já o foram anteriormente. Essas características ajudam na simplificação da tomada de decisão em um mundo complexo. Dessa maneira, quanto mais informações novas ou contraditórias forem percebidas, mais a mente terá de trabalhar para processá-las, e quanto mais familiaridade houver com as informações a serem interpretadas, mais rápido e confortável será o processamento. Com efeito, “os julgamentos que realizamos se baseiam, muitas vezes, em associações implícitas que existem em nossas mentes e são automaticamente acionadas mesmo que não tenhamos consciência disso” (MARMELSTEIN, 2021, p. 54). Apenas acionamos um esforço mais elaborado em situações completamente novas ou complicadas, mas, na maior parte das vezes, há a presença desses automatismos.

É dentro desse contexto que se insere, então, a ideia de atalhos mentais chamados de heurísticas, as quais são úteis, mas potencialmente falíveis, podendo levar a equívocos, chamados de vieses (TVERSKY; KAHNEMAN, 1974, p. 1124-1131). Esses atalhos mentais incidem no comportamento humano automática e inconscientemente, isto é, sem que haja o controle deliberativo de sua atuação, e estão inseridos no contexto da simplificação de tomada de decisão em um mundo complexo.

Um dos vieses mais conhecidos é o de confirmação. Seu estudo teve início, especialmente, com um experimento que apontou para a existência de uma maior facilidade, por parte dos participantes, em formular hipóteses confirmatórias de ideias pré-concebidas, em vez de buscas refutá-las (WASON, 1960). Trata-se, então, de um atalho mental que representa a tendência que os seres humanos possuem de interpretar os estímulos recebidos de maneira que estes confirmem concepções já estabelecidas anteriormente, além de filtrar informações que as contradigam. Em outras palavras, “somos ávidos por confirmar nossas crenças, mas menos inclinados a buscar evidências que possam refutá-las” (MYERS, 2014, p. 92).

Essa inclinação confirmatória existe como uma forma de se garantir a coerência de ideias de um indivíduo, buscando evitar o desconforto causado pela chamada dissonância cognitiva (FESTINGER, 1957), a qual ocorre quando duas ideias contraditórias entre si tentam coexistir na mente humana. Para essa teoria, “se sentimos alguma inconsistência, talvez alguma hipocrisia, sentimos pressão para mudar” (MYERS, 2014, p. 126), muitas vezes ajustando inconscientemente o modo como interpretamos os estímulos ao nosso redor para fazer sumir referida incoerência.

O viés de confirmação, assim, atua a maneira como codificamos, armazenamos e recuperamos informações, tudo em prol de uma economia de energia e busca por coerência de pensamentos. Nessa perspectiva, a memória é diretamente influenciada por esse atalho cognitivo possibilitador de equívocos de julgamento:

Uma vez que uma hipótese tenha sido formada, nossa inclinação é por confirmá-la em vez de refutá-la. Tendemos a procurar informações de apoio, interpretar informações ambíguas como consistentes com nossas crenças e minimizar qualquer evidência inconsistente. Os tipos de viés de confirmação incluem: (1) a busca tendenciosa de evidências; (2) a interpretação tendenciosa das informações; e (3) uma memória tendenciosa (recordação seletiva) (ROSSMO; POLLOCK, 2019, p. 814).¹¹

As pessoas, assim, costumam lembrar com mais facilidade de eventos que estejam coerentes com a manutenção da sua linha de raciocínio, dando mais ou menos ênfase a determinados detalhes, a depender do que acreditam. Desse modo, “seletivamente percebemos, interpretamos e recordamos eventos de modos que sustentam nossas ideias. Nossos juízos sociais são um misto de observação e expectativa, razão e paixão” (MYERS, 2014, p. 88).

Quando exercendo a função de testemunhas oculares, os seres humanos não se livram da interferência desse e de outros vieses cognitivos. O problema é que, na prova de reconhecimento de pessoas, por exemplo, o posicionamento dessas figuras irá, muitas vezes, ser decisivo para a manutenção ou não da liberdade dos indivíduos que participam de alinhamentos ou fazem parte, arbitrariamente, de álbum de suspeitos. E isso se torna extremamente perigoso em um cenário de busca de justiça, pois, levando em consideração que as provas testemunhais são supervalorizadas no contexto brasileiro (STEIN, 2015, p. 54), não há como ignorar que estas estão sujeitas a equívocos de raciocínio, tal como o viés de confirmação. Dessa maneira, deveria haver um cuidado especial em compreender como funciona a mente das testemunhas oculares, chamando a atenção para o fato de que podem estar se posicionando de modo a confirmar crenças pré-existentes, ainda que estas não sejam exatamente relacionadas ao que realmente ocorreu no momento do crime presenciado.

VIÉS DE CONFIRMAÇÃO NA PROVA DE RECONHECIMENTO DE PESSOAS

Até agora, expôs-se sobre o estado da arte atual a respeito de como ocorre, geralmente, a produção da prova de reconhecimento de pessoas no Brasil, e sobre a relevância da compreensão do modo de funcionamento da mente humana, mais especificamente

.....
¹¹ Tradução livre. Original: “Once a hypothesis has been formed, our inclination is to confirm rather than refute it. We tend to look for supporting information, interpret ambiguous information as consistent with our beliefs, and minimize any inconsistent evidence. Types of confirmation bias include: (1) the biased search for evidence; (2) the biased interpretation of information; and (3) a biased memory (selective recall)”.

sobre a falibilidade da memória e a incidência do viés de confirmação no contexto vivenciado por testemunhas oculares. Diante disso, serão abordadas, a partir deste momento, maneiras como referido atalho mental pode interferir na tomada de decisão por parte de testemunhas oculares, especificamente quando são chamadas a identificar suspeitos de crimes que presenciaram.

Nesse contexto, é comum que duas testemunhas conversem entre si e passem suas impressões uma para a outra. Em experimentos conduzidos por Eisen, Gabbert, Ying e Williams (2017), foram apurados alguns efeitos da sugestibilidade de testemunhas ao conversarem umas com as outras. No estudo conduzido, foram fornecidas informações falsas sobre a aparência do suspeito, da seguinte forma:

Havia 5 participantes no estudo, sendo três participantes efetivos e dois participantes falsos, cujo objetivo era dar informações inverídicas acerca da aparência do suspeito. Os participantes do estudo assistiram a um vídeo de um roubo de carro, juntos, ao redor de uma mesa, e foram instruídos a prestar atenção aos detalhes, pois sua memória sobre o vídeo seria testada em sequência.

Após ver o vídeo, os participantes foram orientados a se comportar como se fossem testemunhas de um crime real. Cada participante falou em voz alta o que se lembrava sobre o fato e incluiu o que se lembrava sobre a aparência do suspeito. Um dos falsos participantes, então, disse em voz alta que o suspeito tinha uma tatuagem no pescoço, quando, na realidade, ele não tinha.

A partir da inserção dessa informação, os participantes foram instruídos a realizar um reconhecimento fotográfico onde uma das fotografias mostrava um homem com uma tatuagem no pescoço. Antes de reconhecer, eles foram avisados sobre o fato de que o grupo de fotografias poderia, ou não, conter uma foto do real suspeito.

Apesar disso, a maioria dos participantes apontou como suspeito o homem com tatuagem no pescoço. O estudo conseguiu demonstrar que, mesmo transcorrido grande lapso temporal, os participantes ainda selecionavam como suspeito aquele com tatuagem no pescoço. Isso demonstra a força da sugestibilidade de afirmações feitas por co-testemunhas nos casos concretos.

Ainda, existem diversos outros fatores que podem influenciar na identificação dos suspeitos. A autoridade conduzindo o reconhecimento deve tomar excepcional cuidado para não sugerir, de qualquer maneira que seja, a escolha de um ou outro suspeito. Isso não significa dizer que a autoridade o faz de propósito, conscientemente, mas, como ser humano, a autoridade também pode estar enviesada e deixar as suas próprias concepções

prévias influenciarem a decisão da testemunha. Importante consignar, nesse sentido, que as autoridades policiais conduzem esse tipo de procedimento rotineiramente, adquirindo vícios pela rotina e pelo passar dos anos. Ainda, as autoridades conduzem os procedimentos de acordo com a forma como foram ensinadas, considerando os costumes da área profissional onde estão inseridas. Tudo isso se traduz na produção probatória em discussão.

Imaginemos, agora, a seguinte situação: se a testemunha visualizar os suspeitos chegando ao local onde será realizado o reconhecimento e visualizar um deles acompanhado de um advogado, o senso comum pode levar a testemunha a acreditar que aquela pessoa é culpada. Os fatores presentes na sociedade também constituem vieses capazes de impedir que a testemunha identifique o suspeito livremente.

O fato de um dos suspeitos chegar acompanhado de advogado pode levar a crer que o suspeito está com medo e, segundo o dito popular, “quem não deve, não teme”. Isso pode fazer com que a testemunha acredite que aquela pessoa tem um advogado por temer ser reconhecido e, inconscientemente, esse fator pode pesar em sua decisão.

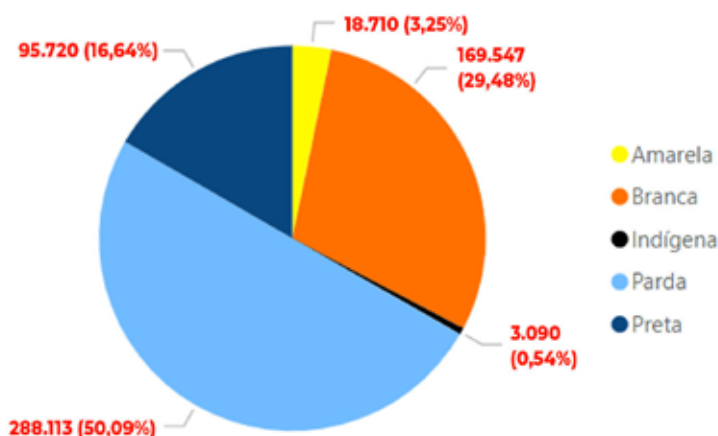
Além disso, é importante destacar a possibilidade de incidência do que se conhece por preconceito implícito, o qual se relaciona com o viés de confirmação na medida em que envolve a incidência de associações implícitas e generalizações apressadas como formas de atalho mental inconsciente para simplificar a tomada de decisões. Dessa forma, “[é] possível que existam esquemas mentais implícitos, a favor ou contra determinados grupos, que podem levar a atitudes e ações preconceituosas” (MARMELSTEIN, 2021, p. 11).

O preconceito implícito, de fato, traduz um conjunto de concepções a respeito de determinados grupos sociais estigmatizados. Eles são produto de associações implícitas que são aprendidas desde a infância, diretamente influenciadas pelo meio em que se vive, a exemplo das consequências do racismo estrutural. Com essas ideias discriminatórias internalizadas inconscientemente, as pessoas tendem a interpretar acontecimentos de maneira coerente com o que enraizaram anteriormente como verdadeiro:

Como as experiências que vivenciamos pessoalmente estão mais disponíveis do que os incidentes que acontecem de um modo geral, somos levados a extrair conclusões gerais de eventos que presenciamos e a criar muitas correlações ilusórias, que podem estigmatizar todo um grupo de pessoas apenas porque tivemos uma experiência negativa com alguns membros daquele grupo. (MARMELSTEIN, 2021, p. 41).

O viés de confirmação, nesse contexto, pode contribuir para uma perpetuação do preconceito implícito, à medida que dificulta a prevalência de diversidade de ideias e impressões na mente humana. Assim, os preconceitos tendem a ser não só estabilizados, como fortalecidos. Isso acaba gerando um verdadeiro ciclo automático de posicionamentos e crenças, resultando, muitas vezes, em prejuízos injustamente sofridos por grupos estigmatizados.

Nesse contexto, conforme dados do SISDEPEN¹² referentes ao primeiro semestre do ano de 2020, 16,64% da população carcerária é preta e 50,09% é parda. O que significa que a maioria da população encarcerada corresponde a essas características. Essa informação, por exemplo, pode contribuir para a incidência de um preconceito implícito nas pessoas e fazer com que elas reconheçam alguém com essas características:



Isso significa dizer que as testemunhas/vítimas podem estar mais inclinadas, inconscientemente, a escolher pessoas pretas ou pardas quando procedendo o reconhecimento de pessoas. Existem maneiras de mitigar a incidência dos vieses de confirmação e do preconceito implícito, que serão abordadas abaixo.

Contudo, apesar de falha, a prova de reconhecimento de pessoas detém grande importância no Processo Penal. Alguns crimes são, naturalmente, cometidos na clandestinidade, a exemplo dos crimes contra a dignidade sexual. Nesses casos, os tribunais brasileiros têm entendimento consolidado no sentido de que a palavra da vítima assume protagonismo relevante no deslinde desses casos¹³.

.....
 12 Dados na íntegra podem ser obtidos na página oficial: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>. Acesso em 18 mar. de 2022.

13 Nesse sentido: Acórdão registrado sob o nº 1.211.243 – CE (2017/0311378-6), Quinta Câmara do Superior Tribunal de Justiça, Relator: Jorge Mussi. Julgado em 24/04/2018).

Fica evidente, então, que a ciência tem muito a acrescentar e esclarecer a respeito do funcionamento da mente humana. Dessa forma, levando em consideração todas as maneiras pelas quais as testemunhas oculares podem ser influenciadas por fatores externos e internos, deve-se pensar em maneiras de melhorar a produção da prova de reconhecimento de pessoas.

ALGUMAS PROPOSTAS DE MELHORIA BASEADAS EM EVIDÊNCIAS

Vários pesquisadores (a exemplo de: CECCONELLO; STEIN, 2020 e MARMELESTEIN, 2022) têm se dedicado extensivamente ao estudo da produção e da análise das provas dependentes da memória humana, buscando compreender as suas nuances e refletir sobre possíveis formas de aprimoramento dos procedimentos previstos no Código de Processo Penal, especialmente com relação ao procedimento da prova de reconhecimento de pessoas.

Para se pensar na elaboração de uma legislação atenta às evidências científicas, é necessário que o processo legislativo conte com a participação de *experts*, acadêmicos e cientistas altamente especializados que possam auxiliar na elaboração de propostas orientadas cientificamente. Dessa maneira, os dispositivos legais conterão diretrizes que visam diminuir a incidência de erros com base nas ciências cognitivas.

Uma das maneiras mais eficientes de mitigar os efeitos dos vieses de confirmação e do preconceito implícito é trazendo-os para o nível consciente. Isso significa dizer que, em conjunto com propostas legislativas para melhoria do procedimento, deve-se tornar obrigatória a capacitação das autoridades policiais para realização do procedimento tendo em vista as evidências científicas.

É necessário, como passo inicial, que as autoridades policiais sejam conscientizadas sobre a existência dos vieses de confirmação e do preconceito implícito para entender como eles funcionam e a importância de que sejam evitados. Essa capacitação deve ocorrer antes da entrada em vigor dos dispositivos legais, para garantir o maior aproveitamento possível dos dispositivos legais.

Importante pensar, ainda, que para que a mudança legislativa tenha o efeito pretendido, deve-se considerar fazer um investimento em infraestrutura das delegacias e demais locais onde possa ser realizado o reconhecimento. Conforme ressaltam Ceconello, De Ávila e Stein (2018), inexistente estrutura específica para realização do procedimento nas delegacias brasileiras:

Inexistem salas específicas para a realização de oitivas e interrogatórios, bem como para o reconhecimento de suspeitos. Em alguns casos, as testemunhas de acusação e defesa permanecem no mesmo local enquanto prestam depoimento, o que pode inibir a testemunha a relatar informações, e contaminar a própria memória ao ser exposto ao relato de outra pessoa. Nesse sentido, são necessárias salas devidamente preparadas para esse fim, de forma que testemunhas e suspeitos sejam mantidos de forma segura. Uma sala de entrevistas é um ambiente que, além de visar à segurança e ao conforto da testemunha, possibilita o controle acerca de estímulos que possam interferir, como os relativos ao ambiente ou exposição ao relato de outras testemunhas (CECCONELLO; DE ÁVILA; STEIN, 2018, p. 1066).

Em hipótese alguma se pode cogitar que a vítima/testemunha esteja no campo de visão do suspeito (CECCONELLO, STEIN, 2020). Se estiver, a vítima/testemunha poderá se sentir intimidada por saber que o suspeito a ouvirá reconhecê-lo e poderá não proceder o reconhecimento, prejudicando totalmente o procedimento e a produção probatória.

Necessário, então, que a vítima/testemunha se sinta confortável e segura ao reconhecer o suspeito e que lhe seja informado que o suspeito não pode vê-la, nem a ouvir. Para isso, é de suma importância o investimento em infraestrutura.

Para efetuar as mudanças legislativas, é preciso desmistificar a ideia de que a prova de reconhecimento de pessoas é apenas um elemento informativo a compor os autos do inquérito policial. O reconhecimento constitui importante prova de autoria e deve ser tratado como tal. Se visto como apenas um elemento informativo, a possibilidade de incidência de erros poderá ser bem maior.

O reconhecimento de pessoas deve ser uma prova produzida de maneira planejada, calma e pensada, com procedimentos muito bem delineados. O reconhecimento pelo procedimento de *line-up* deve ser visto como regra, tendo em vista o exacerbado perigo de sugestibilidade do *show-up*. De maneira planejada, deve ser agendada uma data para comparecimento da vítima/testemunha e devem ser chamadas pessoas (diferentes do suspeito) que ficarão ao seu lado para viabilizar o procedimento de reconhecimento.

O artigo 226, inciso II, atualmente, dispõe o seguinte:

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

(...)

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;

A primeira mudança a ser pensada é a retirada do termo “se possível” do inciso II do artigo 226. Deve ser regra a colocação de pessoas parecidas ao lado do suspeito a ser reconhecido. É de extrema importância que sejam colocadas pessoas com características físicas similares à da pessoa a ser reconhecida (peso, altura, raça etc.).

Isso porque, conforme o conceito de preconceito implícito apresentado acima, se colocada, por exemplo, uma pessoa preta ou parda dissociada das características do suspeito, é possível que a testemunha/vítima reconheça um inocente em decorrência do preconceito implícito.

O reconhecimento pessoal deve ser regra. Contudo, deve-se considerar que em determinadas cidades pequenas ou em situações específicas, o reconhecimento pessoal não poderá ser viabilizado. Nesses casos, não haverá prejuízo em proceder o reconhecimento fotográfico, desde que também haja um procedimento expresso no código a ser seguido.

Sugere-se, portanto, que seja elaborado um dispositivo específico para disciplinar o reconhecimento fotográfico. Como procedimento para tal, deve ser especificado na legislação que deverão ser selecionadas ao menos mais de duas fotos de pessoas com características físicas parecidas (idade, cor da pele, cor do cabelo, cor dos olhos) para que haja maior possibilidade de comparação entre os suspeitos.

As fotos deverão ser impressas, em resoluções similares entre si e apresentadas à vítima/testemunha em ordem aleatória, desde que a vítima/testemunha não visualize as fotos sendo colocadas em ordem, para que de maneira alguma a ordem influencie em sua decisão. De maneira alguma devem ser admitidas fotos nas quais apareçam quaisquer dados do suspeito, tais como nome, idade, redes sociais etc., ou fotos retiradas do sistema INFOPEN.

Caso haja mais de uma testemunha ou vítima para proceder com o reconhecimento, seja pessoal, seja fotográfico, os procedimentos deverão ser realizados em separado, de preferência em datas ou horários distintos, para que se evite ao máximo qualquer contato entre as testemunhas/vítimas, de forma a excluir qualquer possibilidade de sugestibilidade.

Com essas sugestões, acredita-se que o procedimento poderá ser melhorado para que não seja prejudicado pela incidência do viés de confirmação e de automatismos mentais correlatos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para além das fronteiras academicamente estabelecidas entre Direito e outras áreas, a interdisciplinaridade surge como mecanismo essencial para pôr em prática decisões juridicamente relevantes baseadas nas mais atualizadas e pacíficas evidências. Dentro dessa perspectiva, o presente artigo chamou a atenção para a necessidade de constante atualização sobre os temas para aprimoramento do procedimento de reconhecimento de pessoas.

Sabe-se que o caminho é longo e que, apesar de os avanços demonstrados ao longo deste trabalho serem de extrema relevância, advogados, magistrados, promotores, policiais, legisladores e psicólogos forenses devem permanecer atentos em relação aos estudos dessas áreas diretamente influenciadoras do Direito. Nesse contexto, por meio do investimento em treinamentos especializados e em divulgação científica – iniciativas estas estimuladas, especialmente, por entusiastas da Psicologia do Testemunho –, acredita-se que a tendência é que o alerta para as consequências negativas de um procedimento realizado em desfavor das evidências neurocientíficas gere uma mobilidade cada vez maior em direção a uma mudança, na prática, do modo de lidar com as provas dependentes da memória humana.

Diante do exposto, espera-se que este artigo seja considerado parte de uma tentativa de publicizar referidas evidências científicas, demonstrando como o procedimento da prova de reconhecimento de pessoas pode ser aprimorado se se levar em consideração as influências automáticas às quais estão expostas as testemunhas oculares.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2016.

BRASIL. Portaria Nº 209, DE 31 DE AGOSTO DE 2021. Institui Grupo de Trabalho destinado à realização de estudos e elaboração de proposta de regulamentação de diretrizes e procedimentos para o reconhecimento pessoal em processos criminais e a sua aplicação no âmbito do Poder Judiciário, com vistas a evitar condenação de pessoas inocentes. Brasília, DF. Disponível em: https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Prt_209_2021_CNJ.pdf. Acesso em 18 mar. 2022.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 18 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1444634 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF, 1 jun. 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/471978147/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-res-p-1444634-sp-2013-0399805-0/inteiro-teor-471978157>. Acesso em: 18 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus nº 278.542 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF, 18 ago. 2015. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=50392057&num_registro=201303307184&data=20150818&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 18 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus nº 598.886 do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Brasília, DF, 27 out. 2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/27102020%20HC598886-SC.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus nº 712.781 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Brasília, DF, 15 mar. 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/HC%20712781%2017032022.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus nº 1.211.243 do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, Brasília, DF, 24 abr. 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860166859/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-1211243-ce-2017-0311378-6/inteiro-teor-860166865>. Acesso em: 18 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 206.846 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF, 23 fev. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/reconhecimento-fotografico-nao-segue.pdf>. Acesso em 18 mar. 2022.

CARDOSO, Renato César. Más allá de las dos culturas. In: MAYOS SOLSONA, Gonçal; CARDOSO, Renato César; HENRIQUE JÚNIOR, Moacir (Org.). **Interdisciplinaridade e Interconstitucionalidade 2**. Uberlândia: LAECC, 2019, p. 183-208.

CECCONELLO, William Weber; DE ÁVILA, Gustavo Noronha; STEIN, Lilian Milnitsky. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 2, p. 1057-1073, 2018.

CECCONELLO, William Weber; STEIN, Lilian Milnitsky. Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos. **Avances en Psicología Latinoamericana**, 38(1), 172-188. Doi: <<http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/apl/a.6471>>, 2020.

EUFRASIO, Ana Maria Bezerra; LIMA, George Marmelstein. A divertida mente do juiz: um estudo sobre o viés cognitivo de confirmação no âmbito da decisão judicial. In: *Vieses cognitivos e decisão judicial: contribuições das ciências cognitivas para o Direito* / Organizadores: George Marmelstein Lima, Caio Rodrigues Gonçalves e Matheus Casimiro Gomes Serafim – 1. ed. – Fortaleza: Mucuripe, 2021, p. 15-43.

FESTINGER, Leon. **A theory of cognitive dissonance**. Stanford university press, 1957.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

MARMELSTEIN, George. **Discriminação por preconceito implícito**. Salvador: Editora JusPodvm, 2021.

MARMELSTEIN, George. **Testemunhando a injustiça**. A ciência da prova testemunhal e das injustiças inconscientes. Salvador: Juspodivm, 2022. (no prelo)

MENDES, Conrado Hübner. A Constituição que polícia aplica e juiz confirma: O mecanismo agride pretos, prende pretos, mata pretos, ou quase pretos. Folha de S. Paulo, 9 mar 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/conrado-hubner-mendes/2022/03/a-constituicao-que-policia-aplica-e-juiz-confirma.shtml> . Acesso em: 18 mar 2022.

MYERS, David G. **Psicologia Social**. Tradução: Daniel Bueno, Maria Cristina Monteiro, Roberto Cataldo Costa ; revisão técnica: Elaine Rabelo Neiva, Fabio Iglesias. – 10 ed. – Porto Alegre: AMGH, 2014.

MYERS, David G.; DEWALL, C. Nathan. **Psicologia**. Tradução: Cristiana de Assis Serra, Luiz Cláudio Queiroz de Faria. 11. Ed. Rio de Janeiro: LTC, 2019.

ROSSMO, D. Kim; POLLOCK, Joycelyn M. Confirmation bias and other systemic causes of wrongful convictions: A sentinel events perspective. *NEULR*, v. 11, p. 790, 2019.

STEIN, Lilian Milnitsky et al. Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses. Brasília: **Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça (Série Pensando Direito, No. 59)**, 2015.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. *science*, v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, 1974.

WASON, Peter C. On the failure to eliminate hypotheses in a conceptual task. **Quarterly journal of experimental psychology**, v. 12, n. 3, p. 129-140, 1960.

PODE-SE FALAR DE CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA TESTEMUNHAL?

Jorge Bheron Rocha¹ e Lara Teles Fernandes²

Resumo: A essencialidade da preservação da cadeia de custódia da prova visa à garantia da integridade, rastreabilidade, autenticidade e confiabilidade do meio probatório, conferindo, ainda, a possibilidade do pleno exercício do contraditório e da ampla defesa. O que se buscará estudar e compreender é se o conhecimento integral das fontes da prova testemunhal assegura o exercício do contraditório sobre conteúdo probatório, sobre a forma com que foi produzida, e, ainda, sobre a rastreabilidade, autenticidade e confiabilidade da prova. Também são objeto da investigação os efeitos da invalidade da cadeia de custódia da prova testemunhal.

Palavras-chave: cadeia de custódia; prova testemunhal; validade.

Abstract: *The importance of preserving the evidence's chain of custody aims to guarantee the integrity, traceability, authenticity and reliability of the evidence, and also granting the possibility of full exercise of due process of law. This study aims to analyse and understand whether the full knowledge of the sources of testimonial evidence ensures the exercise of contradictory evidence on evidentiary content, on the way it was produced, and also on the traceability, authenticity and reliability of the evidence. The effects of the invalidity of the testimonial evidence chain of custody are also investigated.*

Keywords: Chain of Custody; Eyewitness Testimony; Validity.

.....

1 Doutor em Direito Constitucional (Unifor). Mestre pela Universidade de Coimbra, Portugal (Estágio de pesquisa na Georg-August-Universität Göttingen, Alemanha). Especialização em Processo Civil pela Escola Superior do Ministério Público do Ceará. Defensor Público do Estado do Ceará. Professor da Graduação e Especialização da Unichristus. Membro Consultor da Comissão Nacional de Acesso à Justiça do CFOAB e do Conselho Penitenciário do Estado do Ceará. Endereço: Rua da Paz, 226, ap. 601, Mucuripe, Fortaleza/Ceará. CEP: 60.165-180. E-mail: bheronrocha@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5464447160393013>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6673-7174>.

2 Defensora Pública do Estado do Ceará. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Coordenadora-Adjunta do Departamento de Publicações do Instituto Baiano de Direito Processual Penal. Autora do livro *Prova Testemunhal no Processo Penal: uma proposta interdisciplinar de valoração* (EMAIS, 2020 e 2019). Professora de Pós-graduação em Direito e Processo Penal na Universidade de Fortaleza. Endereço: Rua Gilberto Studart, 2189, ap. 1903, bairro Cocó, Fortaleza/Ceará, CEP: 60.192-115. E-mail: laratelesfernandes@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0837022019765400>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4040-0597>.

INTRODUÇÃO

A essencialidade da preservação da cadeia de custódia da prova visa à garantia da integridade, rastreabilidade, autenticidade e confiabilidade do meio probatório, conferindo, assim, a integral possibilidade do pleno exercício do contraditório e da ampla defesa pelas partes do processo e a sindicância da licitude da prova pelo julgador.

Para além dos marcos teóricos doutrinários, a preservação da cadeia de custódia se encontra expressamente positivada no ordenamento jurídico brasileiro com a aprovação do chamado Pacote Anticrime, Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, com entrada em vigor a partir do dia 23 de janeiro de 2020.

Certamente, os estudos iniciais acerca da cadeia de custódia se direcionavam às provas materiais, objetos palpáveis, sua colheita, guarda e perícia. Ademais, a revolução digital que se espalhou transformando as novas tecnologias em ferramenta de investigação, de colheita e análise de provas, e até como a própria prova, já iniciou fortes debates acerca da cadeia de custódia de provas digitais. Assim, não poderia ser desprezada a necessidade de verificação do aprimoramento e contenção do poder punitivo por meio da imprescindível preservação da cadeia de custódia da prova testemunhal, máxime por saber que a grande maioria dos processos que envolvem réus pobres, o substrato probatório se fundamenta em depoimentos de testemunhas.

Portanto, a partir da sofisticação dos estudos da epistemologia jurídica, e levando em consideração a alargada importância que ocupa para a fundamentação de decisões racionais pelos julgadores, é que importa investigar se a cadeia de custódia se relaciona exclusivamente ou se restringe unicamente às provas materiais.

É necessário – aliás, imprescindível – que se estude e reflita acerca da possibilidade de admissão da cadeia de custódia relativamente à prova testemunhal, e se a realização dessa modalidade de prova sem a garantia da integridade, rastreabilidade, autenticidade e confiabilidade, em especial aquela que conduz ao reconhecimento de pessoas, fulmina de invalidez o procedimento.

CADEIA DE CUSTÓDIA: DEFINIÇÃO E POSSIBILIDADES NA PROVA TESTEMUNHAL

Antes do advento da Lei nº 13.964/2019, inferia-se a existência – e necessidade – da cadeia de custódia a partir da redação do artigo 6º do Código de Processo Penal, quando determina que a autoridade policial se dirija ao local onde ocorreu a infração penal tão logo tenha conhecimento, e que providencie “para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos Peritos Criminais”, além da previsão constante no artigo 11 que prevê que “os instrumentos do crime, bem como os objetos que interessarem à prova, acompanharão os autos do inquérito” (MACHADO, 2017, p. 9).

A partir da chamada Lei Anticrime, o legislador pátrio definiu cadeia de custódia como “o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte” (art. 158-A).

A cadeia de custódia, portanto, pressupõe a existência de regras formais explícitas que estabeleçam um procedimento que logre documentar a sequência cronológica do surgimento e existência de uma prova, com a finalidade precípua de permitir a posterior validação da prova perante o juiz e as partes, de forma a facultar o exercício pleno do controle epistêmico (LOPES JR.; ROSA, 2015).

Geraldo Prado, ao dissertar sobre a cadeia de custódia, aduz que é garantido à defesa o direito de conhecer, em sua integralidade, a atividade persecutória, inclusive os elementos informativos que possibilitem o rastreamento de sua deflagração, início, desenvolvimento e finalização, conseqüentemente permitindo, pelo exercício do contraditório, que se faça uma valoração da licitude ou ilicitude das provas (PRADO, 2014, p. 41).

Portanto, o direito ao contraditório ganha – ou tem reconhecida – uma nova perspectiva: o contraditório sobre o controle epistêmico sobre a origem, coleta, formação, desenvolvimento, guarda e integralidade. Assim, para além da possibilidade de a informação probatória ser produzida em contraditório ou, pelo menos, que sobre esta incidir o contraditório *a posteriori* (SAMPAIO, 2016, p. 33), também se poderá atuar na sindicância das fontes probatórias, de forma a verificar a existência de ocultação, destruição ou agregação de conteúdo, afetando o amplo acesso aos elementos probatórios e tornando-o incompatível com o devido processo legal (MACHADO; JEZLER JUNIOR, 2016, p. 8).

A exigência de preservação da cadeia de custódia é o mínimo que se pode exigir para fins de controle intersubjetivo futuro (o modo de garantir a objetividade da prova como

fonte confiável da verdade possível no processo) diante de um contexto de unicidade cognitiva na investigação preliminar, em que pode ocorrer um descarte de evidências que enfraqueça a linha de investigação, ou mesmo elimine outras linhas, sem que isso sequer reste documentado nos autos, o mais das vezes em detrimento do interesse da defesa.

Portanto, a cadeia de custódia institui-se como um mecanismo relevante de controle probatório, que tem como premissa a aceitação da falibilidade das ciências forenses auxiliares. Admitir a possibilidade de equívocos nas provas materiais ameniza a possibilidade de erros judiciais fundados na má aplicação das provas periciais, por exemplo, tornando-se imperativa a observância da cadeia de custódia não somente pelos peritos, mas também pelos agentes do sistema de justiça.

Nesse sentido, segundo pesquisa realizada pelo *Innocence Project* (WEST; METERKO, 2015, p. 732), 47% das condenações revistas a partir da atuação do projeto haviam sido fundamentadas em má aplicação ou interpretação das perícias forenses. Logo, vê-se que o erro nesse tipo de prova não é incomum, o que reforça ainda mais a necessidade de preservação da cadeia de custódia, com a desconsideração do respectivo material probatório quando esta é violada.

Assim, a garantia de conhecimento integral das fontes de provas existentes no processo assegura o direito à prova e o exercício do contraditório pelas partes (SOARES; BORRI, 2020, p. 75), considerando não somente o conteúdo probatório e a forma com que foi produzida, mas especialmente sob o prisma da submissão de sua rastreabilidade, autenticidade e confiabilidade, de forma a concretizar o devido processo legal, e, por conseguinte, fortalecer o Estado Democrático de Direito (BERNACCHI; RODRIGUES, 2018, p. 16).

Todavia, o estudo da cadeia de custódia ainda é bastante relacionado às chamadas provas materiais, como objetos ou alterações nos corpos das pessoas. Isso se dá em razão da conceituação restrita do que seria “vestígio” trazida pela redação do art. 158-A, § 3º: “vestígio é todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal”.

Contudo, se, por um lado, o *caput* do art. 158-A relacionou diretamente a necessidade de observância da cadeia de custódia à historicidade dos vestígios “materiais”, por outro lado, não determinou que a cadeia de custódia deveria ser realizada somente nesses casos. E nem poderia.

De fato, essa definição jurídica tão estreita não atende à necessidade de auxiliar na determinação da infração penal (MATIDA, 2020, p. 19), pois existem muitas outras modalidades de delitos que, embora não deixem vestígios em objetos ou em materiais brutos,

visíveis ou latentes, dependem, para sua validade, de um rigoroso processo de reconhecimento, isolamento, fixação, coleta, acondicionamento, transporte, recebimento, processamento, armazenamento ou descarte, podendo citar a troca de e-mails, interceptação telefônica, mensagens por aplicativo etc.

Com mais razão ainda, pode-se perceber a necessidade, ou melhor, a imprescindibilidade de conferir caráter científico à produção da prova testemunhal (FERNANDES, 2020, p. 159), pois esta, à sua forma e com suas peculiaridades, também deve ser regida por procedimentos científicos que respeitem a documentação de sua cronologia para posterior validação.

Não foge à razoabilidade a adaptação das etapas de rastreamento da cadeia de custódia à lógica própria da prova testemunhal, podendo ser exemplificada como a seguir: (i) a distinção do testemunho como potencial interesse para a produção probatória (reconhecimento); (ii) a incomunicabilidade necessária para se evitar que se contamine o depoimento (isolamento); (iii) a descrição detalhada do depoimento conforme se encontrou (fixação); (iv) gravação do depoimento ou redução a termo do ato respeitando a forma e o conteúdo do depoimento (coleta); (v) produção do termo de declaração ou de reconhecimento, com anotação da data, hora e nome de quem tomou o termo e das pessoas presentes ao ato (acondicionamento); (vi) inserção dos termos de depoimento ou de reconhecimento nos autos do inquérito (transporte); (vii) controle de acesso à testemunha pelas partes interessadas (recebimento); (viii) controle do acesso da testemunha a outros elementos informativos da investigação/processo (processamento); (ix) controle da comunicação entre testemunhas antes e durante a investigação/instrução (armazenamento); (x) dispensa de oitiva de testemunhas (descarte).

Sob esse último aspecto, a cadeia de custódia pode ainda se relacionar ao chamado *duty to disclose* ou *disclosure*, como dever de a autoridade que realiza a investigação e coleta das provas revelar documentos e informações relacionados a determinado caso, sem que se faça necessário qualquer requerimento prévio (PEREIRA, 2020, p. 83), configurando verdadeiro dever institucional e funcional a apresentação das evidências, inclusive aquelas favoráveis à defesa (STRECK, 2021).

A preservação da cadeia de custódia como exigência do contraditório substancial evita, portanto, o prematuro descarte de testemunhas sem que fique documentado o (possível) conteúdo de seus depoimentos, possibilitando a análise desse material pela defesa, e seu eventual interesse na prova oral. As pretensões persecutórias do Estado não podem se sobrepor ao dever de assegurar as garantias constitucionais das pessoas investigadas ou acusadas (MENDES; ROCHA, 2020, p. 143).

CONTROLE DA PROVA TESTEMUNHAL COMO PRÁTICA DEMOCRÁTICA

Por outro lado, há alertas graves sobre a expansão dos métodos ocultos de investigação das últimas duas décadas (PRADO, 2014, p. 59), dos quais destacamos aqueles que têm por objeto as provas dependentes da memória, em que, não raro, suspeitos aleatórios são apontados com base em denúncias anônimas, nem sempre comprovadas para além da palavra dos agentes de segurança³.

Muito amiúde ocorre também fotografias de origem desconhecida serem utilizadas em procedimentos de reconhecimento de pessoas, levando inocentes a serem processados ou condenados⁴ por crimes que não cometeram.

Foi o que ocorreu com o jovem negro e violoncelista, Luiz Carlos Justino, preso em 2020, acusado de um delito de roubo que não cometera, em razão de suposto reconhecimento fotográfico (RIO DE JANEIRO, 2020). Na decisão que relaxou sua prisão, proferida nos autos do processo no 0055889-35.2017.8.19.0002, em 7 de junho de 2021, o magistrado André Nicolitt mencionou expressamente a necessidade de observância da cadeia de custódia para tornar válida prova de tal natureza:

[...] temos um relatório policial que não explica como sua foto constou do álbum sem que houvesse uma investigação prévia, esta incongruência fragiliza a utilização do reconhecimento para sustentar uma prisão cautelar, vez que não há documentação da cadeia de custódia da prova. Em resumo, um suspeito sem investigação prévia, que já é apresentado em um álbum no ato do registro da ocorrência, é um suspeito que precede o próprio fato. É uma espécie de suspeito natural (RIO DE JANEIRO, 2021).

No caso de Luiz Carlos, houve clara violação à cadeia de custódia da prova, pois a polícia sequer chegou a explicar a origem da fotografia que subsidiou o procedimento de reconhecimento.

Ademais, não houve documentação no inquérito policial sobre o modo como o procedimento aconteceu, o que também viola a cadeia de custódia, em virtude de impedir o

.....

3 Pesquisa realizada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (DPE-RJ) e pela Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas (Senad) do Ministério da Justiça analisou 2.591 sentenças datadas de agosto de 2014 a janeiro de 2016, relativas a acusações dos crimes da Lei no 11.343/2006, na cidade e região metropolitana do Rio de Janeiro. Concluiu-se que 53,79% das condenações lastrearam-se somente em testemunhos dos agentes de segurança responsáveis pela prisão (RIO DE JANEIRO, 2018, p. 35).

4 A título de exemplo, vide *Habeas Corpus* no 598.886/SC, do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2020).

controle intersubjetivo futuro por parte da defesa técnica, do Ministério Público, em seu papel constitucional de guardião do ordenamento jurídico (art. 127, CRFB/1988), ou, ainda, da Defensoria Pública, como corresponsável pela promoção dos direitos humanos (art. 134, CRFB/1988) e possível interveniente em favor de pessoas em situação de vulnerabilidade (GONÇALVES FILHO; ROCHA; MAIA, 2020, p. 62), inclusive processual, muitas vezes por “falta de acesso às fontes de prova decorrentes de disparidades de forças” (TARTUCE, 2012, p. 207).

Se as circunstâncias do procedimento de reconhecimento influenciam diretamente em sua eficácia probatória, não se pode admitir como válida uma identificação que não esclareça circunstanciadamente as condições em que fora realizada.

Como bem pontuou André Nicolitt, na referida decisão de relaxamento, em muitos casos, “o reconhecimento fotográfico é feito na delegacia, sem que sejam acostadas ao procedimento as supostas fotos utilizadas no catálogo, nem informado se houve comparação com outras imagens” (RIO DE JANEIRO, 2020).

Ademais, práticas pré-investigativas, levadas a cabo por agentes na prisão em flagrante, preponderam e podem viciar a memória da testemunha ou vítima reconhecadora, produzindo contaminação cognitiva para o procedimento perante a autoridade policial, já que foram anteriormente induzidas pela polícia ostensiva. Tais práticas podem acontecer por intermédio de grupos de aplicativos de mensagens instantâneas, inacessíveis até mesmo à autoridade policial responsável pela investigação (STEIN; ÁVILA, 2015, p. 44).

Desse modo, sendo a cadeia de custódia uma garantia que endossa a confiabilidade da prova, é necessário expandir tal conceito para as provas dependentes de memória. Não raro, surge na investigação preliminar uma informação sobre um suspeito ou sobre suas características, sem a respectiva explicação ou documentação de como o investigador teria tido acesso a esse dado. Quando essa informação é utilizada para subsidiar o procedimento de reconhecimento de pessoas, por exemplo, pode gerar injustiças.

Não bastasse isso, tampouco são juntadas informações “sobre como as fotografias do indiciado foram parar no catálogo, o que viola a ideia de cadeia de custódia da prova” (RIO DE JANEIRO, 2020).

Ora, se podemos entender que a cadeia de custódia é um conjunto de procedimentos técnicos que englobam a busca, descoberta, extração, coleta, guarda, classificação, perícia e a conservação das provas desde a investigação até a instrução processual, e deve ser observado por todos os profissionais (SOUZA; VASCONCELLOS, 2020, p. 32), não se poderia excluir dessa responsabilidade as autoridades policiais civis ou militares.

Estudo empírico conduzido pelo Ministério da Justiça em parceria com o IPEA, sob a coordenação-geral de Lilian Milnitsky Stein, da PUC-RS, e pelo pesquisador Gustavo Noronha de Ávila, da UEM e da Cesumar, cujo objeto consistiu nos *Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e depoimentos forenses* (STEIN; ÁVILA, 2015, p. 17), indicou que, no que se refere ao reconhecimento de pessoas, foi constatado que a Polícia Militar, a despeito de ausência de previsão legal, realiza uma espécie de identificação prévia do autor do fato.

Esse reconhecimento prévio pode ser realizado de diversas maneiras, quais sejam, “reconhecimento na viatura, em que vítimas e/ou testemunhas são colocadas dentro do carro da polícia (...) apontando caso os identifiquem, ou com viatura parada em que o reconhecimento é feito a partir do interior” (STEIN; ÁVILA, 2015, p. 50); na rua, em que há um contato direto entre o suspeito e o reconhecedor; utilização de celular ou do aplicativo *Whatsapp*, em que o policial tira foto do suposto autor do fato em seu telefone pessoal e mostra à vítima ou testemunha para que reconheça, ou envia a imagem em grupos de policiais.

Essa informalidade – na verdade, ilicitude – em que as autoridades policiais laboram na investigação, quebra a necessária cadeia de custódia, pois não segue nenhum protocolo técnico que explique, fundamente e documente a busca ou a descoberta da informação sobre a pessoa suspeita ou suas características, emanando consequências para o procedimento de realização e documentação do reconhecimento (STEIN; ÁVILA, 2015, p. 50) feito pela vítima ou testemunha, impossibilitando a sindicância posterior pelo contraditório, enfraquecendo a possibilidade de validação da prova pelo juiz.

Mesmo sem mencionar diretamente o termo “cadeia de custódia”, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do *Habeas Corpus* no 598.886, explicitou a relevância de identificar a fonte da informação que levou ao reconhecimento:

[...] não houve prévia descrição da pessoa a ser reconhecida; não se exibiram outras fotografias de possíveis suspeitos; ao contrário, escolheu a polícia uma foto de um suspeito que já cometeu outros crimes, mas que nada indicava, até então, ter qualquer ligação com o roubo investigado. Chega a ser irresponsável o procedimento policial adotado neste caso, ao se escolher, sem nenhuma explicação ou indício anterior, quem se desejava que fosse identificado pelas vítimas (BRASIL, 2020).

De fato, a possibilidade de serem admitidos elementos com déficit de confiabilidade, que embora possam parecer relevantes, representa um sério risco de condenação de inocentes (MATIDA, 2020, p. 22), na contramão do âmago do próprio Estado Democrático de Direito, que se funda, entre outros, no princípio da dignidade humana.

Logo, não só a origem das informações iniciais, mas também todo o procedimento e suas variáveis (condições de visualização, presença de arma, nível de estresse, diferença racial, duração do crime, induções pela polícia, pressão, identificação na fase pré-investigativa, contato com outros depoentes) devem estar documentados na investigação preliminar e na ação penal, por possuírem influência direta no grau probatório do reconhecimento produzido.

Ademais, a primeira identificação tem o condão de contaminar as posteriores. De acordo com pesquisa conduzida por Steblay e Dysart (2016), concluiu-se que o primeiro reconhecimento influencia a confiança e as identificações subsequentes, por gerar uma transferência inconsciente e uma ilusão de familiaridade (MANZANERO, 2010, p. 23), isto é, o reconhecedor se habitua com a face do reconhecido, estando sujeito a mesclar o dia do evento criminoso com o momento de procedimento de identificação anterior.

Logo, o primeiro reconhecimento é o mais relevante, devendo ser realizado da forma mais justa e sem viés. Nesse sentido, as pesquisadoras asseveram que a memória não melhora ao longo do tempo (STEBLAY; DYSART, 2016; RAMOS, 2018, p. 110), mas a confiança sim. Desse modo, recomendam que não se deve atribuir confiabilidade a reconhecimentos repetidos.

Trazendo os ensinamentos da pesquisa para a realidade brasileira, em que o primeiro reconhecimento ocorre ou na rua, na fase pré-investigativa, ou perante a autoridade policial, na maior parte das vezes, sem a presença de defesa técnica, torna-se mais imprescindível ainda a integral descrição e documentação nos autos da cadeia de custódia do reconhecimento e do depoimento, a fim de que os agentes do sistema de justiça possam produzir juízo de valor correto acerca das identificações trazidas nos autos.

Se o Superior Tribunal de Justiça já considerou ilícita a prova de interceptação telefônica, em que não foi garantido à defesa acesso à integralidade das conversas gravadas, por quebra da cadeia de custódia⁵ por que então não aplicar o mesmo entendimento aos procedimentos de reconhecimento de pessoas, destituídos de informações completas?

Portanto, defende-se a tese de que se trata de prova inválida o procedimento em que o suspeito é identificado, sem que haja nos autos qualquer explicação da autoridade policial sobre a fonte da suspeita, ou mesmo indicação das fotos que foram exibidas do reconhecedor, e ainda sem esclarecimento das circunstâncias em que o reconhecimento foi realizado, por quebra da cadeia de custódia, nos mesmos moldes do tratamento das provas periciais.

.....

5 Nesse sentido, vide *Habeas Corpus* no 160.662/RJ, do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2014).

CONCLUSÃO

A essencialidade da preservação da cadeia de custódia da prova visa à garantia da integridade, rastreabilidade, autenticidade e confiabilidade do meio probatório, conferindo, ainda, a possibilidade do pleno exercício do contraditório e da ampla defesa.

A partir da chamada Lei Anticrime, o legislador pátrio definiu cadeia de custódia e delineou o instituto que, antes, somente era deduzido a partir da redação dos artigos 6º e 11, do Código de Processo Penal.

A cadeia de custódia pressupõe a existência de regras formais explícitas que estabeleçam um procedimento que logre documentar a sequência cronológica do surgimento e existência de uma prova, com a finalidade precípua de permitir a posterior validação da prova perante o juiz e as partes, de forma a facultar o exercício pleno do controle epistêmico; embora ainda se tenha uma falsa ideia de que somente se relaciona às provas materiais, objetos palpáveis, sua colheita, guarda e perícia.

Ora, se a cadeia de custódia é a garantia de conhecer, em sua integralidade, a atividade persecutória, inclusive os elementos informativos que possibilitem o rastreamento de sua deflagração, início, desenvolvimento e finalização, consequentemente permitindo, pelo exercício do contraditório, que se faça uma valoração da licitude ou ilicitude das provas, não há motivos para excluir a prova testemunhal, máxime porque se traduz em ganho democrático no devido processo legal.

O conhecimento integral das fontes da prova testemunhal assegura um tríplice exercício do contraditório: sobre conteúdo probatório; sobre a forma com que foi produzida; e, ainda, sobre a rastreabilidade, autenticidade e confiabilidade da prova.

Se, por um lado, a estreiteza da definição legal de vestígio não atende à necessidade de auxiliar na determinação da infração penal, por outro, a lei não determinou que a cadeia de custódia deveria ser realizada exclusivamente em objetos ou em materiais brutos, visíveis ou latentes.

Ademais, é imprescindível conferir caráter científico à produção da prova testemunhal, sendo plenamente possível adaptar as etapas de rastreamento da cadeia de custódia à lógica própria da prova testemunhal.

Por fim, o respeito à cadeia de custódia da prova testemunhal impede a possibilidade de serem admitidos elementos com déficit de confiabilidade, fortalecendo, assim, o próprio Estado Democrático de Direito, que se funda, entre outros, no princípio da dignidade humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERNACCHI, Paulo Eduardo Elias; RODRIGUES, Anderson Rocha. As garantias constitucionais e a cadeia de custódia das provas no processo penal. **Revista do Curso de Direito da Uniabeu**, v. 10, n. 1, p. 13-31, jan./jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 160.662/RJ**. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Publicação em: 17 mar. 2014. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetIn-teiroTeorDoAcordao?num_registro=201000153608&dt_publicacao=17/03/2014. Acesso em: 17 fev. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 598.886/SC**. Relator: Ministro Rogerio Schietti. Publicação em: 18 dez. 2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/porta/p/SiteAssets/documentos/noticias/27102020%20HC598886-SC.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2022.

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

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana; ROCHA, Jorge Bheron; MAIA, Maurilio Casas. **Custos Vulnerabilis**: a Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações político-jurídicas dos vulneráveis. Belo Horizonte: Editora CEI, 2020.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal>. Acesso em: 22 dez. 2018.

MACHADO, Michelle Moreira. Importância da cadeia de custódia para prova pericial. **Revista Criminalística e Medicina Legal**, n. 1, v. 2, p. 8-12, 2017.

MACHADO, Vitor Paczek; JEZLER JUNIOR, Ivan. A prova eletrônica-digital e a cadeia de custódia das provas: uma (re)leitura da Súmula Vinculante 14. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 24, n. 288, nov. 2016.

MANZANERO, Antonio L. **Memoria de testigos. Obtención e valoración de la prueba testifical**. Madrid: Ediciones Pirámide, 2010.

MATIDA, Janaína. A cadeia de custódia condição necessária para redução dos riscos de condenação de inocentes. **Revista da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul**, 27. ed., 2020.

MENDES, Emerson Castelo Branco; ROCHA, Jorge Bheron. As dimensões do direito ao silêncio. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 28, n. 112, p. 139-171, out./dez. 2020.

PEREIRA, A. L. H. G. **Transplante legal dos institutos da disclosure e discovery por intermédio das convenções processuais no Brasil**. 2020. 211 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade do Vale do Itajaí – Univali e Widener University – Delaware Law School/EUA, 2020.

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

RAMOS, Vitor de Paula. **Prova testemunhal: do subjetivismo ao objetivismo**. Do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

RIO DE JANEIRO. Comarca de São Gonçalo. **Processo nº 0021082-75.2020.8.19.0004**. Partes: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e L.C.C.J. Publicação em: 5 set. 2020.

RIO DE JANEIRO. Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Diretoria de Estudos e Pesquisas de Acesso à Justiça. **Relatório final pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e Região Metropolitana do Rio de Janeiro**, 2018. Disponível em: http://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagempge/public/arquivos/Relatorio_Pesquisa_Lei_Drogas.pdf. Acesso em: 20 jul. 2021.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Processo nº 0055889-35.2017.8.19.0002**. Publicação em: 7 jun. 2021. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/6/B7DA1F386F3B73_foto.pdf. Acesso em: 17 fev. 2022.

SAMPAIO, Denis. A regra do contraditório no Novo Código de Processo Civil e sua possível “influência” no Direito Processual Penal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogerio Schietti (coord.). **Processo Penal**. Coleção Repercussões do Novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2016. 13. v.

SOARES, Rafael Junior; BORRI, Luiz Antonio. Da ilicitude da prova em razão da quebra da cadeia de custódia. **Revista da Faculdade de Direito da FMP**, Porto Alegre, v. 15, n. 1, p. 73-82, 2020.

SOUZA, Lia Andrade de; VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. A cadeia de custódia da prova obtida por meio de interceptações telefônicas e telemáticas: meios de proteção e consequências da violação. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, v. 65, n. 2, p. 31-48, mai./ago. 2020.

STEBLAY, Nancy K.; DYSART, Jennifer E. **Repeated Eyewitness Identification Procedures With the Same Suspect**, 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/308908635_Repeated_Eyewitness_Identification_Procedures_With_the_Same_Suspect#:~:text=An%20eyewitness%20to%20a%20crime,gathered%20and%20presented%20at%20trial.&text=Repeated%20identification%20procedures%20increase%20suspect,the%20identified%20person%20is%20guilty. Acesso em: 10 ago. 2021.

STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Avanços científicos em psicologia do teste-munho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses**. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça, 2015 (Série Pensando Direito, n. 59). Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf. Acesso em: 22 dez. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Precisamos do duty of disclosure do MP: o caso do advogado Vargas**, 4 jun. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-04/streck-precisamos-duty-of-disclosure-mp-advogado-vargas>. Acesso em: 10 jul. 2021.

TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e vulnerabilidade no Processo Civil**. São Paulo: Método, 2012.

WEST, Emily; METERKO, Vanessa. *Innocence Project: DNA Exonerations, 1989-2014: review of data and findings from the first 25 years*. **Alb. L. Rev.**, v. 79, 2015.

OLHOS QUE CONDENAM

PARÂMETROS PARA UM RECONHECIMENTO PESSOAL CIDADÃO

EYES THAT CONDEMN: PARAMETERS FOR A PERSONAL CITIZEN RECOGNITION.

Orly Kibrit¹, Eduardo Manhoso² e Raissa Amarins Marcandeli³

Resumo: O presente artigo traz uma pesquisa doutrinária e jurisprudencial sobre a interpretação do artigo 226 do Código de Processo Penal, que trata sobre o reconhecimento pessoal como meio de prova no processo penal. Nesse passo, inicialmente, traça-se a evolução dos entendimentos sobre serem as diretrizes contidas em tal artigo para a prática do ato meras recomendações ou se a sua observância seria obrigatória. A partir de uma pesquisa empírica de julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, verifica-se que o posicionamento atual, de que as diretrizes devem ser seguidas, não é respeitado em sua totalidade. Diante disso, são traçados parâmetros que podem ajudar na uniformização do tratamento da questão, para que o reconhecimento pessoal possa ser realizado dentro do contexto de um processo penal cidadão.

Palavras-chave: Processo penal; Cidadania; Reconhecimento pessoal.

Abstract: This article presents doctrinal and jurisprudential research on the interpretation of article 226 of the Code of Criminal Procedure, which is about personal recognition as an evidence in criminal procedure. As such, the evolution of understanding is drawn on whether the guidelines contained in that article for the practice of the act are mere recommendations or if their observance would be mandatory. From empirical research of judgments of the Court of Justice of the State of São Paulo, it's revealed that the current position, which states that the guidelines must be followed, is not fully respected. Given this finding, parameters that can help to standardize the treatment of the issue are traced, enabling personal recognition to be carried out within the context of a citizen's criminal process.

Keywords: Criminal procedure; Citizenship; Personal Recognition.

.....
1 Mestra e Doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professora da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie e do Damásio Educacional. Assessora na Procuradoria Regional da 3ª Região. Integrante dos grupos de pesquisa (CNPQ) "Modernas Tendências da Teoria do Delito" e "Segurança Pública e Cidadania". E-mail: orly.kibrit@mackenzie.br

2 Mestrando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Pesquisador do Grupo de Pesquisa "Segurança Pública e Cidadania" (CNPq) e Membro do Grupo de Pesquisa "Direito Penal Econômico e Justiça Penal Internacional" (CNPq), ambos da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Graduado pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Advogado. E-mail: eduardomh@outlook.com.br

3 Mestranda em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pelo Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* do Centro Universitário de Bauru (CEUB), mantido pela Instituição Toledo de Ensino (ITE). Pesquisadora do Grupo "Mulher e Democracia: renda, tecnologia e justiça de gênero" (CNPq) do IDP e Unichristus. Pesquisadora do Grupo "Segurança Pública e Cidadania" (CNPq) da Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP. Pesquisadora do "Grupo Mulher, Sociedade e Direitos Humanos" (CNPq) da Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP. Advogada. E-mail: raissaamarins@hotmail.com

INTRODUÇÃO

O reconhecimento pessoal é um meio de prova previsto no artigo 226 do Código de Processo Penal, o qual traz as diretrizes para a sua realização. Conforme as suas disposições, há um procedimento específico a ser realizado para o reconhecimento pessoal, objetivando-se, assim, uma maior confiabilidade na prova, já que esta depende, primordialmente, da memória humana.

O procedimento, então, foi desenhado de modo a evitar interferências na memória da vítima ou da testemunha ou, ainda, direcionamentos indevidos, seja pela previsão de que haja uma prévia descrição da pessoa a ser reconhecida, seja pela disposição sobre colocar tal pessoa ao lado de outras com características semelhantes.

Conforme se demonstrará no primeiro capítulo, é possível denotar uma evolução quanto à interpretação do artigo 226 do Código de Processo Penal, evidenciando-se a mudança de entendimento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, do Supremo Tribunal Federal e da doutrina, evoluindo-se da leitura de que o disposto no mencionado artigo de lei seria uma mera recomendação, para o posicionamento de que suas previsões devem ser seguidas.

À vista disso, o segundo capítulo, então, será voltado à análise da aplicação prática do artigo 226 do Código de Processo Penal pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, demonstrando-se que o referido Tribunal não adota, majoritariamente, o atual entendimento consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o teor do artigo 226 do Código de Processo Penal deve ser observado, sob pena de invalidade da prova.

Assim, no terceiro capítulo, a discussão seguirá voltada para a elaboração de parâmetros que uniformizem a aplicação do dispositivo legal em questão, a fim de que o reconhecimento pessoal seja feito consoante às suas diretrizes, mesmo que em sede de inquérito policial, de modo a garantir o aprimoramento da justiça social e as garantias cidadãs no Brasil, evitando-se, assim, injustiças, como condenações errôneas.

No que se refere à metodologia de pesquisa, cabe destacar que foi aplicado o método de pesquisa empírica, por meio do qual se buscou observar a aplicação do artigo 226 do Código de Processo Penal, principalmente, pelo Superior Tribunal de Justiça, bem como pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, este último, pelo período de 01 de novembro de 2021 até 16 de novembro de 2021, utilizando-se do termo “reconhecimento pessoal”, selecionando-se apenas as Câmaras julgam Direito Criminal. A pesquisa foi realizada para fins de identificação das principais questões que fragilizam o reconhecimento pessoal, possibilitando-se, assim, a busca por soluções nessa seara.

A EVOLUÇÃO DO OLHAR AO ARTIGO 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

O reconhecimento de pessoas e coisas encontra-se previsto no artigo 226 do Código de Processo Penal e pode ocorrer tanto no inquérito policial como também na fase processual. Esse procedimento consiste em um ato formal que, de acordo com Gustavo Badaró, constitui um meio de prova, por meio do qual alguém é chamado para descrever uma pessoa ou coisa por ele vista anteriormente, para verificar e confirmar a sua identidade perante outras pessoas semelhantes (2021, p. 579).

Como é possível observar em análise o artigo 226 do Código de Processo Penal, o procedimento do reconhecimento inicia-se com a descrição do indivíduo que será reconhecido. Logo em seguida, passa-se para a fase em que, se for possível, são colocadas pessoas semelhantes, para que o reconhecedor indique o autor do crime cometido. Em exame à letra da lei, a descrição a ser feita pelo reconhecedor é ato obrigatório, enquanto selecionar pessoas semelhantes para tal formalidade apenas ocorrerá se houver possibilidade.

Assim, o reconhecedor deverá indicar todas as características que a sua memória permitir e, para que o convencimento do magistrado seja formado, a conclusão que decorre deste procedimento formal deve ser analisada pelo juiz em conjunto com os demais elementos de prova colhidos durante a persecução penal.

Nessa acepção, trata-se de uma prova cuja forma de produção encontra-se definida pela legislação e, partindo da premissa de que, em matéria processual penal, forma é garantia, não há espaço para informalidades judiciais. Todavia, é bastante comum que, na prática forense, ocorram os reconhecimentos informais, admitidos em nome do princípio do livre convencimento motivado (LOPES, 2020, p. 770).

Assim, considerando que o que está em jogo no processo penal é justamente um dos direitos mais importantes que o ser humano ostenta, a liberdade, não há de se permitir qualquer aventura jurídica capaz de fazer com que a justiça criminal seja falha. A necessidade de se observarem, obrigatoriamente, as diretrizes do disposto no artigo 226 do Código de Processo Penal, é medida para que o sistema punitivo seja aprimorado e aplicado com segurança.

Cuidando-se o processo penal de garantia, consoante já salientado, é necessário e crucial que se respeite essa disposição legal, para que eventuais condenações fundamentadas no reconhecimento pessoal decorram da estrita observância das regras do jogo (TALON, 2017).

Feitas tais considerações, importante analisar a compreensão exarada pela jurisprudência e pela doutrina, com o passar do tempo, sobre essa temática. É necessária a observância estrita as formalidades trazidas pelo artigo 226 do Código de Processo Penal?

DA COMPREENSÃO DA JURISPRUDÊNCIA.

No princípio, especificamente na década de 90, a realização do reconhecimento pessoal nos moldes do artigo 226 do Código de Processo Civil configurava simples recomendação conferida à autoridade, fosse ela policial ou judiciária, nos moldes da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como, por exemplo, no Recurso Especial nº 1.955/RJ, julgado pela Sexta Turma, de relatoria do Ministro José Cândido de Carvalho Filho, expondo-se os seguintes trechos:

O reconhecimento de pessoa não está vinculado, necessariamente, à regra do art. 226, do Código de Processo Penal. Se o criminoso é reconhecido pela testemunha, de plano, ao chegar à Delegacia de Polícia, onde aquele se encontrava, entre várias pessoas, não há de anular o reconhecimento, desde que integrado no conjunto das provas que incriminaram o acusado. (BRASIL, 1990)

Outrossim, há de se observar ainda o Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 14.428 – SE (2003/0067224-8), relator Ministro Paulo Gallotti, julgado em 15 de fevereiro de 2007, mantendo as mesmas premissas fixadas anteriormente, em 1990, no sentido de que “o reconhecimento realizado com segurança pelas vítimas, em juízo, sob o pálio do contraditório, prescinde das formalidades previstas no artigo 226 do Código de Processo Penal” (BRASIL, 2007).

Nessa mesma perspectiva, foi fixado o entendimento da Sexta Turma, em 2017, sob a relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, no Agravo Regimental em Agravo em Recurso Especial nº 1.054.280 - PE (2017/0029361-0). A Turma sustentou que as disposições contidas no artigo 226 do Código de Processo Penal são mera recomendação legal (BRASIL, 2017a).

Também em 2017, no mesmíssimo sentido, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Ministro Joel Ilan Paciornik, no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.444.634 - SP (2013/0399805-0), também entendeu pela mera recomendação legal constante no artigo 226 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2017b).

A evolução do entendimento se deu em 2020, quando a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o *habeas corpus* nº 598.886 em 27 de outubro de 2020, entendeu que o procedimento previsto no artigo 226 do Código de Processo Penal não configura mera recomendação, mas disposição de observância necessária, sob pena de invalidade do ato (BRASIL, 2020).

Para que tal entendimento fosse concluído, o Ministro Relator Rogério Schietti Cruz abordou aspectos relacionados à área da psicologia em relação à memória humana, além de referir-se aos dados da ONG denominada *Innocence Project*, oportunidade em que restou registrado que, de acordo com a pesquisa feita por essa ONG, aproximadamente 75% das condenações de inocentes é atribuída a erros cometidos pelas vítimas e por testemunhas ao identificar os suspeitos no ato do reconhecimento. Em 38% dos casos em que houve esse erro, várias testemunhas oculares identificaram de forma equivocada o mesmo suspeito inocente.

Por conseguinte, para que o sistema da justiça criminal seja aprimorado, obstando a perpetuação de erros decorrentes de reconhecimentos desacertados, restou indiscutível a necessidade de rigorosa observância ao disposto no artigo 226 do Código de Processo Penal, fazendo com que o ato se estabelecesse como “um procedimento e requisitos mínimos para que essa importante fonte de informações possa ter valor probatório”.

Manifestando extrema preocupação com as possíveis condenações errôneas, concluiu o referido julgador que a jurisprudência vigente deveria ser superada, para o fim de que o reconhecimento de pessoas deva observar o procedimento previsto no artigo 226 do Código de Processo Penal, ocasião em que as formalidades elencadas no dispositivo constituem garantia mínima para o suspeito de ter praticado um crime, evitando reconhecimentos falhos, capazes de gerar ao acusado prejuízos imensuráveis. Entendeu-se, ainda, que, 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.

No mesmo sentido, contrariando a posição jurisprudencial majoritária vigente, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o *habeas corpus* n° 652.284 em 27 de abril de 2021, sob a relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, alinhou-se ao entendimento fixado pela Sexta Turma, concluindo-se que a inobservância do procedimento previsto no artigo 226 do Código de Processo Penal é causa de invalidade da prova:

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.). (BRASIL, 2021a)

Dessa maneira, é possível denotar uma alteração importante estabelecida pela jurisprudência do Tribunal Superior, observada a uniformização do entendimento da Quinta e Sexta Turma da Corte, concluindo pela superação da ideia de “mera recomendação”, passando a estabelecer a necessária observância do procedimento edificado no artigo 226 do Código de Processo Penal para legitimação e consequente validade do reconhecimento de pessoas como prova apta a convencer acerca da autoria do delito.

Ainda, de maneira mais recente, o Supremo Tribunal Federal, por sua Segunda Turma, deu provimento ao recurso em *habeas corpus* para absolver o sujeito reconhecido com base em fotografia (STF, 2022). Para tanto, em uma virada de jurisprudência, o Relator, Ministro Gilmar Mendes, assim como o Superior Tribunal de Justiça, entendeu pela fixação de balizas para orientar a justiça criminal:

- 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 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. (RODAS, 2021)

Importantíssimo consignar que o Supremo Tribunal Federal, até cerca de 1997, possuía precedentes entendendo pela nulidade do reconhecimento que não observa os ditames legais. É o caso do *habeas corpus* nº 74.704, julgado em 1996, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, com a seguinte ementa:

RECONHECIMENTO - FORMALIDADES - NATUREZA – INOBSERVÂNCIA. As formalidades previstas no artigo 226 do Código de Processo Penal são essenciais à valia do reconhecimento, que, inicialmente, há de ser feito por quem se apresente para a prática do ato, a ser iniciado com a descrição da pessoa a ser reconhecida. Em seguida, o suspeito deve ser colocado ao lado de outros que com ele guardem semelhança, a fim de que se confirme o reconhecimento. A cláusula “se for possível”, constante do inciso II do artigo de regência, consubstancia exceção, diante do princípio da razoabilidade. O vício não fica sanado pela corroboração do reconhecimento em juízo, também efetuado sem as formalidades referidas. Pre-

cedentes: Habeas-Corpus nºs 42.957/GB e 70.936/SP, relatados pelos Ministros Aliomar Baleeiro e Sepúlveda Pertence, perante a Segunda e Primeira Turmas, com arestos veiculados nos Diários da Justiça de 12 de outubro de 1966 e 6 de setembro de 1996, respectivamente. (BRASIL, 1996).

Essa compreensão também foi adotada, dentre outros, nos seguintes julgados: *habeas corpus* nº 75.331 (BRASIL, 1997), também de relatoria do Ministro Marco Aurélio, julgado em 02 de dezembro de 1997; o *habeas corpus* nº 42.957 (BRASIL, 1966), de relatoria do Ministro Aliomar Baleeiro, julgado em 1966; e *habeas corpus* nº 72.936 (BRASIL, 1994), tendo como relator o Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 08 de novembro de 1994.

Portanto, como se verifica a partir da análise jurisprudencial realizada neste tópico, malgrado existissem precedentes entendendo pela observância dos requisitos sob pena de nulidade, fato é que a jurisprudência majoritária se formava no sentido de que eram meras recomendações legais, até que houve a evolução do entendimento, conforme o Superior Tribunal de Justiça, e, agora, da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal.

DA EVOLUÇÃO DOUTRINÁRIA.

Não somente a jurisprudência anterior do Superior Tribunal de Justiça, como também doutrinadores, ainda recentemente, entendem pela mera recomendação do disposto no artigo 226 do Código de Processo Penal, ou, até mesmo, pela mitigação da obrigatoriedade de observar o artigo em alguns aspectos.

Eugênio Pacelli, por exemplo, não vislumbra qualquer especialidade no procedimento, entretanto, reconhece que as formas de realização do reconhecimento merecem diverso valor probatório, afirmando ainda que o reconhecimento fotográfico não poderá ter o mesmo valor probatório do reconhecimento de pessoas, observadas as dificuldades notórias de correspondência entre uma (fotografia) e outra (pessoa), devendo ser utilizado este procedimento somente em casos excepcionais, quando puder servir como elemento de confirmação das demais provas. Assevera ainda o autor que o reconhecimento de pessoa por meio de fitas de vídeo deve merecer maior força de evidência probatória, diante da possibilidade concreta de reconhecimento da imagem da pessoa, em posições diferentes, tudo a depender, porém, do caso concreto (2020, p. 547).

Guilherme de Souza Nucci leciona que a lei impõe, como é possível observar em análise aos incisos do artigo 226 do Código de Processo Penal, uma forma específica para que o reconhecimento seja produzido, não se podendo afastar desse contexto, asseverando que, para que se possa invocar ter havido o reconhecimento de alguém ou de algo, é fundamental a preservação da forma legal.

Todavia, o referido autor também menciona que, não tendo sido possível, o ato não foi perdido por completo, nem deve ser desprezado, tão somente não receberá o cunho de reconhecimento de pessoa ou coisa, podendo constituir-se numa prova meramente testemunhal, de avaliação subjetiva, que contribuirá ou não para a formação do convencimento do magistrado, logicamente, perdendo sua força, embora não seja desprezível (2020, p. 840).

De outro modo, Aury Lopes Júnior defende a nulidade do reconhecimento de pessoas realizado sem a estrita observância do procedimento previsto no artigo 226, do Código de Processo Penal, extraíndo-se o seguinte trecho que elenca tal posicionamento:

É uma perigosa informalidade quando um juiz questiona a testemunha ou vítima se “reconhece(m) o(s) réu(s) ali presente(s) como sendo o(s) autor(es) do fato”. Essa “simplificação” arbitrária constitui um desprezo à formalidade do ato probatório, atropelando as regras do devido processo e, principalmente, violando o direito de não fazer prova contra si mesmo. Por mais que os tribunais brasileiros façam vista grossa para esse abuso, argumentando às vezes em nome do “livre convencimento do julgador”, a prática pode ensejar nulidade (2020, p. 771).

Na mesma esteira, Tourinho Filho aduz que “o reconhecimento é, de todas as provas, a mais falha, a mais precária. A ação do tempo, o disfarce, más condições de observação, erros por semelhança, a vontade de se reconhecer, tudo, absolutamente tudo, torna o reconhecimento uma prova altamente precária” (2011, p. 380).

Mariângela Tomé Lopes entende que o descumprimento do rito legal para a realização do reconhecimento acarreta a sua nulidade, asseverando que para que o procedimento seja realizado, há de se observar suas fases, pois todas são necessárias para assegurar a eficiência do seu resultado (2011, p. 103). José Caferata Nores, no mesmo sentido, afirma ser uma arbitrariedade não observar as exigências para a realização do reconhecimento do culpado (NORES, 2005, 99-100 *apud* LOPES, 2011, p. 104).

Lara Teles Fernandes, por sua vez, sustenta não ser possível conceber as regras previstas no artigo 226, do CPP, como meras sugestões do legislador, sendo crucial que haja uma difusão das principais causas de erros no tocante ao reconhecimento, de modo a redimensionar o posicionamento da jurisprudência pátria (2019, p. 219). Também, nesse sentido, Gustavo Henrique Badaró assevera que a validade do procedimento de reconhecimento está condicionada à observância dos requisitos legais (2021, p. 579).

Em obra clássica, Hélio Tornaghi assevera que “jamais, portanto, poderia aceitar-se como *reconhecimento* a identificação de uma pessoa insulada, sòzinha”. Conclui, entretanto, que, ainda que o reconhecimento seja feito sem as formalidades, isso não impede

que o juiz conclua pela existência do crime por outros elementos. Em suma, o autor sintetiza: “A forma se exige para a existência do *reconhecimento*; a inobservância da forma acarreta a inexistência *dêste* ato, mas não a inexistência de todo e qualquer ato. E se o outro ato praticado convence o juiz, não é possível dizer que êle não está convencido” (TORNAGHI, 1959, p. 12).

À vista de todo o exposto, afastando a posição jurisprudencial majoritária que se estende há tempos, como demonstrado, o Superior Tribunal de Justiça e a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal evoluíram e se alinharam ao entendimento majoritário da doutrina.

Nessa perspectiva, corroborando com o novo entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça – e agora endossado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal –, de modo a evitar condenações errôneas, William Ceconello e Lilian Stein concluem que “implementar procedimentos que assegurem um reconhecimento justo, e assim prevenir um falso reconhecimento, permanece um desafio que pode ser superado através do diálogo entre pesquisas científicas e a prática do sistema de justiça” (CECCONELLO; STEIN, 2020. p. 183).

Apesar disso, no próximo tópico, o presente estudo abordará a aplicação prática do artigo 226 do Código de Processo Penal pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sendo possível constatar que, excepcionalmente, o E. Tribunal se posiciona pela obrigatoriedade de se observar o procedimento estabelecido pelo supramencionado artigo de lei.

A APLICAÇÃO DO ARTIGO 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

O presente estudo, implementado para realizar uma pesquisa empírica sobre a aplicabilidade do artigo 226 do Código de Processo Penal, pautou-se em julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo, o maior Tribunal do Brasil (TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2014) e maior Tribunal do Mundo em volume de processos (BRASIL, s.d.). A escolha da pesquisa, então, justifica-se exatamente pela magnitude e tamanho do Tribunal. Para tanto, o recorte utilizado foi de 01 de novembro de 2021 até 16 de novembro de 2021, utilizando-se do termo “reconhecimento pessoal”, selecionando-se apenas as Câmaras que julgam Direito Criminal. Ao total, foram encontrados 185 (cento e oitenta e cinco) julgados.

Em sua grande maioria, a nulidade por inobservância do artigo 226 do Código de Processo Penal é afastada pelo entendimento de que o dispositivo é mera recomendação, de

forma que deve ser cumprido apenas se possível. Utilizam-se, basicamente, de julgados antigos que não mais refletem a compreensão externada atualmente sobre o dispositivo legal em questão, sobretudo pelo Superior Tribunal de Justiça.

De toda pesquisa realizada, 77 (setenta e sete) acórdãos enfrentaram o tema relativo ao descumprimento do artigo 226 do Código de Processo Penal e suas possíveis consequências. E, como dito, salvo três exceções, todos os acórdãos afastaram a nulidade suscitada – pelos motivos expostos alhures. Uma das exceções é o acórdão de lavra do Desembargador Marcos Alexandre Coelho Zilli, julgado à unanimidade perante a 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo. No julgado, extraem-se trechos que demonstram a necessidade de observância do dispositivo mencionado (BRASIL, 2021c):

A vítima compareceu em delegacia nos dias seguintes e reconheceu o acusado por meio de uma fotografia. O reconhecimento pessoal foi inviabilizado durante a fase de inquérito porquanto o acusado não foi localizado. Em audiência de instrução, realizada por meio virtual, por motivos que não foram suficientemente esclarecidos, não se procedeu ao reconhecimento pessoal, em que pese estivesse o réu participando da audiência.

Assim, muito embora as provas colhidas ao longo da instrução fixem um juízo de certeza quanto a prática do roubo, a autoria resta duvidosa, sobretudo diante da ausência de reconhecimento pessoal válido e seguro, à luz do disposto no art. 226 do Código de Processo Penal.

Ao cabo, a 16ª Câmara de Direito Criminal absolveu o apelante, porquanto, ao considerar que o reconhecimento foi feito sem as formalidades, só restaria o reconhecimento fotográfico feito em Delegacia, inapto a alcançar a condenação.

Também a 16ª Câmara Criminal, desta vez sob a relatoria do Desembargador Leme Garcia, entendeu pela impossibilidade de condenação apenas com o reconhecimento fotográfico, especialmente porquanto não ratificado em Juízo sob as formalidades do artigo 226 do Código de Processo Penal: “A respeito do reconhecimento fotográfico, o atual entendimento das Cortes Superiores vai no sentido de que ele deve ser confirmado por outras provas ou referendado em juízo, além de ter de seguir, de forma obrigatória, os requisitos estipulados pelo artigo 226, do Código de Processo Penal.” (BRASIL, 2021b).

Outro caso foi julgado, muito similar, perante a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, sob relatoria do Desembargador Luiz Fernando Vaggione. Neste caso, extrai-se – para o fim que se destina esta pesquisa – os seguintes trechos do acórdão (BRASIL, 2021d):

Nota-se, portanto, que os reconhecimentos realizados, na delegacia e em juízo, sem observância ao disposto no artigo 226 do Código de Processo Penal, são os únicos e frágeis elementos de prova da autoria delitiva.

(...)

Destarte, conforme se observa dos precedentes acima colacionados, o reconhecimento realizado na delegacia, sem observância do previsto no artigo 226 do Código de Processo Penal, ainda que ratificado em juízo, também, sem a observância do dispositivo processual, não tem o condão de, por si só, conduzir à prolação de édito condenatório.

O acórdão conclui pela absolvição do recorrente, por falta de provas, aplicando o princípio do *in dubio pro reo*. E o julgado – isto chama atenção –, ao rechaçar o reconhecimento realizado sem as formalidades, cita precedentes recentes do Superior Tribunal de Justiça (fls. 13-16), nos quais a compreensão exarada é de que os ditames trazidos pelo artigo 226 do Código de Processo Penal devem ser seguidos.

Os demais acórdãos, totalizando 108 (cento e oito), fugiam do escopo desta pesquisa. Pouquíssimos não abordavam a temática. Exemplos são de julgados em que o acórdão menciona jurisprudência em que havia o trecho “reconhecimento pessoal”, mas a matéria de fundo não versava sobre reconhecimento pessoal, ou, além desses poucos, são os que, embora enfrentem a temática do reconhecimento pessoal, não abordam a temática da nulidade por violação ao artigo 226 do Código de Processo Penal, analisando, por exemplo, questões de absolvição – por outros elementos – ou dosimetria.

UM CAMINHO PARA O RECONHECIMENTO CIDADÃO.

Como alinhavado, a evolução na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, embora já seja considerada pacífica, permanece sem impactar, de maneira sistemática, os julgados decorrentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, violando a segurança jurídica. Daí a necessidade de implementar parâmetros, que limitem e impeçam aos atores judiciais que deixem de aplicar a compreensão do Superior Tribunal de Justiça.

O instrumento pelo qual a tese de necessidade de observância do procedimento legal para o reconhecimento fixada pela Corte Cidadã foi o *habeas corpus*, que não carrega consigo a vinculação obrigatória aos Tribunais. Por isso, tendo em vista que o Código de Processo Civil disciplina dispositivos que podem acabar por, de alguma forma, obrigar que os Tribunais sigam o entendimento, é necessária a fixação da tese, já pacificada pela duas Turmas que julgam Direito Criminal do Superior Tribunal de Justiça, em sede de recursos

repetitivos (artigos 928, inciso II e 1.036, ambos do Código de Processo Civil), para que incida o artigo 927, inciso III, do Código de Processo Civil:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

(...)

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos.

Essa questão acabará por diminuir a demanda de litígios que discutam essa tese no Superior Tribunal de Justiça, já que, ao se apresentar recurso especial, determinar-se-á que a Câmara Criminal responsável pelo julgamento da apelação realize o juízo de retratação e aplique a tese firmada em sede de recurso repetitivos (artigo 1.030, inciso II, do Código de Processo Civil):

Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:

(...)

b) a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos;

Mencionada contribuição, de ordem prática, pensamos ser imperiosa para manter a estabilidade da jurisprudência (artigo 927 do Código de Processo Civil) e manter a segurança jurídica. A respeito desse ponto, e especialmente sobre a importância do recurso repetitivo, de rigor, as lições da doutrina:

Além disso, como bem assevera Paulo Lucon, o novo CPC apresenta clara tendência a valorizar os precedentes judiciais, visando sobretudo a pôr termo às sucessivas discussões sobre temas repetitivos, em benefício da segurança jurídica e da previsibilidade das decisões judiciais. Nesse sentido, o julgamento antecipado do pedido deve igualmente ocorrer nos casos em que, desnecessária a instrução probatória, tenha sido a questão jurídica objeto de apreciação pelos tribunais superiores, em especial nos julgamentos de recursos repetitivos, cuja *ratio decidendi* então fixada deverá ser observada em casos futuros; ou, ainda, no julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas, outra inovação do CPC, para fazer frente à litigiosidade de massa. (TUCCI, p. 277)

Inclusive, verifica-se que o Recurso Especial nº 1.953.602 – SP (2021/0257587-6) foi recebido, perante o Superior Tribunal de Justiça, como representativo de controvérsia, nos termos aqui expostos, para definição do alcance da determinação contida no artigo 226 do Código de Processo Penal, bem como se a sua inobservância configura nulidade do ato processual. Na ocasião, registrou-se que pesquisa à base de jurisprudência da Corte Superior traz cerca 176 acórdãos e 2.878 decisões monocráticas sobre o tema, proferidos por Ministros de ambas as turmas com competência criminal, bem como que a temática foi destaque no Informativo de Jurisprudência nº 684, de 5 de fevereiro de 2021, a confirmar a necessidade de uniformização e parametrização a respeito do tema (BRASIL, 2021e).

Isso posto, devem ser trazidas considerações para aprimoramento da tese relativa ao descumprimento das regras do artigo 226 do Código de Processo Penal.

O artigo 226 do Código de Processo Penal é norma processual, de modo que deve garantir o poder-dever do Estado de punir o criminoso (efetividade do processo), mas, ao mesmo tempo, é garantia ao acusado de que, submetido a processo crime, terá todas as garantias respeitadas, em consonância com o devido processo legal (face garantista do processo). Nesse sentido:

A conjugação da necessidade de aplicação da sanção penal, imprescindível para a subsistência da própria sociedade, com o imperativo de se respeitar direitos inerentes à pessoa humana resulta na definição de um processo penal que cumpra, a um só tempo, duas aspirações igualmente relevantes.

De um lado, suas fórmulas e ritos materializarão as garantias insculpidas na Constituição Federal, servindo de anteparo ao acusado e de limite à atuação estatal. É a face garantista do processo penal. De outro, essas mesmas fórmulas e ritos deverão servir ao descortino do fato criminoso e de sua autoria, permitir ao juiz a aferição da culpabilidade do responsável, servindo, enfim, à concretização da resposta penal. Cuida-se, agora, da efetividade do processo. (PIMENTEL, 2006, p. 23)

O reconhecimento pessoal, portanto, deve ser, obrigatoriamente, realizado com base nas diretrizes do artigo 226 do Código de Processo Penal, mesmo que em sede de inquérito policial. Eventual impossibilidade deverá ser justificada, por escrito, pelo órgão estatal, de maneira concreta, sem manejo de termos genéricos, à luz do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal e artigo 315, § 2º, inciso III, do Código de Processo Penal. A ausência de motivação, ou aquela que se der de maneira inidônea, causará a nulidade do ato (artigo 564, inciso IV, do Código de Processo Penal).

E, também, o reconhecimento pessoal realizado na Delegacia, sem a posterior ratificação sob o crivo do contraditório – utilizando-se de todos os ditames legais –, impossibilitará a condenação (artigo 155 do Código de Processo Penal). Aliás, o reconhecimento em Delegacia, feito sem qualquer formalidade, ainda que ratificado em Juízo, é insuficiente para prolação de decreto condenatório, porquanto não há convalidação do vício.

Logo, a realização do procedimento sem os parâmetros processuais tornará inválido o reconhecimento pessoal realizado, de forma que a eventual condenação só poderá ser prolatada se pautada em elementos independentes e não contaminados pela nulidade decorrente do ato de reconhecimento.

Em relação ao reconhecimento fotográfico, é também necessário que os ditames do artigo 226 do Código de Processo Penal sejam seguidos, sob pena de eiva do ato realizado. É inviável, também, que se enviem fotos do suspeito diretamente à vítima, porquanto inobservados os requisitos legais.

Esses pontos apresentados, cuja implementação, pensamos, aprimorará a justiça social e as garantias cidadãos no Brasil, causarão impactos e evitarão injustiças contra pessoas que se veem condenadas sem a observância dos requisitos legais. Entretanto, importante registrar que, ainda que todas as recomendações sejam seguidas, como a memória humana é falível, podem, lamentavelmente, ocorrer injustiças (MATIDA; CECCONELLO, 2021, p. 425). Por isso, os autores advertem pela necessidade de que a condenação seja amparada em outros elementos probatórios extraídos de fontes independentes.

CONCLUSÃO.

Ainda existem muitas questões a serem aprimoradas no sistema de justiça criminal para que, cada vez menos, alcancemos o indesejado: a condenação de um inocente. Entretanto, e com o aparato processual e prático que hoje possuímos, devemos cumprir todas as formalidades para que a prática do ato não viole os direitos da cidadania, afinal, o reconhecimento de pessoas é importantíssimo meio de prova para buscar a autoria delitiva no Brasil.

Entretanto, a memória humana é falível. E, por isso, é necessário ter cautela. Mostrar, logo após o crime, a foto de um sujeito, sobretudo num país carregado por desigualdades sociais como o nosso, à vítima, independentemente de quem seja, faz com que haja grandes chances daquela pessoa ser reconhecida, ainda que não tenha qualquer vínculo com o crime.

Daí a necessidade de aprimoramento e aparelhamento das nossas instituições. O artigo 226 do Código de Processo Penal, passadas décadas, não sofreu qualquer reforma pelo legislador. A meta deve ser, portanto, com extremo rigorismo, a observância de todas as formalidades lá implementadas, sob pena de invalidade do auto de reconhecimento.

Essas premissas nos conduzirão a um processo criminal cidadão, porquanto respeitado o procedimento processual previsto. Será eficaz, pois tornará o sistema mais competente para buscar aquele que foi efetivamente o autor do crime. Diminui-se, portanto, a possibilidade de erro induzida pela memória humana.

Logo, em efetiva consonância com o que entendeu o Superior Tribunal de Justiça e a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, são necessárias balizas, inclusive vinculantes, tais como aquelas expostas aqui, de forma a manter a jurisprudência estável (artigo 927 do Código de Processo Civil) e garantir a segurança jurídica. Propomos, então, os seguintes parâmetros:

1. Todas as formalidades do artigo 226, do Código de Processo Penal, devem ser seguidas de maneira obrigatória, inclusive em sede policial – ainda que o reconhecimento seja fotográfico;
2. Eventual impossibilidade de cumprir as determinações deve ser justificada pelo órgão estatal, de maneira concreta e escrita, sem manejo de termos genéricos, à luz do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal e artigo 315, § 2º, inciso III, do Código de Processo Penal, sob pena de nulidade (artigo 564, inciso IV, do Código de Processo Penal);
3. Na hipótese de, em sede inquisitorial, não serem observados os requisitos, é inviável a condenação, ainda que o procedimento tenha sido seguido em Juízo, salvo se existirem elementos independentes e não contaminados aptos a demonstrar, de maneira inequívoca, a materialidade e a autoria do delito;
4. Impossibilidade de que, quando do reconhecimento fotográfico, a foto do suspeito seja enviada diretamente à vítima, porquanto não observados os requisitos legais e porque possivelmente a induzirá ao erro judicial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 9ª Edição. São Paulo: Thompson Reuters, 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental em Agravo em Recurso Especial nº 1.054.280 - PE (2017/0029361-0)*. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Julgado em: 06 de junho de 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/471974605/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-1054280-pe-2017-0029361-0/inteiro-teor-471974615>. Acesso em: 02 de março de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.444.634 - SP (2013/0399805-0)*. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik, Julgado em: 01 de junho de 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/471978147/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1444634-sp-2013-0399805-0>. Acesso em: 02 de março de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 598.886*. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Julgado em: 27 de outubro de 2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1206308161/habeas-corpus-hc-598886-sc-2020-0179682-3/inteiro-teor-1206308173#:~:text=Ministro%20Relator.&text=O%20SENHOR%20MINISTRO%20ROGERIO%20SCHIETTI,parcialmente%20da%20Apela%C3%A7%C3%A3o%20Criminal%20n.> Acesso em: 03 de março de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 652.284*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em: 27 de abril de 2021. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1205807919/habeas-corpus-hc-652284-sc-2021-0076934-3/inteiro-teor-1205808137>. Acesso em: 03 de março de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.953.602 – SP* Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?-tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=139954546&tipo_documento=documento&num_registro=202102575876&data=20211119&formato=PDF.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.955/RJ*. Relator: Ministro José Cândido de Carvalho Filho. Julgado em: 18 de dezembro de 1990. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/597012/recurso-especial-resp-1955-rj-1990-0000336-9/inteiro-teor-100354892>. Acesso em: 02 de março de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 14.428 – SE (2003/0067224-8)*. Relator: Ministro Paulo Gallotti. Julgado em: 15 de fevereiro de 2007. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21825/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-14428-se-2003-0067224-8>. Acesso em: 02 de março de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 42.957*. Relator: Ministro Aliomar Baleeiro. Julgado em: 17 de maio de 1966. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1430048>. Acesso em: 06 de março de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 70.936. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em: 08 de novembro de 1994. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1430048>. Acesso em: 06 de março de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 74.704. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 19 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1576900>. Acesso em: 06 de março de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 75.331. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 02 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1670755>. Acesso em: 06 de março de 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação* nº 0029227-89.2017.8.26.0050. Relator Desembargador Leme Garcia. Julgado em: 03 de novembro de 2021. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=0029227-89.2017&foroNumeroUnificado=0050&dePesquisaNuUnificado=0029227-89.2017.8.26.0050&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO#?cdDocumento=27>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação* nº 1500577-43.2019.8.26.0484. Relator: Desembargador Marcos Alexandre Coelho Zilli. Julgado em: 11 de novembro de 2021. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=1500577-43.2019&foroNumeroUnificado=0484&dePesquisaNuUnificado=1500577-43.2019.8.26.0484&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO#>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação* nº 01506867-11.2019.8.26.0602. Relator: Desembargador Luiz Fernando Vaggione. Julgado em: 10 de novembro de 2021. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=1506867-11.2019&foroNumeroUnificado=0602&dePesquisaNuUnificado=1506867-11.2019.8.26.0602&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO#>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Consulta de Jurisprudência*. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?gateway=true>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Quem somos?* Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/QuemSomos#:~:text=O%20Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20de,mundo%20em%20volume%20de%20processos>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2022.

CECCONELLO, William W.; STEIN, Lilian M. Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos. *Avances en Psicología Latinoamericana*, v. 38, n. 1, 2020. p. 183. Disponível em: <https://revistas.urosario.edu.co/xml/799/79963266012/html/index.html>. Acesso em: 05 de março de 2022.

FERNANDES, Lara Teles. *Standards probatórios e epistemologia jurídica: uma proposta interdisciplinar para a valoração do testemunho no processo penal* – 2019. Disponível em: https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/40792/1/2019_dis_ltfernandes.pdf. Acesso em: 05 de março de 2022.

LOPES, Mariângela Tomé. *O reconhecimento como meio de prova. Necessidade de reformulação do direito brasileiro*. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-10092012-160242/publico/TESE_DOUTORADO_FINAL_MARIANGELA_TOME_LOPES.pdf. Acesso em: 05 de março de 2022.

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

MATIDA, Janaina; CECCONELLO, William Weber. Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, [S. l.], v. 7, n. 1, p. 409, 2021. DOI: 10.22197/rbdpp.v7i1.506. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/506>. Acesso em: 5 mar. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito processual penal*. 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 24ª edição. São Paulo: Atlas, 2020.

PIMENTEL, José Eduardo de Souza. *Processo penal garantista e repressão ao crime organizado: a legitimidade constitucional dos novos meios operacionais de investigação e prova diante do princípio da proporcionalidade*. 2006. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006.

RODAS, Sérgio. Reconhecimento fotográfico que não segue CPP é nulo, diz Gilmar Mendes. 23 de novembro de 2021. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-23/reconhecimento-fotografico-nao-segue-cpp-nulo-gilmar>. Acesso em: 06 de março de 2022.

STF absolve homem condenado por roubo com base em reconhecimento fotográfico. 23 de fevereiro de 2022. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-23/stf-absolve-condenado-base-reconhecimento-fotografico>. Acesso em: 06 de março de 2022.

Tribunal de Justiça de São Paulo completa 140 anos. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-fev-03/maior-mundo-tribunal-justica-sao-paulo-completa-140-anos>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2022.

TALON, Evinis. *O reconhecimento de pessoas: por que as autoridades tratam o art. 226 do CPP como mera recomendação?* Disponível em: <https://evinistalon.jusbrasil.com.br/artigos/492181407/o-reconhecimento-de-pessoas-por-que-as-autoridades-tratam-o-art-226-do-cpp-como-mera-recomendacao>. Acesso em: 02 de março de 2022.

TORNAGUI, Hélio. *Instituições de processo penal – volume V*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal – volume 3*. 33ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

TUCCI, José Rogério Cruz E. **Comentários ao Código de Processo Civil – volume VII (arts. 318-368)**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. 9788553602124. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553602124/>. Acesso em: 02 mar. 2022

A GUINADA NA DENSIFICAÇÃO NORMATIVA DO ART 226 DO CPP

DE MERO ACONSELHAMENTO DO LEGISLADOR À “GARANTIA MÍNIMA PARA QUEM SE VÊ NA CONDIÇÃO DE SUSPEITO DA PRÁTICA DE UM CRIME”

Gina Ribeiro Gonçalves Munizi¹

Resumo: O presente artigo tem por objetivo demonstrar, mediante o estudo de doutrina, jurisprudência e pesquisas empíricas, que existe um forte vínculo entre decisões injustas e reconhecimentos equivocados. Os avanços científicos da psicologia do testemunho apontam a importância de se seguir as diretrizes do art. 226 do CPP, ao mesmo tempo em que sinalizam que o pleno cumprimento dessas regras, ainda quando a vítima/testemunha age de boa-fé, não é suficiente para aniquilar as chances de reconhecimentos desacertados, porque a memória humana é falha. Na esteira do que restou preconizado nos autos do HC nº 598.886/SC, as formalidades do art. 226 do CPP, outrora considerada mera recomendação do legislador, “constituem garantia mínima para quem se vê na condição de suspeito da prática de um crime”.

Palavras-chave: psicologia do testemunho; processo penal; reconhecimento de pessoas; decisões equivocadas; art. 226 do Código de Processo Penal brasileiro.

Abstract: *This article aims to demonstrate, through the study of doctrine, jurisprudence and empirical research, that there is a strong link between unfair decisions and mistaken recognitions. Scientific advances in the psychology of testimony point to the importance of following the guidelines from article 226 of the Brazilian Penal Procedure Code (CPP), at the same time that it signals that the full compliance with these rules, even when the victim/witness acts in good faith, is not enough to annihilate the chances of mistaken recognitions because human memory is flawed. As is recommended in the precedent HC nº 598.886/SC, the formalities of article 226 of the CPP, once considered a mere recommendation by the legislator, “constitute a minimum guarantee for those who are suspects of committing a crime”.*

Keyword: *psychology of testimony; criminal proceedings; recognition of persons; judicial mistakes; article 226 of Brazilian Penal Procedure Code.*

.....

1 Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra, Defensora Pública do estado de Pernambuco.
E-mail: ginabrg@hotmail.com

IMPOSTAÇÃO DO PROBLEMA: A CONEXÃO ENTRE O RECONHECIMENTO DE PESSOAS E DECISÕES INJUSTAS

No processo penal brasileiro, para um acusado ser desconstituído da sua condição de inocente, é necessária a produção de provas lícitas e incriminadoras que sejam capazes de indicar a autoria e materialidade delitiva para além de qualquer dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*).

Na seara probatória, especialmente nos crimes de competência da justiça estadual, usualmente caracterizados por um incipiente acervo probatório de perícias ou elementos documentais, o depoimento testemunhal costuma ser a principal prova. Nos referidos processos, sobreleva-se ainda mais a importância da oitiva da vítima/testemunha, quando é acompanhada do procedimento de reconhecimento de pessoas, não obstante a fragilidade da referida prova, a qual reforça a relevância da *doxa* no interior da *episteme* (WARAT, 1982, p. 52) que se denomina de direito probatório.

A memória humana é o epicentro do reconhecimento de pessoas. Estudos da psicologia do testemunho que serão referenciados ao longo do presente trabalho concluem que a memória sofre interferências de diversas naturezas, as quais podem impactar no registro e/ou armazenamento do acontecimento, conduzindo a falsas memórias.

Nesse contexto processual, não é incomum a ocorrência de falsos reconhecimentos que conduzem a deletérios erros judiciais, que vão desde a decretação de uma prisão injusta à condenação de um inocente. Tal constatação não implica concluir pela necessidade de se defender a irrelevância dessa modalidade de prova, mas serve como indicativo da importância das formalidades traçadas no art. 226 do Código de Processo Penal brasileiro (CPP).

O mapeamento das estatísticas do Innocence Project nos Estados Unidos apontou que aproximadamente 70% das condenações revertidas em sede de revisões criminais se embasavam em falsos reconhecimentos² e evidencia empiricamente a existência de uma relação relevante entre o erro judiciário e os processos em que o reconhecimento de pessoas é a prova preponderante.

No Brasil, embora o tema ainda careça de estatísticas mais amplas, já temos algumas pesquisas cujos resultados corroboram o vínculo entre decisões judiciais desacertadas

.....

2 Disponível em: <https://innocenceproject.org/eyewitness-identification-reform/>. Acesso em 06/05/2022.

e reconhecimentos equivocados. Segundo o relatório realizado pelo Conselho Nacional das Defensoras e Defensores Públicos-Gerais (CONDEGE) e pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (DPE-RJ), no período compreendido entre 2012 a 2020, reconhecimentos fotográficos embasaram ao menos 90 prisões injustas³.

Em maio de 2022, a DPE-RJ lançou novo relatório sobre reconhecimento fotográfico no âmbito dos processos criminais. Foram analisados 242 processos de 342 réus, em 32 comarcas, no período de janeiro a junho de 2021, restando constatado que apenas 27% dos acusados foram absolvidos. A pesquisa aponta ainda que, desse universo de réus que foram declarados inocentes ao final do processo, 83% teve prisão preventiva decretada em seu desfavor no curso da persecução, com duração média de um ano e dois meses⁴.

Os referidos números refletem-se em recorrentes notícias publicadas na imprensa a respeito de decisões reformadas após a constatação de ocorrência de reconhecimentos equivocados. Citamos o exemplo paradigmático de Tiago Vianna Gomes, um jovem negro de 27 anos, que, após ter sua foto incluída no famigerado “álbum de suspeitos”, recebeu ao menos oito acusações diferentes por crime de roubos, todas embasadas em reconhecimento fotográfico⁵. Vale ressaltar que, mesmo com a repercussão nacional da injustiça, a foto do Tiago somente foi excluída do “álbum de suspeitos” após a impetração de mandando de segurança pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro⁶.

O “álbum de suspeitos” é um dos instrumentos da sanha punitivista. No afã de se combater a criminalidade, as formalidades do art. 226 do CPP são consideradas verdadeiros obstáculos à realização da atividade punitiva estatal, e, por conseguinte, há a manutenção de entendimentos enviesados acerca da relevância de seus comandos.

Ao se defender o esvaziamento normativo do art. 226 do CPP e se permitir o escamoteamento das formalidades legais do reconhecimento de pessoas, como forma de suplantar indesejáveis lacunas de punibilidade, torna-se questionável se o Estado não está a falhar na sua função precípua de proteção dos direitos fundamentais.

Analisar as distintas percepções acerca do art. 226 do CPP e as consequências das dicotômicas visões configuram o objeto deste trabalho, cuja problemática pode ser sintetizada nos seguintes questionamentos: o descumprimento das formalidades do art. 226 do

.....
3 Disponível em: <http://condege.org.br/2021/04/19/relatorios-indicam-prisoas-injustas-apos-reconhecimento-fotografico/>. Acesso em 13/05/2022.

4 Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=xjcGNJYG0wU>. Acesso em 12/05/2022.

5 Disponível em: <https://iddd.org.br/jovem-negro-condenado-apos-falso-reconhecimento-tera-caso-julgado-pelo-stj/>. Acesso em 13/05/2022.

6 Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/17942674>. Acesso em 13/05/2022.

CPP conduz à invalidade da prova de reconhecimento ou trata-se de mera irregularidade, sem consequências jurídicas? Pode uma prisão preventiva ou sentença condenatória ser embasada em um reconhecimento feito à revelia dos comandos legais? O reconhecimento do réu, realizado em estrita obediência às regras do devido processo penal, tem força probante, por si só, para lastrear um decreto condenatório?

O iter deste trabalho inicia-se com a evolução jurisprudencial acerca das formalidades do art. 226 do CPP, outrora consideradas meras recomendações do legislador e atualmente alçadas a “garantia mínima para quem se vê na condição de suspeito da prática de um crime”, ocasião em que se demonstrará que o diálogo entre o processo penal e a psicologia do testemunho foi fundamental para essa viragem jurisprudencial.

Na sequência, passa-se a expor que, malgrado o atual entendimento dos nossos tribunais superiores sobre a força cogente das regras do art. 226 do CPP, a prova do reconhecimento de pessoas continua sendo produzida à revelia das exigências legais no cotidiano da justiça penal brasileira.

Por fim, demonstra-se, mediante as evidências científicas da psicologia do testemunho, as consequências que a maleabilidade da memória humana pode ensejar no ato de reconhecimento de pessoas e discorre-se sobre como essa modalidade de prova deve ser produzida e valorada na persecução penal.

A atualidade e importância da discussão tratada neste artigo resta patente pela necessidade de mitigar o risco de que falsos reconhecimentos conduzam a prisões e/ou condenações de inocentes.

A VIRAGEM JURISPRUDENCIAL ACERCA DAS FORMALIDADES DO ARTIGO 226 DO CPP: DE MERA RECOMENDAÇÃO À FORÇA COGENTE

O reconhecimento de pessoas é regulamentado pelo art. 226 do CPP. Esse dispositivo legal encontra-se vigente desde 1941, mas sua eficácia processual somente foi ratificada em 2020, porquanto era considerado pela jurisprudência como mero aconselhamento do legislador, o que significava, em termos práticos, que a inobservância das regras ali contidas não trazia consequências jurídicas.

O art. 226 do CPP estabelece formalidades nítidas e inteligíveis para que o reconhecimento de pessoas seja conduzido de maneira uniforme e objetiva pelas autoridades

sujeitas ao princípio da legalidade. Contudo, mesmo diante dessa explícita densidade normativa (SARLET, 2001, p. 269), somente com o julgamento do emblemático HC nº 598.886/SC⁷, operou-se um câmbio paradigmático e a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) passou, desde então, a entender pela força cogente do art. 226 do CPP, cujas “formalidades constituem garantia mínima para quem se vê na condição de suspeito da prática de um crime”, nas palavras do voto condutor do Min. Schietti. Essa orientação também se tornou o posicionamento da Quinta Turma do STJ (HC 591.920/RJ⁸).

No âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), também houve salutar inflexão do entendimento acerca do art. 226 do CPP. Colaciona-se trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, nos autos do RHC 206.846⁹:

Esta Corte tem avançado no sentido de ressaltar a importância de respeito às formalidades previstas na legislação para a produção da prova no reconhecimento de pessoas. Trata-se de postura necessária para buscar maior confiabilidade da informação inserida no processo judicial e, assim, reduzir os riscos de condenação de pessoas inocentes. Desse modo, consolida-se que o regime procedimental determinado no art. 226 do CPP não é mera recomendação, mas regime necessário à confiabilidade da informação dependente da memória, como o reconhecimento. Assim, a desconformidade à tipicidade processual deve acarretar a nulidade do ato e sua desconsideração para fins decisórios.

A viragem jurisprudencial acerca da matéria fundamenta-se, para além de outras razões que serão apresentadas ao longo deste artigo, no reconhecimento de que a memória humana não funciona como uma máquina fotográfica. É possível, mesmo que a vítima/testemunha aja de boa-fé, que ocorram falsos reconhecimentos decorrentes da maleabilidade de sua memória. Destarte, o Judiciário precisa seguir parâmetros rígidos para minimizar as chances de decisões injustas.

É bem verdade que o rigor na exigência do reconhecimento de pessoas também pode impedir a valoração de alguns reconhecimentos que identificaram, de fato, o verdadeiro culpado, resultando, pois, na impunidade do réu. Todavia, em um processo penal assen-

.....

7 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. HC 598.886/SC. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, julgado em 27/10/2020, Dje 18/12/2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/27102020%20HC598886-SC.pdf>. Acesso em 05/05/2022.

8 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. HC 591920/RJ. Relator Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 22/06/2021, Dje 25/06/2021 Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1248773486/habeas-corpus-hc-591920-rj-2020-0152878-6/inteiro-teor-1248773499>. Acesso em 05/05/2022.

9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. RHC 206846/SP. Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 22/02/2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15348040516&ext=.pdf>. Acesso em 06/05/2022.

tado no valor do indivíduo e de sua liberdade, naturalmente melhor inocentar um culpado a condenar um inocente.

Consoante determina o art. 226 do CPP, o ato de reconhecimento perpassa por duas fases: a prévia descrição da pessoa a ser reconhecida (inciso I) e a sua posterior identificação perante outras pessoas que tenham com ela características semelhantes (inciso II).

O primeiro passo para o ato de reconhecimento é a descrição prévia do suspeito. O ideal é que a vítima/testemunha faça uma narrativa espontânea e mais detalhada possível sobre a pessoa a ser identificada. Nessa etapa, é fundamental que sejam relatadas também as circunstâncias fáticas e emocionais que envolveram o contato visual com o acusado, como, por exemplo, condições de iluminação, tempo, distância, uso de drogas e/ou álcool, emprego de arma de fogo e nível de estresse (ÁVILA, 2013, p.132). Eventuais perguntas direcionadas à vítima/testemunhas devem ser “abertas” para evitar qualquer sugestionamento de resposta.

Finda a descrição do suspeito, o reconhecimento deverá ser realizado na forma *line-up*. O método mais apropriado, consoante a literatura científica, é o perfilamento justo: para além do acusado ser apresentado ao lado de outras pessoas com características físicas semelhantes, é importante também que os distraidores sejam sabidamente inocentes (MATIDA; CECCONELLO, 2021).

A tipicidade procedimental visa evitar qualquer indução que comprometa o resultado do reconhecimento. Dessarte, pode-se dizer que as regras do art. 226 do CPP desempenham uma “função epistêmica”, pois, “além de possibilitar o funcionamento de garantias institucionais do processo, como o contraditório e ampla defesa, também asseguram um adequado conhecimento dos fatos” (BADARÓ 2019, p.196).

Todavia, a (infeliz) redação do inc. II do art. 226 do CPP preceitua que “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” (grifos nossos). Uma interpretação literal desse artigo autorizaria concluir pela não obrigatoriedade do alinhamento.

Pensa-se que o melhor cânone hermenêutico para a concretização do art. 226 do CPP é considerar o alinhamento justo como garantia mínima do acusado. Do contrário, estar-se-ia violando a teleologia da norma. Ora, o objetivo das formalidades que circundam o ato de reconhecimento é minimizar as chances de equívocos, e, nesse sentido, as evidências científicas demonstram que a prática do *line-up* deve preponderar sobre o *show-up*, pois essa modalidade de reconhecimento gera inevitável sugestionamento (STEIN; ÁVILA, 2015, p. 28).

Fala-se em reconhecimento na modalidade *show-up* quando as autoridades apresentam uma única pessoa para ser ou não reconhecida pela vítima/testemunha. Em contrapartida, na modalidade *line-up*, são apresentadas duas ou mais pessoas, dentre as quais necessariamente estarão presentes terceiros inocentes na qualidade de distraidores (*foils* ou *fillers*) e não há obrigatoriedade da presença do acusado no alinhamento. Assim, à vítima/testemunha restam diversas alternativas de reconhecimento, inclusive a possibilidade de concluir que o suspeito não está entre aquelas pessoas que lhe foram apresentadas.

Ressalta-se ainda que, justamente para evitar que a vítima/testemunha se sinta obrigada a apontar alguém, é importante que ela seja avisada que o autor do crime não necessariamente integra o alinhamento (CECCONELLO; AVILA; STEIN, 2021, p. 361).

Esse alerta minimiza a chance de reconhecimentos equivocados, conforme atestaram experimentos científicos realizados por Malpass e Devine em 1981, cuja pesquisa empírica concluiu que reconhecimentos na modalidade *line-up*, sem a presença do acusado (*culprit-absent lineup*), resultaram em 78% de erros quando os identificadores não foram informados que o autor do crime não necessariamente integraria o alinhamento, ao passo que o índice de desacertos diminuiu para 33% quando houve o devido aviso prévio. Em outro panorama – no qual o suspeito integrou o alinhamento, e mesmo assim foi realizado o alerta de não obrigatoriedade de sua presença –, o percentual de reconhecimentos errados caiu para 13% (WELLS; SEELAU, 1995, p. 769).

A forma como o procedimento é concretizado interfere fortemente no seu resultado final, por isso “elementar que a confiabilidade do reconhecimento também deve considerar a pressão policial ou judicial (até mesmo manipulação) e a inconsciente necessidade das pessoas de corresponder à expectativa criada” (LOPES JR., 2019, p. 495). Ademais, tirar da vítima a responsabilidade de necessariamente apontar o autor do crime é uma forma de resguardar sua dignidade no processo penal, evitando sua famigerada sobrevivitização¹⁰.

Por fim, ainda no compasso do que preconiza o inc. II do art. 226 do CPP, é importante que, no alinhamento, a pessoa a ser reconhecida seja colocada “ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança”. Para além das semelhanças físicas, deve-se evitar que o suspeito esteja realçado de qualquer forma que induza o seu apontamento, a exemplo de estar algemado ou trajar vestes de presidiário. Essa formalidade também visa a evitar erros no reconhecimento, afinal, quando vigora uma discrepância entre distraidores e o suspeito, este finda por ser a única alternativa verossímil (FERNANDES L., 2020, p. 262).

.....
10 Fala-se em sobrevivitização ou vitimização secundária quando o tratamento dispensando às vítimas pela Justiça Penal é capaz de lhe trazer danos semelhantes ou superiores aos causados pela própria prática do crime.

Não se desconhece, vale salientar, que a realização de um perfilamento justo esbarra, por vezes, em dificuldades estruturais do Judiciário. Mas não cabe ao réu arcar com as falhas do sistema penal. É dever do Estado propiciar as condições necessárias para o regular desenvolvimento do (devido) processo penal: “o Estado que pretende legitimar a punição daqueles que violam a lei, não pode, para punir, violar seus próprios comandos legais” (PRADO; CASARA, 2012, p.71).

Diante do atual entendimento dos nossos tribunais superiores de que as formalidades do art. 226 têm força cogente, poder-se-ia pensar que o cumprimento de tais regras seria uma realidade no curso da persecução penal. Todavia, na prática, os reconhecimentos continuam sendo realizados ao arrepio da lei, como se no processo penal os fins pudessem justificar os meios. Prova disso é que, desde o julgamento do referido HC nº 598.886/SC, em outubro de 2020, até dezembro de 2021, foram contabilizados 28 acórdãos das 5ª e 6ª Turmas do STJ, bem como 61 decisões monocráticas, todos revogando prisão cautelar ou absolvendo o réu em decorrência da violação das regras sobre reconhecimento de pessoas¹¹.

Doravante, aponta-se nítidas violações às formalidades do art. 226 do CPP, que ocorrem corriqueiramente na práxis penal, e “estabelecem o absurdo de um sistema de justiça que, em todos os seus níveis de atuação, autonomiza-se em relação à lei” (RAPHAELLI; COSTA; MELO, 2021, p. 249).

Em regra, o primeiro contato da vítima/testemunha com o aparato punitivo estatal ocorre na delegacia de polícia. Levando-se em consideração que a memória humana é naturalmente afetada pelo decurso do tempo, o ideal é que o reconhecimento seja feito logo em sede investigatória, o mais próximo possível da prática delituosa. A questão torna-se problemática, todavia, porque comumente as regras do art. 226 do CPP são relegadas ao ostracismo pelas autoridades policiais.

Geralmente, despreza-se a prévia descrição do acusado, e o ato de reconhecimento limita-se à apresentação de um único suspeito (modalidade *show-up*), já apontado na delegacia como o provável autor do crime. Outras vezes, a fase da prévia descrição é (ilegalmente) substituída pela apresentação de uma fotografia do acusado (assim taxado pelas autoridades policiais) e, ato contínuo, a pessoa cuja foto foi apresentada à vítima/testemunha, é submetida ao ato de reconhecimento. O sugestionamento tende a conduzir

.....

11 Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/porta/p/Paginas/Comunicacao/Noticias/06022022-Reconhecimento-de-pessoas-um-campo-fertil-para-o-erro-judicial.aspx>. Acesso em: 04/05/2022.

ao reconhecimento, mormente quando frequentemente ainda vigora a nefasta prática de apresentação do “álbum de suspeitos” às vítimas e testemunhas.

A ausência de critérios para a formação de álbuns de suspeito restou patente quando a foto de Michael B. Jordan, ator hollywoodiano, foi disponibilizada pela polícia civil cearense para o reconhecimento dos suspeitos da Chacina da Sapiranga. Ao discorrer sobre o caso, Matida e Cecconello (2022) sugerem importante inflexão sobre o tema:

[...] é urgente colocar em debate os reais desafios da construção de um banco de imagens auditável (procedência da imagem rastreável e legal), padronizado (todas as fotografias com mesma qualidade) e que, assim, seja capaz garantir efetivos contornos à presunção de inocência do cidadão que porventura assuma a condição de suspeito de um delito.

O reconhecimento realizado em sede policial é problemático também em outros países. Nos Estados Unidos, por exemplo, o professor Brandon Garrett, da Duke University School, ao analisar os casos do Innocence Project, identificou que a forma como os policiais conduzem o procedimento reverberaram consequências em quase 80% dos reconhecimentos equivocados¹².

Conclusão semelhante é alcançada a partir da análise sociológica da realidade alemã, que, neste específico contexto, guarda sintonia com a experiência brasileira:

Como já demonstraram uma série de pesquisas sociológicas a respeito das inquirições policiais de testemunhas, o registro dessas inquirições não é de nenhuma forma idêntico a uma mera reprodução do quadro mnemônico da testemunha (comparável à descrição de uma fotografia), mas um verdadeiro produto da interação entre a testemunha e os funcionários públicos encarregados da inquirição e é, também, forte e massivamente influenciado pelas hipóteses formuladas pelo policial a respeito dos supostos contornos do acontecimento, hipóteses essas que orientam as perguntas (SCHUNEMANN, 2013, p. 231).

É importante esclarecer que os policiais, ao interferirem no resultado do reconhecimento, não necessariamente o fazem por dolo ou má-fé, mas normalmente por falta de capacitação para realizar o procedimento sem contaminação ou sugestionamento. Para completar a fragilidade do reconhecimento realizado na fase investigatória, vale lembrar que é, em regra, feito sem a presença de advogado ou defensor público.

.....

12 Disponível em: <https://innocenceproject.org/how-eyewitness-misidentification-can-send-innocent-people-to-prison/>. Acesso em: 15/05/2022.

Infelizmente, o açoitamento das regras do art. 226 do CPP não se restringe à fase policial. Também na fase judicial é comum a realização de reconhecimentos em desacordo com as formalidades legais.

Durante a audiência de debates, instrução e julgamento, o representante do Ministério Público, na qualidade de *custos iuris*, deveria velar pelo fiel cumprimento das formalidades legais, vale dizer: exigir, antes do ato de reconhecimento, que a vítima/testemunha descrevesse previamente o autor do crime, bem como que a posterior identificação fosse realizada mediante um perfilamento justo.

Contudo, no cotidiano, é comum que o representante do *parquet* – e, por vezes, o próprio juiz é o protagonista desse “reconhecimento informal” – se limite a questionar à testemunha/vítima, por ocasião de sua inquirição, se reconhece o acusado – muitas vezes com trajes de penitenciário e sentado no banco dos réus – como autor do fato delituoso. Sobre a temática, coaduna-se com o ensinamento de Scarance Fernandes (2011, p. 20): “O apontamento na audiência de alguém como autor do crime, sem a observância das formalidades exigidas para o ato de reconhecimento, consiste em simples identificação de pessoa já acusada, cujo valor probatório é precário”.

Todavia, essa prática é chancelada pelo Poder Judiciário, que, sob o falacioso argumento da ausência de prejuízo e alicerçado pelo mantra do livre convencimento judicial, convalida os reconhecimentos ilegais. Salienta-se, inclusive, que condicionar a declaração de nulidade da prova de reconhecimento à existência de prejuízo comprovado viola o direito fundamental do réu à ampla defesa (ALENCAR, 2016, p. 71).

Não é porque o meio probatório – no caso, o reconhecimento de pessoas – é admissível no processo penal brasileiro que necessariamente a sua produção será válida (GIACOMOLLI, 2016, p. 197). A valoração (indevida) de reconhecimentos informais serve como verdadeiro estímulo para que os órgãos encarregados da acusação/investigação continuem a ignorar as formalidades do art. 226 do CPP no momento da produção da prova.

A forma como o reconhecimento foi realizado – seja na fase policial, ou judicial; seja pessoalmente ou por fotografia – deve ser sindicada pelo julgador a partir das premissas inseridas no art. 226 do CPP para que lhe seja concedido ou não valor probatório. Nesse sentido:

De modo sucinto, aquele que tem diante de si o dever de avaliar o grau de corroboração de uma hipótese fática a qual pretende suporte em eventual reconhecimento de pessoas tem a obrigação de questionar em que condições o reconhecimento foi realizado, em que condições o fato foi cometido, a qual interferências a memória da vítima/testemunha potencialmente estava sujeita (MATIDA, 2021, p. 151).

Ademais, também é comum que o ato de reconhecimento realizado na fase policial sem as formalidades legais seja repetido na fase judicial com o nítido propósito de lhe conferir credibilidade. Os incautos acreditam que a repetição do procedimento, agora sob o crivo do contraditório e ampla defesa, seria apta para sanar irregularidades perpetradas na fase investigatória. Contudo, é preciso fincar: o ato de reconhecimento é irrepitível.

A partir do momento em que se faz um ato de reconhecimento, em sede policial ou judicial, ou até mesmo de maneira informal pela polícia militar, seja ele presencial ou fotográfico, por óbvio, as imagens apresentadas à vítima/testemunha interferem na sua memória original e terão impacto em posterior reconhecimento. Cita-se, como forma de atestar essa premissa, experiência científica realizada por Brown, Deffenbacher e Sturgill, na qual restou constatado que as identificações equivocadas subiram do patamar de 18% para 29% nos casos em que foi realizado um prévio reconhecimento fotográfico (MANZANERO, 2010, p. 180).

No primeiro ato de reconhecimento, o cérebro da vítima/testemunha resgata as feições do autor do crime (memória do fato) para parametrizar a identificação do suspeito. A partir desse momento, o rosto da pessoa apontada é vinculado à essa memória fática, razão pela qual sua fisionomia torna-se mais suscetível de ser identificada nos atos de reconhecimentos subsequentes.

A fragilidade probatória da repetibilidade do reconhecimento é apontada no seguinte excerto do voto do ministro Rogério Schietti Cruz, nos autos do HC 712.781¹³:

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.

Quanto mais reconhecimentos forem realizados com a presença do suspeito já apontado, mais a vítima/testemunha vai se familiarizando com o seu rosto e aumentado a sua tendência em apontá-lo como autor do fato. Destarte, “após múltiplos reconhecimentos, a confiança da testemunha não é resultante da memória original do fato, mas sim da repetição à exposição do rosto do suspeito” (CECCONELLO; AVILA; STEIN, 2018, p. 1063). Ademais, não podemos menosprezar o “efeito compromisso”: depois que a vítima/teste-

.....
13 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. HC 712781/RJ. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, julgado em 15/03/2022, Dje 22/03/2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portaip/SiteAssets/documentos/noticias/HC%20712781%2017032022.pdf>. Acesso em: 07/05/2022.

munha reconhece uma pessoa, há uma propensão de “manter o compromisso anterior, mesmo que com dúvidas” (DI GESU, 2014, p. 160).

Na esteira de descumprimento das formalidades do art. 226 do CPP, à revelia do que determina o inciso IV – que seja lavrado auto pormenorizado do ato de reconhecimento, “subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais” –, raramente existe uma cadeia da custódia da prova de reconhecimento de pessoas no processo penal, o que torna ainda mais difícil o controle posterior de qualquer prejuízo desvalado à defesa.

A ausência de registros sobre o procedimento de reconhecimento também conduz à invalidade da prova. A metáfora feita por Taruffo (2010, p. 176) é bastante apropriada a essa situação:

un historiador que no revelase las fuentes de las informaciones que utiliza, o un científico que no explicara el procedimiento que ha seguido para llegar a su descubrimiento, no producirían ciertamente conocimientos que merecieran ser tenidos en consideración.

Como já assinalado neste artigo, reconhecimentos equivocados causam prejuízos indelévels ao acusado, que vão desde uma prisão preventiva descabida a uma condenação injusta.

Um dos pressupostos autorizadores da prisão preventiva é a demonstração de indícios suficientes de autoria, que muitas vezes se dessumem do ato de reconhecimento. Por conseguinte, justamente com o intuito de impedir que inocentes sejam lançados preventivamente no precário sistema penitenciário brasileiro, precedentes do STJ registram – até mesmo em coerência ao novo posicionamento de que as formalidades do art. 226 do CPP são garantia mínima do acusado – que o reconhecimento realizado fora dos parâmetros legais não pode subsidiar a decretação de uma segregação cautelar (nesse sentido, o já referido HC 712.781 e o AgRg no HC 643.429/SP¹⁴).

As decisões judiciais que decretam prisão preventiva embasadas em reconhecimentos realizados ao arpeio da lei aviltam a “função de tutela” (*Schutzfunktion*) da liberdade inerente ao Estado de Direito: “o princípio da preservação a maior possível da liberdade sob a limitação a menor possível da liberdade” (NEVES, 1995, p. 411).

.....
14 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Ag Rg no HC 643429/SP. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, julgado em 24/08/2021, Dje 30/08/2021. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_AGRG-HC_643429_6b58d.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1653271467&S. Acesso em 06/05/2022.

No que tange à decisão de mérito do processo penal, uma condenação precisa ser fundada em provas lícitas e incriminadoras de autoria e materialidade delitiva para além de qualquer dúvida razoável. O reconhecimento realizado fora dos quadrantes legais é prova inválida, e, por conseguinte, não pode ser valorado para fins de aferir a culpabilidade do réu.

Ainda que o reconhecimento do réu siga à risca todas as formalidades do art. 226 do CPP, não se trata de prova que, por si só, seja suficiente para subsidiar um decreto condenatório. A memória humana é falha e, mesmo em um reconhecimento feito com boa fé por parte do identificador, o seu resultado pode não ser fidedigno.

A literatura científica nos ensina que a memória pode sofrer interferências das chamadas variáveis de estimativas e ainda das denominadas variáveis sistêmicas (WELLS, 1978). Estas dependem do sistema de justiça e, portanto, podem ser controladas pelos agentes encarregados da persecução penal, a exemplo da realização do reconhecimento na modalidade *line-up* ao invés do *show up*, e a exigência de uma descrição prévia da pessoa a ser identificada.

Por variáveis de estimativas, entende-se aquelas inerentes à natureza humana ou ao contexto do evento. Como a própria nomenclatura indica, essas variáveis podem ser tão somente estimadas: pode-se cogitar da possibilidade de terem afetado a memória, e, por consequência, o reconhecimento.

A psicologia do testemunho indica que nosso cérebro tem mais facilidade de reconhecer rostos familiares a rostos estranhos, principalmente quando estes são de pessoas pertencentes a uma raça diversa do identificador (*cross race effect*). A dificuldade de reconhecer pessoas de outros grupos raciais potencializa-se quando estamos diante de estereótipos culturais (*culture in mind*) – e, embora os limites espaciais do presente artigo não nos permitam fazer um recorte racial das pessoas equivocadamente reconhecidas no Brasil, é inegável a estigmatização dos negros no sistema penal (LOPES JR; OLIVEIRA, 2022).

Outras importantes variáveis de estimativas são a distância entre a vítima/testemunha e o autor do crime no momento da sua prática, bem como as condições de luminosidade e o ângulo de visualização. Observa-se ainda que em casos de crimes cometidos com emprego de arma de fogo tende-se a desfocar a atenção da vítima exclusivamente da fisionomia do agente. Trata-se do fenômeno “foco da arma” (*weapon focus effect*): “o objeto raro (arma) converge a atenção da vítima e faz com que em nome da sobrevivência a sequência visual preocupe-se basicamente com seu movimento” (MORAIS, 2020, p. 763).

As variáveis de estimativas escapam do controle da Justiça Penal. Destarte, mesmo quando cumpridas todas as formalidades do art. 226 do CPP, e ainda que a testemunha/

vítima aja de boa-fé, corre-se o risco de um reconhecimento equivocado decorrente de falsas memórias.

Dessas premissas, conclui-se que o reconhecimento de pessoas só deve ser valorado pelo julgador se respeitadas todas as formalidades do art. 226 do CPP. E, uma vez valorado, somente justifica uma condenação se corroborada por outras provas de autoria e materialidade delitiva. Nesse sentido, mais uma vez nos valem de trecho do voto do ministro Rogério Schietti Cruz, nos autos do HC 712.781/RJ:

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.

Não obstante a possibilidade de o reconhecimento ser considerado inválido, o réu ainda pode ser condenado se houver nos autos outras provas independentes e lícitas capazes de atestar autoria e materialidade para além de qualquer dúvida razoável.

CONCLUSÃO: A INAFSTABILIDADE DAS REGRAS DO ART. 226 DO CPP COMO PARÂMETRO MÍNIMO PARA O RECONHECIMENTO DE PESSOAS

O reconhecimento de pessoas é uma prova diretamente ligada à memória humana, e, portanto, para uma melhor compreensão do assunto, é imprescindível a interação do processo penal com outras ciências, como a psicologia do testemunho.

Essa simbiose de conhecimento ensina que a memória humana não funciona como uma máquina fotográfica, e, conseqüentemente, é plenamente possível que uma vítima/testemunha tenha recordações que não correspondam à realidade fática.

A prova do reconhecimento de pessoas é regulamentada pelo art. 226 do CPP, cuja normatividade tem precisamente o objetivo de evitar que reconhecimentos falsos conduzam a prisões e/ou condenações de inocentes, a exemplo do ocorrido com o Tiago Vianna, mencionado na introdução deste trabalho. O esvaziamento da eficácia das regras do art. 226 do CPP, para que sejam consideradas como mero aconselhamento do legislador, não encontra respaldo legal, tampouco reflete a teleologia do processo penal garantista contemporâneo.

Ademais, mesmo que o reconhecimento siga categoricamente as diretrizes legais, e que a vítima/testemunha aja com extrema boa-fé e goze de plena saúde mental, há possibilidade de falsos reconhecimentos, uma vez que a memória humana é falha, razão pela qual, acertadamente, a Sexta Turma do STJ, nos autos do emblemático HC nº 598.886/SC, relatado pelo Ministro Rogério Schietti, considerou que as regras do art. 226 do CPP “constituem garantia mínima para quem se vê na condição de suspeito da prática de um crime”.

A bem da verdade, a redação do art. 226 do CPP permanece inalterada desde 1941, e, portanto, tornou-se anacrônica diante dos avanços científicos e experimentos pela psicologia do testemunho, inclusive amparados por pesquisas empíricas.

Enquanto não sobrevier uma mudança legislativa que reflita no processo penal o adequado tratamento das provas que dependem da memória humana, cabe aos intérpretes do direito, ao menos, tratar as formalidades do art. 226 do CPP como “garantia mínima”, à luz do que é preconizado pela jurisprudência atual dos tribunais superiores brasileiros.

As formalidades do art. 226 do CPP têm epistemologicamente uma razão de ser. As exigências de descrição prévia da pessoa a ser identificada e de sua colocação ao lado de outras que guardem com ela semelhança física, bem como de realização do procedimento em um ambiente adequado para vítima/testemunha e o devido registro do ato, têm um nítido desígnio normativo, qual seja: reduzir as chances de equívocos no reconhecimento.

O reconhecimento de pessoa, seja realizado pessoalmente ou por meio fotográfico, quer ocorra na fase de inquérito ou no curso do processo, precisa seguir as diretrizes do art. 226 do CPP. Do contrário, o desprezo à tipicidade procedimental torna a prova inválida, e, por conseguinte, imprestável para subsidiar uma prisão preventiva ou corroborar um decreto condenatório.

Não obstante, a plena obediência às formalidades do art. 226 do CPP, em que pese necessária, não é suficiente para aniquilar totalmente a possibilidade de decisões injustas fundamentadas em reconhecimentos equivocados, pois as falsas memórias decorrentes da interferência das variáveis de estimativa escapam do controle da justiça penal. Destarte, o reconhecimento válido não tem força probante, por si só, para lastrear uma condenação.

As regras do art. 226 do CPP não são a panaceia para a falibilidade da memória humana, mas apenas uma garantia mínima do acusado. O cumprimento das formalidades do art. 226 do CPP, sob o prisma de um processo penal garantista, enseja segurança jurídica e maior legitimidade da tutela jurisdicional. Ao revés, a violação das regras de reconhecimento em desfavor de um acusado implica insegurança para toda a sociedade,

pois transmite a mensagem de que as instâncias formais de controle responsáveis pela persecução penal violam as diretrizes legais.

Entretanto, apesar de todo o arcabouço científico em torno da matéria, alguns agentes encarregados da persecução penal, imbuídos pela ideia de que as garantias processuais são obstáculos ao poder punitivo estatal, admitem práticas perniciosas ao reconhecimento do réu, como a modalidade *show up*, álbum de suspeitos, perguntas sugestivas e múltiplos reconhecimentos.

Para evitar tais práticas nefastas, para além de avanços legislativos, precisamos também de mudanças de mentalidades. É inadmissível que, a pretexto de combate à criminalidade, muitos operadores do direito, por intermédio de interpretações regressistas, ainda tratem as formalidades do art. 226 do CPP como mera recomendação do legislador.

Impõe-se hoje o desafio, imprescindível para a legítima realização judicativo-decisória, de garantir a densificação normativa do art. 226 do CPP, para evitar que um distanciamento prático da diretriz legal conduza a deletérios erros judiciários. Para o futuro, fica a esperança de um regramento jurídico que equacione a prova de reconhecimento aos ditames da psicologia do testemunho e, por conseguinte, que tenhamos uma justiça penal baseada em evidências científicas.

REFERÊNCIAS

- ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Teoria da Nulidade no Processo Penal**. São Paulo: Noeses, 2016.
- ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas memórias e Sistema Penal: a prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- BRASIL. < <http://condege.org.br/2021/04/19/relatorios-indicam-prisoas-injustas-apos-reconhecimento-fotografico/>>, acesso em 13/05/2022.
- _____. < <https://www.youtube.com/watch?v=xjcGNJYG0wU>>, acesso em 12/05/2022
- _____. < <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/06022022-Reconhecimento-de-pessoas-um-campo-fertil-para-o-erro-judicial.aspx>>, acesso em: 04/05/2022
- _____. <<https://idd.org.br/jovem-negro-condenado-apos-falso-reconhecimento-tera-caso-julgado-pelo-stj/>> acesso em 13/05/2022.
- _____. <Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/17942674>>, acesso em 13/05/2022
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. HC 591920/RJ. Relator Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 22/06/2021, Dje 25/06/2021 Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1248773486/habeas-corpus-hc-591920-rj-2020-0152878-6/inteiro-teor-1248773499>, acesso em 05/05/2022
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Ag Rg no HC 643429/SP. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, julgado em 24/08/2021, Dje 30/08/2021. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_AGRG-HC_643429_6b58d.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA067SMCVA&Expires=1653271467&S, acesso em 06/05/2022
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. HC 598.886/SC. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, julgado em 27/10/2020, Dje 18/12/2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/27102020%20HC598886-SC.pdf>, acesso em 05/05/2022
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. HC 712781/RJ. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, julgado em 15/03/2022, Dje 22/03/2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/HC%20712781%2017032022.pdf>, acesso em 07/05/2022.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. RHC 206846/SP. Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 22/02/2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15348040516&ext=.pdf>, acesso em 06/05/2022

CECCONELLO, William Weber. AVILA, Gustavo Noronha de. STEIN, Lilian Milnisky. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. In **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v.8, nº 2, 2018

_____. Novos rumos para o reconhecimento de pessoas no Brasil? Perspectivas da psicologia do testemunho frente à decisão do HC 598.886/SC. In **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 177, p.359-368, 2021.

DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2014

ESTADOS UNIDOS. <<https://innocenceproject.org/eyewitness-identification-reform/>>, acesso em: 06/05/2022.

_____. < <https://innocenceproject.org/how-eyewitness-misidentification-can-send-innocent-people-to-prison/>>, acesso em 15/05/2022.

FERNANDES, Antônio Scarance. Tipicidade e sucedâneo de prova. In: FERNANDES, Antônio Scarance. ALMEIDA, José Raul Gavião de. MORAES, Maurício Zanoide de (coords.). **Provas no processo penal. Estudo Comparado**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

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

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2019

LOPES JÚNIOR, 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-e-estrutural-reconhecimento-fotografico-meio-prova>. Acesso em: 20/05/2022.

MANZANERO, Antonio L. **Memoria de testigos**. Obtención e valoración de la prueba testifical. Madri: Ediciones Pirámide, 2010

MATIDA, Janaina. Considerações epistêmicas sobre o reconhecimento de pessoas: produção, valoração e (in)satisfação do standard probatório penal. MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogério Schietti (Coord.). **Código de Processo Penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência**. Volume 2. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p.141/155.

_____; CECCONELLO, William. **Outra vez sobre o reconhecimento fotográfico**. Disponível em: [://www.conjur.com.br/2021-out-01/limite-penal-outra-vez-reconhecimento-fotografico#:~:text=A%20literatura%20tem%20apresentado%20que,risco%20de%20serem%20injustamente%20escolhidos](https://www.conjur.com.br/2021-out-01/limite-penal-outra-vez-reconhecimento-fotografico#:~:text=A%20literatura%20tem%20apresentado%20que,risco%20de%20serem%20injustamente%20escolhidos). Acesso em: 17/05/2022

_____. **O que há de errado no reconhecimento fotográfico de Michael B. Jordan?** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-08/opinio-errado-reconhecimento-fotografico-michael-jordan>. Acesso em: 17/05/2022

NEVES, António Castanheira. O princípio da legalidade criminal. **Digesta**, Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1995

PRADO, Geraldo; CASARA, Rubens R. R. Eficientismo Repressivo e Garantismo Penal: dois exemplos de ingenuidade na seara epistemológica. In BATISTA, Vera Malaguti (coord.). **Discursos Seditiosos: crime, direito e sociedade**. Rio de Janeiro: Editora Revan, p. 67-74, ano 17, n. 19/20, p. 1º e 2º semestres de 2012

RAPHAELLI, Rafael; COSTA, Domingos Barroso da; MELO, Andrey Régis de. O Brasil que se revela pelo reconhecimento fotográfico: o inconsciente de nossas práticas em persecução penal. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogério Schiatti (Coord.). **Código de Processo Penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência**. Volume 2. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 239/254.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal conforme a teoria dos jogos**. 6. ed. Florianópolis: Ematis, 2020

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHUNEMANN, Bernd. Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial? Sobre a estrutura fundamental do processo penal no 3º milênio. In: SCHUNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (Coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013

STEIN, Lilian Milnitsky. ÁVILA, Gustavo Noronha de. Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça (Série Pensando Direito, nº59), 2015. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf, acesso em 14/05/2022

TARUFFO, Michele. **Simplemente la verdad: el juez y la construcción de los hechos**. Madrid: Marcial Pons, 2010

WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. In **Revista Sequência**. Santa Catarina, v. 3, n. 5, 1982.

WELLS, Gary L. Applied Eyewitness-Testimony Reserach: System Variables and Estimator Variables. In **Journal of Personality and Social Psychology**, vol.36, n. 12, p. 1546-1557, 1978

_____; SEELAU, Eric P. Eyewitness identification: psychological research and legal policy on lineups. In **Psychology, Public Policy, and Law**, v. 1, n. 4, 1995

INJUSTIÇAS PROCEDIMENTAIS

REPENSANDO A RELAÇÃO ENTRE DADOS PESSOAIS E RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO

Gabriela Vergili¹, Pedro Saliba² e Rafael A. F. Zanatta³

Resumo: O reconhecimento fotográfico é prática recorrente em delegacias. Contudo, a falta de regulação do procedimento faz com que surjam inúmeras arbitrariedades e viola os direitos fundamentais, em especial, da população negra de baixa renda. Para que a proceduralização traga melhorias efetivas, entende-se que, em vista de seu caráter constitucional, os princípios da proteção de dados devem ser aplicados a essa prática para guiar o manuseio e tratamento de dados pessoais por agentes policiais. Nessa linha, o planejamento do ciclo de vida dos dados, no caso, das imagens de suspeitos, precisa definir fontes lícitas para obtenção das imagens, formas seguras de armazenamento, definição de acessos e compartilhamentos, bem como o descarte desses dados. Assim, espera-se um uso mais justo e seguro de dados pessoais em investigações criminais.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; Proteção de dados pessoais; Segurança pública; Reconhecimento fotográfico; Justiça de dados.

Abstract: *Photo lineup is a current practice in police offices. However, the lack of regulation on this procedure increases grievances and violates fundamental rights of the black community and low income population especially. In order to have an effective improvement, considering the constitutional status of data protection right, its principles must be applied to the daily practice to guide the police handling and processing of personal data. In that sense, when planning the data life cycle, in this case, regarding the suspects images, it is necessary to define what are the legal sources to obtain those images, safe ways to store the data, determination of access and sharing, as well as the erasure of the data. Thus, this and other measures aim to create a more safe and fair use of data in criminal investigations.*

Keywords: *Fundamental rights; Data protection; Public security; Photo lineup; Data justice.*

.....

1 Bacharela em Direitos na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. Pesquisadora da Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa. E-mail: gabriela@dataprivacybr.org

2 Advogado e sociólogo, mestre em Sociologia e Antropologia (PPGSA/UFRJ). Pesquisador da Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa. E-mail: pedro.saliba@dataprivacybr.org

3 Mestre em Direito pela USP. Mestre em Direito e Economia Política pela Universidade de Turim. Doutorando pelo Instituto de Energia e Ambiente da USP com período de estudos na Universidade de Amsterdam. Diretor da Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa. E-mail: zanatta@dataprivacybr.org.

INTRODUÇÃO

O reconhecimento fotográfico é uma prática comum na investigação e persecução penal, que consiste na exposição de fotos de pessoas suspeitas à vítima de um crime para que ela possa identificar suspeitos do ato ilícito. Baseado no artigo 226 do Código de Processo Penal (CPP), que versa sobre o reconhecimento de pessoas, o uso deste procedimento vem sendo alvo de críticas pungentes pela academia e sociedade civil.

Em setembro de 2021, um cientista de dados foi preso acusado de integrar milícia de bairro no qual nunca residiu (GUIMARÃES, 2021); outro homem foi acusado 9 vezes por crimes que não cometeu por ter sua imagem no álbum de suspeitos da 57ª Delegacia do Rio de Janeiro (CASTRO, 2021); além de dezenas de outros casos semelhantes relatados pela Folha de São Paulo ao redor do país (PAGNAN; RODRIGUES; VALENTE, 2021).

Diversas pesquisas científicas apontam a falibilidade da memória enquanto elemento determinante para produção de provas no processo penal (MATIDA; CECCONELLO, 2010; STEIN, 2010; MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015). O próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do Habeas Corpus nº 598.886/SC, de relatoria do Ministro Rogerio Schietti Cruz, que determinou a observância das garantias mínimas previstas no art. 226 do Código de Processo Penal para a realização do reconhecimento de pessoas, fundamentou a decisão com estudos das áreas de psicologia e relatórios sobre erros de reconhecimento no Brasil. No âmbito legislativo, o Projeto de Lei nº 676, de 2021, aprovado no Senado Federal e remetido à Câmara dos Deputados, propôs a regulamentação do reconhecimento fotográfico para evitar a prisão de inocentes.

Ainda que extremamente importantes para a mitigação de erros judiciários, as soluções apresentadas focam no procedimento adequado de produção de verdade processual (KALB & SOUZA, 2020). Acredita-se que, ao delimitar o que pode ou não ser feito para reconhecer um indivíduo através de fotografias, a precisão de condenações trará maior segurança ao sistema judiciário. É preciso, no entanto, aprofundar-se em uma temática ainda incipiente: o tratamento de dados pessoais na esfera penal (VIANA, MONTENEGRO & GLEIZER, 2021).

O presente artigo é fruto de uma pesquisa empírica realizada pela Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa, no âmbito do projeto Novas Fronteiras dos Direitos Digitais⁴. Um dos objetivos da pesquisa foi o estudo do uso de dados pessoais no campo da investigação criminal e na segurança pública, com atenção especial aos casos de prisões por prova de reconhecimento fotográfico, analisando de que forma a prática pode implicar a prisão de inocentes e quais fluxos de dados pessoais permitem um processo de *input* e *output* de fotografias, que constituem dados pessoais no sentido dado pela Lei 13.709/2018.

Dentre as fontes de pesquisa, estão vinte (20) entrevistas com atores relacionados ao tema, especialmente no campo jurídico, realizadas entre outubro e dezembro de 2020, para entender suas impressões sobre o reconhecimento fotográfico e uso de tecnologias. Foram ouvidos delegados, promotores, defensores públicos, advogados, jornalistas, entre outros profissionais com atuação na área de interesse da pesquisa. A amostra estabelecida buscou abarcar diversidade regional no país e estados com investimentos em tecnologia, selecionando-se Rio Grande do Sul, São Paulo, Rio de Janeiro, Distrito Federal, Amazonas e Ceará.

Para entender de forma mais ampla como os estados do recorte estruturam tecnologias voltadas para segurança pública, foram enviados cento e trinta e cinco (135) pedidos de acesso à informação para diferentes órgãos, especialmente secretarias de segurança pública, transportes, Casa Civil e Ministério Público. A equipe buscou identificar a instalação de câmeras de vigilância, uso de algoritmos preditivos e câmeras de reconhecimento facial, utilização de álbuns de suspeitos em delegacias, regulamentação estadual para o reconhecimento fotográfico e processos administrativos contra o uso indevido do reconhecimento fotográfico. Assim, buscou-se uma resposta estatal a respeito das práticas policiais vigentes e do uso de dados pessoais⁵ nas investigações no recorte de estados acima exposto.

Por fim, foram realizadas pesquisas em portais de notícias em todo o país com casos nos quais houve prisão utilizando reconhecimento fotográfico. Nelas, buscou-se extrair elementos sobre a origem das imagens utilizadas nos inquéritos e processos judiciais. A

.....

4 A equipe envolvida na etapa do projeto direcionada para uso de dados pessoais na segurança pública foi constituída por Rafael Zanatta, Daniela Eilberg, Aiuri Rebello, Eduardo Goulart, Brenda Cunha, Pedro Saliba e Gabriela Vergili. Para mais informações sobre o escopo do projeto e seus produtos: <https://www.dataprivacybr.org/projeto/novas-fronteiras-dos-direitos-digitais/>. A pesquisa foi financiada pela Open Society Foundation. Para informações sobre a Política de Financiamento Ético e Transparência da Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa: https://www.dataprivacybr.org/wp-content/uploads/2021/10/dpbr_ong_politica_financiamento_etico.pdf

5 Dados pessoais, em sentido jurídico, são as informações relativas à pessoa, que permitem sua identificação, ou, como consta da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018), “informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável”. São considerados dados pessoais aqueles comumente fornecidos em um cadastro, como nome, RG, CPF, gênero, data e local de nascimento, filiação, telefone, endereço residencial, cartão ou dados bancários. Também são dados pessoais algumas informações que nem sempre são fornecidas de forma consciente e intencional, como localização via GPS, retrato em fotografia, prontuário de saúde, hábitos de consumo, endereço de IP (Protocolo da Internet) e cookies (rastreadores).

partir de análise dessas fontes, leitura de bibliografia de referência, legislação e jurisprudência pertinentes, o trabalho expõe os principais enfoques da dogmática da proteção de dados pessoais no tema e apresenta um conjunto de preocupações sobre processos de coleta, armazenamento, utilização e descartes desses dados em delegacias de polícia. O argumento desenvolvido neste ensaio é que a procedimentalização do uso justo de dados pessoais nas delegacias de polícia no Brasil constitui um desafio relevante no enfrentamento do problema do reconhecimento fotográfico e prisões injustas no país.

Este artigo visa evidenciar que o problema em questão se origina principalmente do *uso indevido dos dados pessoais dos cidadãos* e, portanto, realçar de que forma o campo da proteção de dados pode contribuir para as soluções a serem encontradas.

Inserindo o direito à proteção de dados enquanto garantia constitucional, demonstra-se de que forma os álbuns de suspeitos – utilizados para o reconhecimento fotográfico em sede policial – violam direitos constitucionais e princípios da proteção de dados. A partir do conceito de ciclo de vida dos dados, aponta-se como a arquitetura dos sistemas deve ser orientada para direitos fundamentais em toda a cadeia de tratamento, garantindo medidas proporcionais e medidas necessárias por parte de agentes de segurança pública. Ao final, insere o debate do reconhecimento fotográfico no enquadramento da justiça de dados (TAYLOR, 2017), apontando a necessidade de regulamentação dos procedimentos existentes para seu uso ético.

GARANTIA CONSTITUCIONAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

A proteção de dados pessoais se torna normativamente mais relevante e passa a ter um peso social por fazer parte da esfera protetiva do cidadão ao ser reconhecida como um direito fundamental (MENDES & FONSECA, 2020; BIONI *et al.*, 2020; ZANATTA *et al.*, 2020). Essa alocação do direito à proteção de dados pessoais se deu em primeiro momento por meio do Supremo Tribunal Federal (STF), em julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6387, conhecida como o Caso IBGE, relatado pela Ministra Rosa Weber. Essa posição foi reforçada pela emenda constitucional 115, que insere o direito à proteção de dados pessoais no rol do artigo 5º da Constituição Federal.

Fazer parte do rol de direitos fundamentais resolve parcialmente uma dificuldade da LGPD. Em seu artigo 4º, III, é evidenciada a não aplicabilidade da lei geral para o âmbito da segurança pública, limitando o mecanismo legal de proteção ao titular de dados.

Entretanto, a inclusão no rol constitucional e o próprio reconhecimento de sua natureza fundamental reforça a possibilidade de aplicação dos princípios e lógica geral da proteção de dados pessoais para dados utilizados para fins de segurança pública e investigações criminais, retirando seu caráter de excepcionalidade, que poderia permitir arbitrariedades que desconsiderassem a barreira protetiva desse direito.

O caráter constitucional da proteção de dados também fica evidente por sua direta relação com outros direitos fundamentais. A violação à proteção de dados pessoais pode acarretar diversas violações de direitos, como o da liberdade de ir e vir que, por exemplo, é impactada quando imagens são geralmente utilizadas. Outros direitos violados pelo uso indevido de dados de inocentes pelas polícias são a não discriminação, igualdade, além dos princípios da presunção de inocência e dignidade da pessoa humana.

Ainda assim, existem outras questões a serem endereçadas que dependem da criação de regulações específicas para garantir que as particularidades das atividades relacionadas à segurança pública e investigações criminais considerem devidamente as medidas necessárias para preservar os direitos dos titulares de dados.

O direito à proteção de dados pessoais aplicado ao contexto da segurança pública e persecução penal traz mecanismos ricos para a garantia do indivíduo. O art. 4º, §1º, da LGPD, deve ser interpretado de modo a possibilitar a aplicação dos princípios da proteção de dados no âmbito da segurança pública, ainda que a lei não se aplique integralmente. Nesse sentido, o direito administrativo policial, que regula as condutas e práticas em Delegacias de Polícia, deve ser ressignificado, em dimensão constitucional (D'ASCOLA, 2021), para que a proteção de dados pessoais se concretize em medidas preventivas.

A proteção de dados pessoais não se limita a reivindicações de direitos no sentido de liberdades negativas, mas implica também o comprometimento do Estado e das instituições públicas na promoção desses direitos, que incluem um uso de dados de forma justa, proporcional e adequada (BIONI & ZANATTA, 2020). O que se observa na realidade das Delegacias de Polícia e nos procedimentos de reconhecimento fotográfico é uma violação sistemática desses direitos, situação que não pode continuar em um Estado Democrático de Direito.

Esses princípios são norteadores para garantir que a coleta de dados pessoais se dê de forma adequada, respeitando uma finalidade específica, restringindo-se apenas aos dados necessários, além de exigir que medidas preventivas sejam aplicadas para evitar danos em virtude do tratamento de dados. A qualidade dos dados é um princípio essencial para garantir não somente que os dados estejam corretos, mas que eles estejam coerentes com a necessidade e finalidade, direcionando, portanto, obrigações de descarte das

imagens. Adicionalmente, a não discriminação, considerando qual grupo é a principal vítima destes abusos, é um princípio essencial de ser atendido. E para garantir que tudo corra conforme a lei, e de acordo com uma futura procedimentalização, o princípio da responsabilização e prestação de contas precisa estar em vista durante todo o processo, para que o procedimento seja auditável (MOTA, 2021)⁶.

Nota-se, observando os projetos atuais, que o foco dos debates e propostas de reformas jurídicas tem sido a procedimentalização para a validade da prova jurídica, com pouca ênfase às medidas de proteção dos dados dos titulares. Não é mencionada a procedimentalização do ciclo de vida dos dados nas delegacias de polícia, ponto essencial para cessar práticas ilícitas para uso de imagens e evitar a prisão de inocentes, efetivando o direito fundamental à proteção de dados pessoais, a ser considerado em toda a cadeia de tratamento do reconhecimento fotográfico. O modo como imagens, fotografias e dados são obtidos e utilizados em delegacias tem sido um objeto de estudos sub-teorizado. Apesar da existência de muitos estudos sobre cultura organizacional e práticas policiais, bem como automações e inovações organizacionais nas delegacias (MUNIZ, CARUSO & FREITAS, 2018), há poucos estudos sobre gestão de dados pessoais e procedimentos para uso adequado de dados e fotografias nas delegacias.

COLETA DE IMAGENS E FALIBILIDADE DO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO: CICLO DE VIDA DOS DADOS PESSOAIS NO PROCEDIMENTO

O conceito de ciclo de vida dos dados refere-se às diferentes etapas pelas quais um documento ou informação passa desde a coleta até seu descarte seguro. Aqui, apresentam-se os dados empíricos sobre o fluxo de dados pessoais identificados a partir das imagens utilizadas para o reconhecimento fotográfico, sob as fases propostas por Ricardo César Gonçalves Sant'Ana (2016): coleta, armazenamento, recuperação e descarte. Segundo o autor, em todas as fases há fatores que devem ser levados em consideração para sua efetiva implementação, especialmente privacidade, integração, qualidade, direitos autorais, disseminação e preservação (SANT'ANA, 2016).

.....
6 Por sigilo ou confidencialidade sobre os métodos utilizados para o reconhecimento fotográfico, a polícia evita dar detalhes sobre a forma como obtém e mantém os dados pessoais dos cidadãos.

Destaca-se que o conceito de dado pessoal não diz respeito apenas a informações digitais, mas também a suporte físico. Dessa forma, formulários impressos, pastas, arquivos e fotografias em papel também precisam ter seu manejo orientado por medidas técnicas que não impliquem discriminações individuais ou coletivas, além de outros atos ilícitos.

COLETA

Uma questão fundamental a ser enfrentada é entender o modo como os dados pessoais são coletados pelas polícias do país. Nessa fase, define-se quais dados serão coletados a partir da necessidade informacional do contexto analisado. Questões como o resultado esperado do tratamento, as fontes dos dados, suas características, tratamentos necessários para sua utilização, bem como os riscos existentes à privacidade e proteção de dados pessoais são pertinentes a esse momento. Cabe mencionar também, especialmente, os princípios da finalidade e necessidade (art. 6º, I e III, LGPD) que nortearão a coleta. Nesse sentido, a estratégia do uso é parâmetro fundamental para definir as fontes utilizadas e a obtenção dos dados esperados.

Nas solicitações de acesso à informação, Distrito Federal, São Paulo e Amazonas negam o uso dos álbuns, enquanto o Ceará classificou a informação como sigilosa. Apenas Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul confirmaram a utilização dessa ferramenta nas investigações. No Rio Grande do Sul, utilizam-se imagens do Instituto Geral de Perícias do Rio Grande do Sul (IGP-RS) e da Polícia Civil, enquanto no Rio de Janeiro, além do Registro Criminal e Sistema de Informação Policial (SIP), a Polícia Civil confirma a coleta em diferentes abordagens de agentes, afirmando que, dentre os procedimentos, são capturadas as fotografias de rosto, de frente, de costas, dos perfis, tatuagens, cicatrizes e outras peculiaridades físicas do envolvido. Sobre a tecnologia para coleta das imagens, o RS afirma ser informação sigilosa, enquanto no RJ sua coleta é feita por câmeras digitais patrimonizadas.

O confronto com outras fontes demonstram que, apesar das respostas recebidas via Lei de Acesso à Informação, o dia a dia das investigações utiliza extensivamente os álbuns de suspeitos. Interlocutores das entrevistas confirmaram seu uso em todo o recorte da pesquisa, apontando ser esta uma ferramenta importante no início das investigações.

A discricionariedade pode ser verificada através dos diferentes usos de imagens em notícias na mídia. Muitas reportagens citam a investigação através de redes sociais abertas, compilando as imagens de potenciais suspeitos (TEIXEIRA, 2021; CASTRO, 2021). Há casos em que os próprios policiais criam as imagens, como um homem que ficou pelo menos quatro horas algemado na viatura e que, nesse momento, foram tiradas diversas

fotografias suas (MENDONÇA, 2021). Nas entrevistas, também foi apontada a extração forense de celulares e outros dispositivos eletrônicos, sendo uma forma mais invasiva de coleta dos dados.

Verifica-se, portanto, que, além da falta de dados empíricos sobre o acesso e armazenamento das fotos de suspeitos produzidos pelas autoridades policiais, as práticas, ao redor do Brasil, são as mais diversas, uma vez que não há qualquer regulamentação, procedimento ou manual para uniformizar o uso das imagens. Há carência de protocolos básicos sobre a coleta de dados que possam desincentivar práticas como raspagem de fotos em contas de Instagram e Facebook. A ausência desses protocolos tende a gerar problemas futuros sobre processos de reconhecimento fotográfico cujas fotografias utilizadas são marcadas por processos ilícitos de coleta. Há, portanto, um grande problema sobre o *input*: o modo como as fotografias são obtidas e coletadas inicialmente.

ARMAZENAMENTO

O armazenamento é a fase na qual os dados são retidos em um suporte físico ou digital. A análise foca em quais dados estão disponíveis, estrutura (física e lógica) utilizada, medidas técnicas para garantia da qualidade dos dados, arquitetura para compartilhamento e interoperabilidade, bem como se há autorização para seu armazenamento e quais os riscos a liberdades e garantias fundamentais desse processo.

Os usos e recursos disponíveis afetam diretamente o armazenamento, de modo que a fixação do conteúdo em um suporte e sua estratégia em nível administrativo têm consequências diretas no tratamento realizado.

Durante as entrevistas, atores ouvidos afirmam que os álbuns podem ser tanto físicos – com fotos em um caderno ou pasta – quanto organizados digitalmente em algum computador da delegacia. O armazenamento não segue uma regra e depende tanto da infraestrutura das polícias de cada ente federativo, como da rotina em cada delegacia ou repartição. Dessa forma, tem-se tanto a arquitetura de redes e bancos de dados, como também fotos impressas avulsas. Algumas notícias mencionam o uso de fotos 3x4 (FREITAS, 2021) ou mesmo identidades e RGs (VASCONCELOS, 2021) recolhidos por policiais nas abordagens.

Como apenas RJ e RS confirmaram a existência dos álbuns de suspeitos, foram solicitados pedidos de acesso à informação a respeito de *softwares* de gerenciamento de inquéritos. Trata-se de processo informatizado e necessário para instauração de denúncias, contendo dados pessoais como nome, CPF, filiação, endereço, sendo uma ferramenta

importante nos processos que utilizem reconhecimento fotográfico enquanto elemento probatório.

Nos pedidos de acesso à informação, todos os entes da federação indicaram qual o *software* que utilizam para gerenciamento de inquéritos e a instituição ou empresa responsável pelo seu desenvolvimento. O Distrito Federal foi o que indicou mais bases de dados: Sistema de Ocorrências Policiais; PROCED – Sistema de Procedimentos Policiais e Práticas Cartorárias; e Sistema Protocolo. No Amazonas, utilizam duas bases – SINES-P-PPE e SISIP –, enquanto o restante dos estados utiliza apenas um sistema. Todos são diferentes uns dos outros.

Com relação aos responsáveis pelo desenvolvimento das bases, São Paulo e Distrito Federal foram realizados por departamentos internos das Polícias Civis. No Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul, o desenvolvimento foi interno e junto a uma empresa contratada. No caso do RS, foi uma empresa pública (PROCERGS), enquanto no RJ a empresa foi privada (Extreme Digital Consultoria e Representações LTDA). No Ceará e Amazonas, o desenvolvimento foi externo à Polícia Civil, mas realizado por instituições públicas: Secretaria da Segurança Pública e Defesa Social (SSPDS-CE), no caso do primeiro, e Ministério da Justiça, no segundo.

RECUPERAÇÃO

A recuperação diz respeito ao acesso e disponibilização desses dados dentro das entidades do poder público, de modo que possam ser efetivamente interpretados.

Questões como as autorizações de acesso, escolha dos recursos para consulta, definições de alternativas de acesso e limitações e a disponibilização efetiva do conteúdo estão sendo questionadas neste momento. Nesse sentido, o acesso aos dados pode também trazer riscos à privacidade, bem como à qualidade dos dados, devendo haver transparência a respeito das técnicas utilizadas para garantir esses pontos.

Foram poucos os dados disponíveis a respeito dessa fase do ciclo de vida dos dados. Isso aponta tanto para a opacidade da recuperação no fluxo de dados do reconhecimento fotográfico, como para uma possível despreocupação com relação ao tema. A multiplicidade de formas de armazenar os dados também influencia nesse ponto: os álbuns de suspeitos em gavetas de delegacias são acessados de forma distinta dos *softwares* de gerenciamento de inquéritos, por exemplo.

Para garantia da legalidade dos procedimentos, é preciso haver medidas de segurança da informação, para que sistemas utilizados por Delegados e profissionais de Delegacias

de Polícia contenham regras básicas de acesso e diferenciação de poderes no acesso a esses sistemas automatizados. Deve ser impossibilitado o *download* massivo de todos os dados ou acessos que não possuam *logs* e registros informatizados que possam assegurar o princípio do menos privilégio⁷. Assim, o armazenamento de dados não pode ser feito em sistemas de computação em nuvem que contenham senha padrão única, distribuída entre vários agentes. Também deve ser impossibilitada a substituição de dados de forma facilitada, sob risco de corrupção do princípio da qualidade dos dados.

DESCARTE

Os dados que não têm mais necessidade de serem utilizados, conforme estratégia de coleta e armazenamento, devem ser identificados e excluídos das bases a partir de técnicas da ciência da informação, como descarte horizontal ou vertical. Nesse sentido, questões como os suportes nos quais os dados foram inscritos, se estão duplicados em diferentes bases, como garantir sua exclusão, preservação da integralidade de outros dados a partir de sua exclusão, entre outros, precisam ser avaliadas para esta fase.

Nas fontes de pesquisa coletadas, não foi identificada nenhuma forma de descarte seguro das imagens. Pelo contrário: verificou-se a retenção desses dados por tempo indeterminado, como no caso de um homem que, preso duas vezes de forma injusta, não teve sua fotografia retirada dos álbuns das delegacias da Zona Norte do Rio de Janeiro, mesmo após trânsito em julgado de decisão atestando sua inocência (SOARES, 2022). Fato similar a de outro homem, também no estado do RJ, que foi acusado nove vezes por crimes que não cometeu por ter sua imagem no álbum de suspeitos da 57ª Delegacia do Rio de Janeiro (CASTRO, 2022).

Nesse último caso, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro impetrou mandado de segurança requerendo a exclusão da foto do álbum de suspeitos⁸. Em resposta ao pedido, o juiz encarregado determinou que em até 48h a foto fosse retirada do cadastro de suspeitos da 57ª DP, vedando-se a exibição de sua fotografia em qualquer procedimento referente a qualquer crime em apuração e que tenha ocorrido dentro do limite territorial de Nilópolis.

.....
7 “Os usuários de um sistema terão o menor nível de acesso necessário para a realização de suas atividades. Funções de alto nível, tais como as de administrador de sistema, devem ser restringidas apenas àqueles funcionários que necessitem exercer esse papel e sejam capazes de assumir essa responsabilidade” (AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS, 2021, p.11).

8 Processo nº 0006376-54.8.19.0036.

Essa situação aponta para a necessidade de mecanismos institucionais que possam promover uma conexão entre sentenças absolutórias (que julgam improcedentes a pretensão punitiva) e o descarte das fotografias relativas ao Réu. Não é preciso apenas colocar um Réu em liberdade e ordenar a cassação de medidas cautelares. Com as injustiças geradas pela manutenção de fotografias de pessoas que se tornam réus, será preciso prever mecanismos de descarte e eliminação desses dados após um procedimento razoável.

RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO E JUSTIÇA DE DADOS

Aqui, apresentam-se os riscos e violações de direitos na perspectiva da justiça de dados (TAYLOR, 2017) que a circulação de imagens e fluxo de dados pessoais em investigações podem gerar. Partindo da datificação cada vez mais intensa das relações sociais, a proposta estabelece padrões éticos para a mediação tecnológica. Busca-se compreender os impactos do tratamento de dados pessoais em indivíduos, levando em consideração sua posição socioeconômica e variáveis como raça, gênero, origem étnica e territorial, descartando os modos de administração de pessoas através de bases de dados interligadas.

No enquadramento de Taylor, a criação de assimetrias pelo Estado e empresas privadas que realizam o tratamento de dados é um ponto focal para a análise empírica. A autora destaca três pontos a serem considerados: a visibilidade dos indivíduos perante os sistemas (ou seja, quais os dados estão disponíveis sobre cada pessoa ou grupo social); o engajamento com a tecnologia, de modo que os sistemas prevejam formas de exercer direitos de titulares de dados e a própria construção dos sistemas; e não-discriminação de cidadãos e cidadãs com base no tratamento de seus dados.

No que tange a visibilidade, a criação de álbuns de suspeitos têm caráter arbitrário – uma vez que não há uma definição de “suspeito” para formação de álbuns. A exibição das fotos viola não apenas o direito constitucional à intimidade (art. 5º, X, Constituição Federal), como também a presunção de inocência (art. 5º, LVII, Constituição Federal) – já que, se está naquele catálogo, assume-se ser um potencial criminoso, mesmo sem indícios.

Essa violação tem viés racial evidente: segundo o relatório do Colégio Nacional de Defensores Públicos Gerais (CONDEGE), 80% de erros em reconhecimentos fotográficos são de pessoas negras (CONDEGE, 2021), dado reiterado pela Coordenação de Defesa Criminal da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, com 83% de pessoas negras

apontadas como suspeitas foram inocentadas após reconhecimento fotográfico em sede policial (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2020).

Ademais, a utilização do chamado “álbum de suspeitos” chama a atenção pela origem das imagens, que por vezes sequer são obtidas por meio de registros oficiais – baixadas de redes sociais, fotografadas ilegalmente em abordagem autoritária e compartilhadas em grupos de WhatsApp (CEDRO; SINHORETTO; MACEDO, 2021).

Desse modo, as imagens passam a compor uma tessitura que por si só já evidencia a falibilidade da sistemática. Para além da falta da procedimentalização da técnica que leva, por exemplo, à apresentação de foto às vítimas sem os devidos cuidados e formalidades, os apontamentos que fazemos estão mais relacionados à etapa prévia. Buscam responder a perguntas como de onde estão vindo as imagens que estão sendo utilizadas para o reconhecimento e compondo os ilegais “álbums de suspeitos”, e quais são os bancos de dados utilizados, os procedimentos e protocolos que os regem.

A filtragem seletiva do sistema penal de nosso país evidencia o quanto os impactos dessa má gestão de dados recaem sobre a população negra e de baixa renda, que já sofre mais com abordagens e práticas inadequadas por parte de policiais. Nessa situação, a definição do suspeito, na verdade, é uma definição de um inimigo do Estado, são todos aqueles que racial e socioeconomicamente são marginalizados pela sociedade. E considerando todo o histórico de violência policial e no cárcere e os impactos que a retirada de um membro traz para uma família que já se encontra em uma situação mais vulnerável, é evidente que há o exercício de uma necropolítica (MBEMBE, 2016), em que o Estado, se não abertamente, decide sobre a morte, assume o risco de retirar a liberdade, a dignidade e a vida.

No que tange o engajamento com a tecnologia, observa-se tal engajamento em duas frentes: pessoas investigadas e classificadas como “suspeitas”; e de agentes de segurança pública que gerenciam o fluxo dos dados para as investigações. Nesta última, verifica-se que a falta de procedimentalização, padronização entre regiões, e prestação de contas favorece a arbitrariedade por parte de agentes policiais.

Em julgado recente do Supremo Tribunal Federal, um homem conseguiu sua liberdade após reconhecimento feito através de foto tirada por um policial enquanto andava pela rua e enviada a um colega por aplicativo (ALBUQUERQUE, 2021). De forma semelhante, a 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo absolveu um acusado de roubo que foi reconhecido pela vítima por meio de uma publicação feita em um grupo de Facebook (HIGÍDO, 2021). Para as cidadãs e cidadãos que figuram nos bancos de dados,

são poucas as vias para garantir a transparência e uso proporcional de suas imagens para investigações criminais. A principal delas é a via judicial.

Assim, nos moldes como é operado atualmente, o reconhecimento fotográfico materializa a discriminação através do tratamento de dados pessoais, especialmente fotografias, atingindo principalmente a população negra brasileira. Esse fluxo de dados também é apontado por especialistas como novas formas de controle e policiamento advindas das novidades tecnológicas (CEDRO; SINHORETTO; MACEDO, 2021) e, ainda que algumas regulações infralegais tenham sido apontadas em entrevistas – Instrução normativa da Polícia Federal, Manual de Conduta da Polícia Civil do Ceará e Recomendação da Polícia Civil RJ –, é preciso efetivar a garantia constitucional à proteção de dados pessoais, de forma unificada, em todo o país.

As práticas administrativas policiais devem ser regradas por medidas de segurança da informação, aplicando os princípios da proteção de dados, especialmente finalidade, necessidade, proporcionalidade, qualidade dos dados e não discriminação.

Esse controle deve ser efetuado mediante a governança da polícia, com medidas de transparência que demonstrem “o quanto as práticas de agentes policiais, ou mesmo o conteúdo de políticas públicas que orientam a ação da polícia são, ou não são, aderentes à democracia” (PROENÇA JUNIOR; MUNIZ, 2009, p. 23). Apenas a partir da compreensão do fluxo de dados pessoais e adoção de boas práticas em todo o ciclo de vida dos dados pessoais, o reconhecimento de pessoas a partir de fotografias terá aderência ao ordenamento jurídico brasileiro.

CONCLUSÃO

Este artigo argumentou que a regulação do reconhecimento fotográfico não pode ignorar a dimensão da proteção de dados: o modo como são obtidos, circulam e passam a integrar as bases de dados utilizadas para os procedimentos de reconhecimento fotográfico.

A pesquisa conduzida indicou, em reforço a um diagnóstico amplamente conhecido, que há graves injustiças baseadas em uso incorreto de dados pessoais por conta das arbitrariedades da ferramenta de investigação, que não conta com métodos uniformes. A falta de definições rígidas sobre a coleta, armazenamento e descarte de dados pessoais (em especial as imagens utilizadas para o reconhecimento fotográfico) com finalidade de persecução penal, faz com que haja uma falibilidade cíclica entre filtragem racial na abordagem, investigações, acusações e condenações que dela decorrem. Isso tem es-

pecial consequência ao se observar o ciclo de vida desses dados dentro dos registros criminais e da delegacia: a circulação injusta desses dados prende indivíduos classificados enquanto “suspeitos” – especialmente a população negra – em uma situação de violações contínuas de direitos fundamentais.

Inserindo o fenômeno no enquadramento da justiça de dados, apontou-se ser necessário o controle e revisão da base de dados para a exclusão de dados de cidadãos e cidadãs, seja porque o titular nunca teve nenhum tipo de acusação ou investigação, seja por haver absolvição das denúncias. O descarte é uma obrigação que deve existir no meio policial, mas também no âmbito judicial, isto é, havendo uma decisão absolutória, o juiz deveria proferir um despacho solicitando a exclusão dos dados do indivíduo julgado das bases de dados da polícia.

As polícias de cada ente federativo se diferenciam por seus procedimentos, níveis de transparência e infraestrutura utilizada para o tratamento de dados pessoais, de modo que é necessária uma agenda robusta sobre regulação e sobre procedimentos nas delegacias de polícia, uma questão de governança da polícia. A definição de boas práticas em segurança da informação é passo essencial para efetivar o direito à proteção de dados no reconhecimento fotográfico. A partir dos parâmetros acima apresentados, é possível não apenas regular a coleta de dados e imagens por meio das práticas existentes, como também orientar sua aplicação com outras tecnologias, como *bodycams*⁹, tecnologias de policiamento preditivo, reconhecimento facial ou algoritmos que realizem tratamento de dados biométricos.

.....

9 Câmeras acopladas ao uniforme de policiais para gravação das abordagens de agentes. A Polícia Militar de São Paulo prevê o recebimento de mais de 2 mil câmeras em abril de 2022 (ZANINI, 2022).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Victor Batista de. Canal Ciências Criminais. STF: homem condenado com base em reconhecimento fotográfico consegue liberdade em liminar, *Canal Ciências Criminais*, 7 out. 2021. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/stf-homem-condenado-com-base-em-reconhecimento-fotografico/>. Acesso em: 13 dez. 2021.

BIONI, Bruno *et al.* A Landmark Ruling from the Brazilian Supreme Court: Data Protection as an Autonomous Fundamental Right and Informational Due Process. *European Data Protection Law Review*, v. 6, p. 615, 2020.

BIONI, Bruno; ZANATTA, Rafael. Direito e economia política dos dados: um guia introdutório. In: DOWBOR, Ladislau (org.). *Sociedade Viglada*. São Paulo: Autonomia Literária, 2020.

BRASIL. Emenda Constitucional 115, de 10 de fevereiro de 2022. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm. Acesso em: 17 mar. 2022.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 17 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). *Habeas Corpus* nº 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. Prova inválida como fundamento para a condenação. Rigor probatório. Necessidade para evitar erros judiciários. Participação de menor importância. Não ocorrência. Ordem parcialmente concedida. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, 27/10/2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1996943&num_registro=202001796823&data=20201218&formato=PDF. Acesso em: 17 mar. 2021.

CASTRO, Nathalia. “Fotos que condenam”: homem ficou 10 meses preso injustamente e foi tido como criminoso 9 vezes por erro de reconhecimento. *G1*. 30 set. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/09/30/fotos-que-condenam-homem-ficou-10-meses-presos-injustamente-e-foi-tido-como-criminoso-9-vezes-por-erro-de-reconhecimento.ghtml>. Acesso em: 11 mar. 2022.

CEDRO, André S. S.; SINHORETTO, J.; MACEDO, H. L. S. Tecnologia, Novas Formas de Controle e Policiamento. In: Jacqueline Sinhoretto. (Org.). *Policiamento e Relações Raciais: Estudo comparado sobre formas contemporâneas de controle do crime*. 1ed. Rio de Janeiro: Autografia, 2021, v. 1, p. 375-392. Disponível em: <http://www.gevac.ufscar.br/wp-content/uploads/2020/09/policiamento-ostensivo-rel- raciais-2020.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2021.

CONDEGE. *Relatório sobre reconhecimento fotográfico em sede policial*. CONDEGE. 2021. Disponível em: https://trello-attachments.s3.amazonaws.com/5ed9417e30b44d560232a308/60772821f2f8e58a1b92f563/a9a3f1f6a00bf3b6dbfb4dc9ba61ea79/Relat%C3%B3rio_CONDEGE_-_DPERJ_reconhecimento_fotogr%C3%A1fico.pdf. Acesso em: 17 mar. 2022.

D'ASCOLA, Vincenzo Nico. Per un nuovo diritto (amministrativo) di polizia. *Archivio Penale*, n. 1, p. 75, 2021.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. [Sem título]. Defensoria Pública do Rio de Janeiro. 2020. Disponível em: https://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/Relat%C3%B3rio__DPE-RJ.pdf. Acesso em: 17 mar. 2022.

FREITAS, Carolina. Alerj discute ilegalidade de prisões com base em reconhecimento fotográfico. *O Dia*. 8 out. 2021. Disponível em: <https://odia.ig.com.br/rio-de-janeiro/2021/10/6251777-alerj-discute-ilegalidade-de-prisoas-com-base-em-reconhecimento-fotografico.html>. Acesso em: 15 dez. 2021.

GUIMARÃES, Ana Cláudia. 1ª Vara Criminal: cientista de dados da IBM, negro, é preso por reconhecimento de foto. *O Globo*. 7 set. 2021. Disponível em: <https://blogs.oglobo.globo.com/ancelmo/post/1-vara-criminal-cientista-de-dados-da-ibm-negro-e-preso-por-reconhecimento-de-foto.html>. Acesso em: 11 mar. 2022.

HIGÍDO, José. TJ-SP absolve réu reconhecido por meio de fotos publicadas em grupo de Facebook. *Conjur*. 16 set. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-16/tj-sp-absolve-reu-reconhecido-meio-fotos-grupo-facebook>. Acesso em: 13 dez. 2021.

INNOCENCE PROJECT. *Prova de Reconhecimento e Erro Judiciário*. 1ª Ed. Brasil: São Paulo, 2020. Disponível em: https://www.innocencebrasil.org/_files/ugd/800e34_dde9726b4b024c9cae0437d-7c1f425bb.pdf. Acesso em: 17 mar. 2022.

KALB, Christiane Heloisa; SOUZA, Franciny. A falibilidade da memória nos relatos testemunhais: a implicação das falsas memórias no processo penal. *Revista Fronteiras Interdisciplinares do Direito*, v. 2, n. 2, p. 60-87, 2020.

MATIDA, Janaina; 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: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/506>. Acesso em: 14 dez. 2021.

MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. STF reconhece direito fundamental à proteção de dados. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 130, 2020.

MENDONÇA, Jeniffer. Ponte. Justiça manda soltar Victor, motoboy negro que foi preso ao denunciar furto da própria moto, *Ponte*, 11 jun. 2021. Disponível em: <https://ponte.org/justica-manda-soltar-victor-motoboy-negro-que-foi-preso-ao-denunciar-furto-da-propria-moto/>. Acesso em: 13 dez. 2021

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Avanços Científicos em Psicologia do Testemunho Aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses. Lilian Stein (coord.). *Série Pensando o Direito*, n. 59. Brasília: Ipea, 2014. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf. Acesso em 13 mar. 2022.

MOTA, Camilla Veras. “Fui preso após foto do meu Facebook ir parar em álbum de suspeitos”; polícia prende inocentes com base em reconhecimento fotográfico. *UOL*. 13 out. 2021. Disponível

em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/bbc/2021/08/13/policia-prende-inocentes-com-base-em-reconhecimento-fotografico-falho.htm> . Acesso em: 9 fev. 2022.

MUNIZ, Jacqueline; CARUSO, Haydé; FREITAS, Felipe. Os estudos policiais nas ciências sociais: um balanço sobre a produção brasileira a partir dos anos 2000. *Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais*, v. 2, p. 148-187, 2018.

PAGNAN, Rogério; RODRIGUES, Arthur; VALENTE, Rubens. Falhas em reconhecimento alimentam máquina de prisões injustas de negros e pobres no Brasil. *Folha de São Paulo*. 25 mai. 2021. Disponível em: <https://temas.folha.uol.com.br/inocentes/erros-de-reconhecimento/falhas-em-reconhecimento-alimentam-maquina-de-priso-es-injustas-de-negros-e-pobres-no-brasil.shtml>. Acesso em: 11 mar. 2021.

PRAZERES, Leandro. As 3 mortes de Heberon. *Uol*. Disponível em: <https://www.uol.com.br/noticias/especiais/as-3-mortes-de-heberon.htm#tematico-3>. Acesso em: 9 fev. 2022.

PROENÇA JUNIOR, Domicio; MUNIZ, Jacqueline de Oliveira; Poncioni, Paula Ferreira. Da Governança de Polícia à Governança Policial: controlar para saber, saber para governar. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, v. 3, p. 14-37, 2009.

SANT'ANA, Ricardo. Ciclo de vida dos dados: uma perspectiva a partir da ciência da informação. *Informação & Informação*, Londrina, v. 21, 2016, n. 2, p. 116 - 142. DOI: <http://dx.doi.org/10.5433/1981-8920.2016v21n2p116>. Disponível em: <https://www.uel.br/revistas/uel/index.php/informacao/article/view/27940>. Acesso em: 24 nov. 2021.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 676, de 2021. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para disciplinar o reconhecimento fotográfico de pessoa. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/147134>. Acesso em: 17 mar. 2022.

SOARES, Rafael. Acusado injustamente por morte de PM, vidraceiro é preso de novo: “Ele não sabe nem qual é a acusação”, diz advogado. *Extra*. 7 fev. 2020. Disponível em: <https://extra.globo.com/casos-de-policia/acusado-injustamente-por-morte-de-pm-vidraceiro-preso-de-novo-ele-nao-sabe-nem-qual-a-acusacao-diz-advogado-24234768.html>. Acesso em: 9 fev. 2022.

STEIN, Lilian Milnitsky [et al.]. *Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010.

TAYLOR, Linnet. What is data justice? The case for connecting digital rights and freedoms globally. *Big Data & Society*. July–December, 2017. p. 1–14. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/2053951717736335>. Acesso em: 17 mar. 2022.

TEIXEIRA, Mônica. G1. Homem responde a cinco processos por causa de reconhecimento fotográfico no Rio. 15 set. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/09/15/homem-responde-a-cinco-processos-por-causa-de-reconhecimento-fotografico-no-rio.ghtml>. Acesso em: 13 dez. 2021.

VARGAS, Andressa; et al. *Guia orientativo sobre segurança da informação para agentes de tratamento de pequeno porte*. Autoridade Nacional De Proteção De Dados. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/guia-vf.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2022.

VASCONCELOS, Caê. Ponte. Jovens negros são presos por roubo e reconhecidos por vítima branca pela foto do RG. 29 jun. 2021. Disponível em: <https://ponte.org/jovens-negros-sao-presos-por-roubo-e-reconhecidos-por-vitima-branca-pela-foto-do-rg/>. Acesso em: 15 dez. 2021.

VIANA, Eduardo; MONTENEGRO, Lucas; GLEIZER, Orlandino. *O direito de proteção de dados no processo penal e na segurança pública*. São Paulo: Marcial Pons, 2021.

ZANATTA, Rafael et al. Os Dados e o Vírus: Tensões jurídicas em torno da adoção de tecnologias de combate à Covid-19. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 14, n. 1, p. 231-256, 2020.

ZANINI, Fábio. São Paulo vai instalar 2.556 novas câmeras corporais em policiais militares. 15 mar. 2022. **Folha de São Paulo**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/painel/2022/03/sao-paulo-vai-instalar-2556-novas-cameras-corporais-em-policiais-militares.shtml>. Acesso em: 17 mar. 2022.

O USO DO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO COMO MEIO DE PROVA

UMA ANÁLISE CRÍTICA À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E PORTUGUÊS.

THE USE OF PHOTOGRAPHIC RECOGNITION AS A MEANS OF EVIDENCE: A CRITICAL ANALYSIS IN THE LIGHT OF THE BRAZILIAN AND PORTUGUESE LEGAL SYSTEMS.

João Thomas Luchsinger¹, Isabella Victória Aranha Ribeiro² e Maurilio Casas Maia³

Resumo: A presente pesquisa tem como escopo analisar o instituto do reconhecimento fotográfico dentro do contexto brasileiro em comparação com o português. Para tanto, investigou-se a utilização desse meio de prova no direito comparado, bem como buscou-se entender se a sua aplicação no Brasil, nos moldes de Portugal, era mais benéfica à garantia de justiça. Considerando a série de fragilidades e inseguranças jurídicas que esse instituto acarreta, este trabalho tentou compreender os principais fatores gerais e específicos capazes de ensejar instabilidade relacionados ao uso desse aparato no processo penal, bem como analisou a atuação do Tribunal de Justiça do Amazonas frente a esse mecanismo.

Palavras-chave: Reconhecimento fotográfico. Brasil. Portugal. Inseguranças Jurídicas. Tribunal do Estado do Amazonas.

Abstract: *The present research aims to analyze the institute of photographic recognition within the Brazilian context in comparison with the Portuguese one. To do so, the use of this means of evidence in comparative law was investigated, as well as an attempt to understand whether its application in Brazil, as in Portugal, was more beneficial to the guarantee of justice. Considering the series of legal fragilities and insecurities that this institute entails, this work attempted to understand the main general and specific factors that may cause instability related to the use of this apparatus in the criminal process, as well as to analyze the performance of the Court of Justice of the State of Amazonas in relation to this mechanism.*

Keywords: *Photographic recognition. Brazil. Portugal. Legal Insecurity. Court of the State of Amazonas.*

.....

1 Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professor da Universidade Federal do Amazonas – UFAM. E-mail: jthomasam@gmail.com.

2 Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM). E-mail: isabellav.aranha@gmail.com.

3 Doutor em Direito Constitucional e Ciência Política (UNIFOR). Professor da Universidade Federal do Amazonas – UFAM. E-mail: mauriliomaia@gmail.com.

UMA INTRODUÇÃO AO RECONHECIMENTO FOTOGRAFICO

O reconhecimento, previsto no art. 226, do Código Processual Penal (CPP) brasileiro, consiste em um ato o qual visa obter a identificação por meio de um processo psicológico de comparação com uma experiência do passado.

Com base nesse dispositivo, encontram-se formalidades que devem ser seguidas para que o procedimento de reconhecimento de pessoas ou coisas seja considerado válido, garantindo sua fidelidade enquanto prova.

Assim, para a realização da diligência, é necessária a prévia descrição do suspeito de transgredir norma penal. Com os traços físicos e estéticos do possível desviante, procede-se com a busca de pessoas semelhantes a ele para iniciar o processo de reconhecimento. Este artigo ainda prevê mecanismos de proteção da vítima durante a sua realização, como uso de vidros espelhados, que impossibilitassem que a vítima fosse vista. Dispondo, por fim, sobre o auto de reconhecimento.

O reconhecimento pode ser realizado, então, por meio de duas formas: *showup* e *lineup*. O *showup* consiste na apresentação do suspeito à vítima, dispensando inocentes com características semelhantes ao do possível réu. Por outro lado, o *lineup*, também chamado de alinhamento, pode ser simultâneo ou sequencial. No reconhecimento simultâneo, a vítima deve reconhecer o agente em um conjunto de pessoas alinhadas. Enquanto que, no reconhecimento sequencial, as pessoas são apresentadas sucessivamente.

O legislador português optou pelo reconhecimento simultâneo (*lineup*). Então, seguindo os ditames do seu art. 147, n.º 2, do Código de Processo Penal português, são chamadas pelo menos duas pessoas semelhantes à pessoa a ser identificada para ficarem ao lado dela durante o procedimento. No Brasil, segundo o art. 226 do CPP, também deveria se realizar o reconhecimento por *lineup* simultâneo.

No entanto, na prática, o Brasil realiza o reconhecimento de pessoas por meio do *showup* e do *lineup*, em virtude da expressão “se possível” presente no dispositivo processual, além de apresentar inovações como o álbum de suspeitos e reconhecimentos informais (relatórios ou depoimentos, sem documento oficial como Auto de Reconhecimento).

O reconhecimento fotográfico, em âmbito português, tem fundamento no art. 147, n.º 5, do CPP português, indicando a necessidade de posterior reconhecimento pessoal para ser considerado como meio de prova. Os dois ordenamentos jurídicos apresentam críticas em relação à necessidade de ratificação em juízo, considerando a irrepetibilidade da

prova, afirmando que um reconhecimento prévio condiciona o outro (Acórdão do Tribunal de Relação de Lisboa, de 22/06/2011 e HC 712.781, do STJ).

Por sua vez, no contexto brasileiro, apesar de não ter menção no seu Código de Processo Penal, o reconhecimento fotográfico tem previsão em regulamentos da polícia judiciária, como se observa no Manual de Procedimentos de Polícia Judiciária no âmbito da polícia civil do Estado do Tocantins (art. 65) e Coletânea Normativa da Polícia Civil do Estado do Ceará (art. 46), ressaltando a importância de observar as cautelas aplicáveis.

Nesse mesmo sentido anda o entendimento jurisprudencial brasileiro, admitindo o reconhecimento fotográfico que observar as regras dispostas no art. 226, do CPP e declarando nulidade àqueles procedimentos que as desrespeitarem (HC 598.886).

No entanto, a obrigatoriedade do rito descrito neste artigo consiste em um entendimento atual dos tribunais superiores. O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, possui dois julgados do ano de 2020 admitindo o reconhecimento fotográfico sem observar tais formalidades legais (AgRg no AgRg no Ag em REsp 1.631.690 e RHC 131.400), mudando de posicionamento repentinamente, tão somente, em outubro de 2020, a partir do HC 598.886.

Nesse mesmo sentido, em dezembro de 2022, o RHC 133.408, do STJ, ratifica a tese firmada pelo HC 598.886 ao destacar a importância de se observar as regras procedimentais do art. 226, do CPP.

POSSÍVEIS CAUSAS PARA O USO INADEQUADO DO RECONHECIMENTO FOTOGRAFICO

A tentativa de instrumentalizar o reconhecimento fotográfico sem observância às regras processuais remonta o histórico do processo penal brasileiro, marcado pelo Estado autoritário. Nesse contexto, “o autoritarismo expressava-se pela superioridade do coletivo sobre o individual, mas o coletivo não equivalia à sociedade civil e sim ao Estado” (FERNANDES, 2020, p. 130).

O Código de Processo Penal brasileiro, influenciado pelo positivismo italiano, ainda apresenta, na verdade, os ideais autoritários do Estado Novo, resguardando características da lógica inquisitória, como: busca quase ilimitada da verdade real e intervenção do magistrado no conjunto probatório.

Aplicável aqui, então, o entendimento da professora Lara Teles Fernandes (2020, p. 92-93) quanto ao vazio epistemológico do discurso da verdade real:

Pode-se aduzir que há uma identificação do discurso da verdade real no processo penal e o realismo ingênuo, conexão na qual se verifica a ausência de compromisso com uma análise epistemológica dos fatos e um posicionamento alheio ao reconhecimento de limitações cognitivas dos sujeitos processuais e dos elementos de prova produzidos a partir do fator humano.

Ou seja, na lógica do sistema inquisitório, verifica-se o desprezo pela forma, sendo relevante tão somente a obtenção da verdade. No entanto, a inexistência de limites processuais resulta apenas na reprodução da convicção do inquisidor, afastando o processo da verdade.

Nesse ponto, constata-se que a ideia de se obter a verdade a todo custo, mitigando direitos e garantias fundamentais em prol da 'justiça' seria responsável por ocasionar mais erros judiciários.

Além da busca desenfreada da verdade real, identifica-se como outro argumento para justificar o uso inadequado do reconhecimento fotográfico à racionalidade efficientista do processo penal. Nesse sentido, agentes responsáveis pela persecução penal relativizam direitos fundamentais e renunciam ao formalismo de certos procedimentos em razão da necessidade imediata de proteção da sociedade, eliminando riscos e perigos.

Evidentemente, a eficiência processual é importante para a segurança pública, porém a sua concretização vem a partir da celeridade processual e do procedimento regular. Isto é, o processo penal não pode ser demasiadamente moroso, ainda mais se tratando de provas que requerem a memória do ser humano. Contudo, o imediatismo nesse processo reflete num ataque às garantias fundamentais, o que afeta diretamente a realização da justiça, no que tange, por exemplo, a qualidade das provas.

Voltando-se ao foco da presente pesquisa, vislumbra-se a utilização do reconhecimento fotográfico como alternativa ao pessoal. Em relação a isso, destaca-se que não existe nenhuma evidência relevante que firme a existência de uma superioridade do reconhecimento pessoal.

Dessa forma, a utilização do reconhecimento fotográfico em detrimento do pessoal urge, pautada na lógica efficientista, buscando o melhor custo-benefício para a conjuntura processual e órgãos responsáveis pela persecução penal.

Assim sendo, no reconhecimento pessoal, pode-se ocorrer de não existir estrutura para realização dos painéis em face da dificuldade material de se encontrar pessoas idênticas aos suspeitos. De igual modo, a questão orçamentária da diligência também se coloca como um ponto favorável ao reconhecimento fotográfico.

Então, a problemática não é o uso do reconhecimento fotográfico, mas a forma e contexto em que ele é utilizado. Isto é, a sua utilização visando um imediatismo e uma verdade real, desrespeitando garantias fundamentais como os trâmites formais a favor, supostamente da justiça, é que enseja incertezas e erros judiciais.

RISCOS INERENTES À UTILIZAÇÃO INADEQUADA DO RECONHECIMENTO FOTOGRAFICO

FRAGILIDADES GERAIS

O reconhecimento é considerado um procedimento frágil no plano epistêmico em virtude da percepção limitada do mundo do ser humano, sendo, então, suas fragilidades equivalentes às da prova testemunhal.

O processo mnemônico é um processo seletivo e de interpretação que assenta as experiências do observador, consistindo em um fenômeno subjetivo, que visa a reelaboração de uma percepção. Isso implica dizer que, diante de um delito, a vítima guarda a emoção e suas sensações em relação ao evento, esquecendo detalhes técnicos.

A ocorrência desse fenômeno justifica-se pelo fato de a capacidade de atenção do ser humano ser limitada, não sendo capaz de codificar todos os estímulos ocorridos no ambiente. Outro ponto que influencia a impossibilidade de guardar cognitivamente o evento é que as pessoas não são armazenadas como fotos, mas em reconstruções momentâneas, de forma que é mais fácil memorizar acontecimentos do que a fisionomia das pessoas.

Assim, diante do processo subjetivo de armazenamento dos fatos na memória, pode-se apresentar uma versão diferente de um mesmo fato, não por mentira, mas por terem armazenado sensorialmente dessa forma.

Ratifica essa premissa Susan Haack (2012, p. 227, apud FERNANDES, 2020, p. 192) ao alertar que pode haver várias descrições distintas e simultaneamente verdadeiras de um mesmo fato, que pode ser relatado de muitas maneiras diferentes, a depender do ponto de vista sobre o qual se lastreia e das circunstâncias e detalhes ressaltados pelo expositor.

O processo cognitivo complexo da composição de uma recordação compõe-se em três fases: (i) fase de codificação, percepção ou aquisição, (ii) fase de armazenamento ou retenção e (iii) fase da recuperação ou reprodução da informação.

Na percepção, o evento experimentado é transformado em algo compreensível para o sistema cognitivo, baseando-se na interpretação do indivíduo sobre o fato vivenciado. Nesse primeiro momento, consideram-se fatores capazes de distorcer e induzir ao erro: a iluminação (alteração de luz e cores), a velocidade em que os fatos acontecem, a idade do observador (sendo ele mais velho ou criança tem menos chance de identificar), o estado psíquico (nível de estresse/uso de álcool ou outras drogas), distância entre o observador e a cena do crime, o tempo de duração da observação (quanto menos tempo, mais chances de produção de erros) e, por fim, a utilização de arma.

No que diz respeito ao chamado *Weapon Focus Effect*, este consiste numa fragilidade em que o efeito da presença da arma durante o crime resulta na atenção da vítima voltada prioritariamente à arma, deixando de observar outros eventos, inclusive, as características do agente.

Outro fator que afeta a codificação da memória no contexto da observação é a quantidade de pessoas presentes, de maneira que, em crimes com número elevado de agressores, com coautoria ou participação, torna-se mais difícil para o indivíduo realizar a diferenciação destes, possibilitando maior chance de erros em uma eventual identificação.

Na segunda fase do processo cognitivo, tem-se o armazenamento, que, em síntese, retém a memória codificada.

Por fim, tem-se a fase de recuperação, que implica a revisitação da memória retida, ocorrendo toda vez que se lembra do evento. Quanto a isso, verifica-se que depois de armazenado, o acontecimento pode ser esquecido ou distorcido.

Os fatores de erro aqui se ligam ao decurso do tempo entre o evento e a sua reinvocação, sendo que quanto maior, mais probabilidade de erro no reconhecimento. Nessa fase, também se observa a contaminação por informações externas, marcada, principalmente, pela comunicação entre testemunhas/vítimas, exposição midiática ao caso e pelo número de vezes que são entrevistadas.

Quando o observador é chamado para prestar declarações sobre uma mesma matéria mais do que uma vez no processo, aumenta a chance de modificação da memória original, integrando informações que não foram por ele percebidas. Esse mesmo fenômeno ocorre em relação ao contato entre testemunhas/vítimas, compartilhando suas interpretações sobre o evento e, por conseguinte, também adicionando fragmentos à memória,

podendo formar falsas recordações e deslocação inconsciente da memória. Ainda se vislumbra a incorporação de falsas informações ao serem expostos a reportagens sobre o evento que se vivenciou.

As falsas memórias refletem a contaminação da memória na tentativa de se obter o evento, não havendo compatibilidade entre o que foi recordado e o que ocorreu de fato. A deslocação inconsciente da memória dispõe sobre a identificação de uma pessoa, mas a inserida em um contexto diverso do contexto real. Outra perturbação que se assemelha a esta é o chamado *déjà vu*, quando se cria uma falsa recordação de ter visto uma determinada pessoa que, na verdade, não se viu.

Os procedimentos do sistema de justiça criminal também apresentam fatores capazes de influenciar a memória. No Brasil, percebe-se uma alta carga de sugestionabilidade. Assim, evidencia-se a presença de feedbacks sobre o desempenho da vítima, de perguntas fechadas, conduzindo à confirmação ou visão de túnel.

A condução da diligência por autoridade policial dotada de conhecimento de quem é o suspeito acaba gerando estímulos inconscientes, que podem ser captados pela vítima, que tentará suprir a expectativa do agente, sendo esse fenômeno conhecido como *Yes Effect*.

Em Portugal, tal como ocorre no Brasil, observa-se outro fator que influi na fiabilidade e autenticidade da diligência: a repetibilidade. Com base no art. 147, nº 5, do CPP português, o reconhecimento fotográfico só possui valor probatório se posteriormente for realizado reconhecimento pessoal presencial. Assim, o reconhecimento prévio condiciona a capacidade da memória da pessoa que vai proceder à diligência.

Além das perturbações ocasionadas pelos operadores do sistema penal, existe ainda o chamado *Cross Race Effect*, que descreve situações em que se encontra a dificuldade de uma pessoa reconhecer uma outra com fisionomia distinta da sua (grupos étnicos, raças diferentes). Assim, apesar de ocorrerem erros em reconhecimentos de pessoas de mesma raça, a margem de erro é maior quando se trata de raças distintas, resultado da falta de contato inter-racial.

Com a evolução dos estudos referentes ao reconhecimento, professores e pesquisadores, como Gustavo de Ávila, Janaina Matida, Lara Teles, Lilian Stein e William Cecconello (BRASIL, 2021), preveem algumas formalidades que surgem como essenciais para a realização de um reconhecimento mais fidedigno.

Inicialmente, é recomendada uma instrução prévia às vítimas, indicando que o suspeito pode não estar presente, bem como solicitar um grau de certeza por parte do observador. Em seguida, visando impedir a ocorrência do *Yes Effect*, sugere-se algo intitulado de

“cegueira mútua” ou “duplo cego”, que determina que o policial responsável por conduzir o reconhecimento não saiba quem é o suspeito, não sendo capaz de induzir, mesmo que involuntariamente, a vítima.

É considerado como imprescindível para a realização de um reconhecimento eficaz também o número de pessoas (entre 4 a 6 pessoas) no alinhamento, renegando o *showup*, visto que ele gera condições como a visão de túnel e induz à confirmação. Por fim, ressalta a importância de gravar em vídeo o procedimento para verificação da existência de nulidades.

FRAGILIDADES ESPECÍFICAS

Neste ponto, aborda-se sobre as fragilidades específicas do reconhecimento fotográfico. Insta salientar que não é qualquer diligência utilizando fotografias que pode ser considerado reconhecimento fotográfico.

Em síntese, pode-se considerar, atualmente, duas modalidades que exprimem o reconhecimento por fotografia em sede investigativa no Brasil: o *showup* e o álbum de suspeitos. Como previamente visto, o *showup* consiste na prática de se apresentar exclusivamente o suspeito, no caso, uma foto dele, solicitando à vítima que verifique se se trata do autor do delito, como uma espécie de “verdadeiro ou falso”.

Inclusive, em observância aos estudos relacionados à epistemologia jurídica e à psicologia do testemunho, a 6ª Turma do STJ, em março de 2022, no HC 712.781, firmou a ilegalidade do método *showup*, destacando, dentre outros fatores, a influência da autoridade policial como forma de comprometer a diligência.

Os riscos inerentes a isso são os mesmos existentes em um reconhecimento presencial: se o suspeito apresentar características semelhantes às do autor do crime, em especial aquelas observadas pela vítima, tendo em vista a ausência de comparação com outros, a probabilidade de reconhecimento é grande.

O álbum de fotografias, apesar de visto como procedimento para reconhecimento fotográfico, deve ser rechaçado não só por não ter fundamento no ordenamento, consequentemente, não apresentando protocolos referentes à sua condução, mas porque inexistem critérios para inclusão ou exclusão de imagens.

Supostamente, as fotos presentes nesses álbuns referem-se a suspeitos, presos, indiciados por delitos, mas não condenados. No entanto, em janeiro de 2022, identificou-se o uso de uma foto do ator Michael B. Jordan no álbum de fotografias (FOTO..., 2022),

considerando-o como suspeito da chacina de Sapiranga, Ceará. Em Portugal, pela leitura do Acórdão 90/2013, do Tribunal Constitucional, verifica-se reconhecimento realizado por fotografia coletiva, a qual retratava também ator muito conhecido português dentro do álbum de fotografias.

Além disso, os indivíduos presentes nesses álbuns não necessariamente apresentam semelhança com as características do transgressor da norma penal fornecidas pela vítima, e, mesmo assim, são consideradas suspeitas de forma aleatória e irresponsável. Além disso, a exibição de múltiplas pessoas sobrecarrega o sistema cognitivo, reduzindo a capacidade de reconhecer corretamente o agente.

Evidentemente, questionável o emprego dessa modalidade, denota-se outro exemplo de sugestionamento nesse procedimento, qual seja, a informação prévia de que as pessoas apresentadas no álbum são criminosas, fazendo com que a vítima ou testemunha se sinta despreocupada em ter cautela em sua escolha, pois não prejudicará supostamente ninguém 'de bem'. Ou seja, uma verdadeira roleta russa. Assim sendo, não há justificativa alguma para a utilização dessa prática, devendo ser inadmissível até mesmo nas investigações.

Outra questão que deve ser trabalhada como fator que induz ao erro, tanto no caso de *showup* quanto no álbum de fotografias, é a qualidade da imagem utilizada. É imprescindível para a utilização do reconhecimento fotográfico a apresentação de fotos com resolução suficiente para apresentar características individuais, certificadas que estão íntegras, sem distorções, com luz de qualidade para visualização de marca e sem distorções de perspectivas.

Resguardando a qualidade da imagem, depara-se com outra fragilidade específica: a identificação não oficial, isto é, ocorrência de investigação amadora, fora do processo, em que se encontra uma quantidade imensa de fotos em redes sociais como *Facebook* e *Whatsapp*, devendo ser vedada essa prática.

A utilização do reconhecimento fotográfico pode ser bastante útil para a investigação criminal, possibilitando a identificação de um potencial suspeito com certa rapidez. Entretanto, é necessário assegurar sua eficácia, aplicando as recomendações indicadas para o reconhecimento presencial acrescidas de uma padronização de imagens (com qualidade, iluminação e ângulos).

Em Portugal, pela leitura do art.6º da Lei nº. 67/2017, as fotografias utilizadas na diligência são retiradas dos chamados "clichés" fotográficos, nos quais se registra a pessoa,

já considerada anteriormente como suspeita pela polícia, de corpo inteiro, de perfil, 3x4 e de frente.

Nesse sentido, reconhecendo a celeridade com que esse mecanismo pode conferir a persecução penal, com uso de sistemas avançados capazes de compilar fotos de sujeitos com características similares, identifica-se a criação de um banco digital de fotos com imagens padronizadas, como sugestão de implementar esse reconhecimento (MATIDA; CECCONELLO, 2021, p. 431).

“CROSS RACE EFFECT” NO BRASIL E EM PORTUGAL E O RACISMO ESTRUTURAL

Como previamente trabalhado, o chamado *Cross Race Effect*, também conhecido como *Other Race Effect* (ORE), retrata a dificuldade existente em diferenciar indivíduos de grupos étnicos diferentes (MAGALHÃES, 2020, p. 1715). Assim sendo, pessoas brancas, por exemplo, teriam menos facilidade em reconhecer um indivíduo negro específico em frente a um grupo composto de negros.

Ou seja, a consequência é que pessoas de grupos étnicos minoritários correm mais risco de serem falsamente reconhecidos do que pessoas de grupos majoritários (MANZANERO, 2010, p. 165 apud FERNANDES, 2020).

Diante de uma pesquisa comparativa crítica, inevitavelmente, há de se destacar o contexto histórico que relaciona os dois países.

A relação social de poder, evidenciada durante o período colonial, é marcada por essa ideologia racista – que considerava os negros inferiores –, responsável por sustentar a exploração da mão de obra africana, trazida pelos colonizadores portugueses nos navios negreiros ao Brasil. No âmbito do direito, observa-se que, na época escravagista, a legislação portuguesa tratava o negro como um mero objeto, não sendo titular de direitos.

Entre o Império e a República, ocorre a abolição da escravatura. No entanto, durante a transição de escravo a cidadão, não se estabeleceram mecanismos com o escopo de integrar a população negra à sociedade. Pelo contrário, perpetuaram-se os valores europeus racistas, com a intenção de manter a hegemonia branca, de forma que os códigos da época continham normas que criminalizavam condutas praticadas majoritariamente por negros, como a capoeiragem, o curandeirismo e a vadiagem.

Aqui, então, enquadra-se a questão racial. No Brasil, o *Cross Race Effect* não ocorre necessariamente por um racismo consciente, mas fruto dessa construção histórica. Isto é, após a abolição da escravidão, os negros passaram a sobreviver nos bairros mais pobres, conseqüentemente, o índice de criminalidade entre eles aumentava, contribuindo para o estereótipo de criminoso do negro.

Atualmente, ainda se vislumbra a população negra nas posições mais desfavoráveis em todos os segmentos da vida social. De forma que a falta de contato inter-racial, provocada por essa segregação social, resulta em uma menor capacidade de distinção e reconhecimento de indivíduos.

Por sua vez, o território português não está isento do racismo, sendo um dos pioneiros no comércio transatlântico de escravos, no ano de 2020, visualizamos dois episódios capazes de ratificar isso: (i) a agressão sofrida pela advogada Cláudia Simões (CLÁUDIA..., 2020) após um desentendimento com motorista de ônibus, em que a polícia agiu de forma agressiva, imobilizando-a e asfixiando-a e (ii) a morte de Bruno Candé (HOMICIDA..., 2021) por vários tiros pelo seu vizinho após vários insultos de cunho racista.

Considerando isso, percebe-se que, nos últimos dados disponibilizados no relatório do INFOPEN, no ano de 2017, no Brasil, as pessoas presas de cor/etnia pardas e negras totalizavam 63,64% da população carcerária nacional. Ao passo que, em análise ao sistema penitenciário português, vislumbra-se que o país não faz esse tipo de divisão.

Em pesquisa mais aprofundada, chega-se à conclusão que não se tem nem dados sobre a quantidade de população negra no país e que, inclusive, o Censo português (INE), em abril de 2021, ainda assim, no novo recenseamento, optou por não dividir em grupos de origem por considerar que “a população portuguesa não estaria preparada” (AMATO, 2021).

Ou seja, o racismo no território português tem sido ofuscado por uma narrativa de excepcionalidade nacional, cultural e colonial. Isto é, com fundamento na teoria lusotropicalista (RAPOSO; ALVES; VARELA; ROLDÃO, 2019, p. 8-9), de Gilberto Freyre, que afirma que o colonialismo português se diferencia dos demais em razão das ideias de interculturalidade e miscigenação, disfarçam-se todos os processos de violência enfrentados. Assim, o debate acerca do racismo permanece em um entrave, em que se considera que as ocorrências desse fenômeno são individuais e excepcionais.

Toda essa construção histórica dos dois países remonta, em específico, à exclusão social da população negra. Assim sendo, a atuação policial e sua discricionariedade também podem ser vistos como fatores relacionados ao racismo que influenciam nos resultados do procedimento, afetando, inclusive, seu uso em sede investigativa.

No contexto brasileiro, em busca do processo penal efficientista, observa-se que durante o chamado “gerencialismo militarista” ocorreu uma procedimentalização dos enquadros, de forma que aumentou uma operacionalização desigual e seletiva em relação às pessoas negras.

Nesse processo, buscou-se otimizar racionalmente os meios em adequação aos fins específicos, assim como se permitiu a prática discricionária dos agentes na escolha de suspeitos e na condução do policiamento.

Em relação à racionalização do procedimento, visualiza-se que a produtividade da polícia é contabilizada quantitativamente por prisões e detecções de crimes, culminando em exaustivas realizações de enquadros.

A discricionariedade dos agentes policiais, em segundo plano, também afeta a realização do procedimento negativamente frente à população negra, uma vez que as autoridades decidem se realizarão registro de ocorrência, se utilizarão força, se gerarão inquérito policial, bem como determinam quais das inúmeras condutas típicas como crime serão alvo de patrulhamento ostensivo e combatido com prioridade.

Esse último ponto também é verificado no âmbito português, o que não é de se estranhar, considerando a negligência com que o Estado trata o racismo institucional no país. Em 2017, por exemplo, o relatório oriundo do Comitê de Prevenção da Tortura do Conselho da Europa constatou que Portugal é um dos países com mais violência policial, sendo os afrodescendentes e imigrantes os que mais correm riscos.

Nesse ímpeto, destaca-se o art. 250, nº1 do CPP português, que permite que a polícia possa parar qualquer pessoa, desde que possua suspeitas de, por exemplo, estarem irregularmente no território nacional. Isso assegura aos agentes a liberdade de enquadrar estrangeiros, incluindo os negros (majoritariamente relacionados a pertencentes dos países africanos de língua oficial portuguesa - PALOP), demonstrando a vulnerabilidade dessa população diante dos órgãos criminais.

Não suficiente, vislumbra-se que em relação a essa questão em Portugal, os preconceitos raciais afetam também a população cigana, marginalizada nos bairros considerados mais violentos do país.

Os ciganos, bem como os negros, eram vistos como potenciais escravos e discriminados pelo seu tom de pele. Da mesma forma que ocorreu no processo histórico brasileiro, esse povo, em virtude de regras ocidentais, foi forçado a abandonar sua cultura.

Nesse mesmo sentido, a comunidade cigana também passou a sobreviver em espaços considerados de forma negativa, como vendedores ambulantes. Essa segregação também

sofre com violência policial excessiva. Isso mesmo com a Constituição portuguesa de 1822, a exclusão dessa comunidade é evidente.

Ou seja, tanto o Brasil quanto Portugal apresentam processos históricos que segregaram certos povos e, que em razão disso, eles vieram a se tornar o perfil de criminoso já pré-estabelecido, sendo, então, fator capaz de fomentar mais erros ao uso do reconhecimento fotográfico não somente pela incidência do *Cross Race Effect*, mas também pela presença de um racismo inconsciente – estrutural.

ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TJAM

Neste ponto, optou-se por realizar uma pesquisa empírica apenas no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas (TJAM), compreendendo que seus julgados seriam aptos a produzir informações sobre a realidade dos dados do estado natal dos autores.

Primeiramente, a investigação exploratória focou-se na ocorrência da expressão “reconhecimento fotográfico” com índice Ementa nas decisões do TJAM com escopo de nortear a coleta dos dados que serão analisados.

Para tanto, utilizou-se o serviço de “Consulta de Jurisprudência do Segundo Grau” disponível no Sistema de Automação de Justiça do Tribunal do Amazonas.

Assim, como resultado, observou-se uma lista de 59 acórdãos, sendo o julgado mais recente datado de 08 de abril de 2022 e o mais antigo de 31 de novembro de 2015.

Com intuito de condensar as informações nos gráficos e tabelas expostos futuramente, efetuou-se o tratamento dos resultados por meio de operações estatísticas de forma a torná-los mais significativos e válidos frente a esta pesquisa.

A partir dos dados obtidos pela pesquisa exploratória, foram separadas as 42 decisões do referido tribunal, restando compreendidas aquelas proferidas no período de abril de 2022 a janeiro de 2018.

De pronto, definiu-se para o campo de abordagem investigativa, sem prejuízo da inclusão de novas ao longo da pesquisa: (i) identificar o contexto em que a expressão “reconhecimento fotográfico” foi trazida, (ii) analisar a fundamentação da decisão do assunto e (iii) observar o resultado do processo.

Do total de acórdãos analisados (42), alguns não apresentaram dados claros relacionados ao foco de estudo, embora tenham dado entrada sob a temática. Esses acórdãos

apareceram nos resultados da busca por conterem na ementa o termo “reconhecimento fotográfico”, porém não foi questionado o seu uso no processo. Esses julgados ainda serão utilizados na pesquisa.

No que diz respeito ao âmbito processual, pela classificação intitulada como “classe” do processo empregada pelo Tribunal Amazonense, a maior ocorrência do termo “reconhecimento fotográfico” se deu em acórdãos de Apelação (83,33%), encontrando-se também em Habeas Corpus (11,90%); Recurso em Sentido Estrito (2,38%); Revisão Criminal (2,38%).

Considerando o delito relacionado ao julgamento que traz a expressão “reconhecimento fotográfico”, segundo o ‘assunto’ trazido pelo sistema do tribunal, a pesquisa apontou diversos tipos penais, sendo os mais frequentes os crimes de: roubo majorado (39,53%), roubo (25,58%), latrocínio (9,3%), homicídio (9,3%) e furto (4,65%). Assim sendo, os crimes contra o patrimônio representam 88,37%; os crimes contra a vida 6,97%; crimes contra a dignidade sexual 4,65%.

Não é possível dissociar, neste ponto, que os crimes patrimoniais, não raro, são cometidos por pessoas expostas a uma vulnerabilidade financeira, resultado da má distribuição de renda, efeito comum da segregação social advinda do contexto histórico brasileiro, exposta anteriormente.

Conforme exposto anteriormente, foram analisadas 35 Apelações Criminais e 5 *Habeas Corpus* (HC) que trataram sobre reconhecimento fotográfico, sendo que a maior produção de julgados a abordar o tema é oriunda da 1ª Câmara Criminal.

Os resultados dessa análise serão ilustrados através de dados quantitativos e fragmentos representativos das decisões, considerando ainda o teor do HC 598.886, de outubro de 2020, do Superior Tribunal de Justiça.

Salienta-se que, a partir desse julgado do tribunal superior, o roteiro normativo descrito no art. 226, do CPP torna-se obrigatório em razão de se tratar de garantia mínima do procedimento, destacando que seu descumprimento enseja nulidade da prova, não podendo servir de lastro para condenação ainda que confirmado em juízo o ato, a menos que outras provas conduzam a convicção do magistrado acerca da autoria delitiva.

Observou-se, ainda, que na produção do número de acórdãos que mencionam a expressão “reconhecimento fotográfico”, no período pesquisado, houve um número expressivo no ano anterior e no posterior ao HC 598.886, do STJ.

Seguindo o campo de abordagem traçado, vê-se o contexto em que a expressão foi trazida, reiterando a existência de julgados (10) em que não se argumentou vício no uso do reconhecimento fotográfico.

Majoritariamente, percebe-se que o objetivo da interposição dos recursos, ou impetração de remédio constitucional, é alcançar a absolvição e/ou liberdade do acusado, sustentando-se na ausência de provas aptas a gerar sua condenação em virtude da nulidade no procedimento do reconhecimento.

Frente a isso, avalia-se quantos desses julgados, que trouxeram nesse lapso temporal a questão, obtiveram êxito, isto é, examina-se o resultado processual. Surpreendentemente, em síntese, observou-se que: em 32 acórdãos⁴, somente 1 teve provimento.

Quanto ao provimento expressado na Apelação Criminal nº 0237516-89.2017.8.04.0001 da Primeira Câmara Criminal, é importante tecer algumas considerações: o réu foi absolvido em virtude do princípio do *in dubio pro reo* por contradições existentes nas declarações da vítima e da testemunha.

Ou seja, embora tenha sido suscitada e o recurso tenha sido provido, o reconhecimento fotográfico não foi considerado nulo, não sendo, então, a razão pela qual a apelação foi provida, tratando, ainda, as formalidades do art. 226 como recomendação.

Quanto aos 5 processos⁵ que foram parcialmente providos, vislumbra-se que tanto no processo de nº 0227920-52.2015.8.04.0001 e o de nº 0254668-92.2013.8.04.0001 a tese de nulidade foi fulminada pelo instituto da preclusão. Isto é, as eventuais nulidades deflagradas no decorrer da instrução processual deveriam ter sido arguidas no momento oportuno.

Além disso, o reconhecimento fotográfico, nos casos supracitados, bem como nos processos de nº. 0670831-72.2019.8.04.0001, de nº 0223118-16.2012.8.04.0001 e de nº 0245186-91.2011.8.04.0001, foi ratificado em juízo e não constituía a única fundamentação probatória da decisão.

Ao se buscar uma análise sobre como vem sendo realizada a fundamentação nos acórdãos, estabelece-se como características essenciais para persistir na condenação e não dar provimento aos recursos interpostos: o conjunto probatório do caso apto a conduzir o magistrado acerca da autoria delitiva e a confirmação, em juízo, do ato realizado na fase inquisitorial.

.....

4 4000304-11.2021.8.04.0000; 0227920-52.2015.8.04.0001; 0661801-42.2021.8.04.0001; 0626418-71.2019.8.04.0001; 0010268-55.2005.8.04.0001; 0602155-38.2020.8.04.0001; 0600112-04.2021.8.04.7500; 0254668-92.2013.8.04.0001; 0251082-13.2014.8.04.0001; 0225541-41.2015.8.04.0001; 0629905-49.2019.8.04.0001; 0621815-23.2017.8.04.0001; 0670831-72.2019.8.04.0001; 0236542-86.2016.8.04.0001; 0223118-16.2012.8.04.0001; 0201776-51.2009.8.04.0001; 0632706-69.2018.8.04.0001; 0102012-68.2004.8.04.0001; 0642946-20.2018.8.04.0001; 0200472-02.2018.8.04.0001; 0209194-30.2015.8.04.0001; 0239558-53.2013.8.04.0001; 0237516-89.2017.8.04.0001; 0628967-25.2017.8.04.0001

5 0227920-52.2015.8.04.0001; 0254668-92.2013.8.04.0001; 0670831-72.2019.8.04.0001, 0223118-16.2012.8.04.0001 e 0245186-91.2011.8.04.0001

Em relação a esses fundamentos, assenta-se a impossibilidade de se condenar o réu com base exclusivamente em reconhecimento fotográfico, como já bem consolidado nos tribunais superiores (RHC 176.025, do STF; HC 625.471, do STJ).

Englobando tanto a fase investigativa quanto a judicial, o que se percebeu dos julgados foi que a diligência dificilmente é documentada, o que dificulta a defesa dos interesses do acusado.

Nesse sentido, retoma-se a sugestão dos especialistas (BRASIL, 2021, p. 9), que consiste na necessidade de gravar em vídeo o procedimento para verificar se incorreu em nulidade. O ordenamento jurídico português, inclusive, prevê, no art. 147, nº 6 do seu Código, a possibilidade de juntar aos autos fotografia, filmes ou gravações.

Aliás, verificam-se casos em que não é nem acostado nos autos o termo de reconhecimento, só tendo acesso à informação em virtude da vítima, em audiência, declarar que se realizou o procedimento por meio de fotografia, como é expresso na Apelação Criminal de nº 0251082-13.2014.8.04.0001.

Ainda nessa perspectiva, cumpre destacar que a ausência de documentação do reconhecimento fotográfico impede a verificação do procedimento. Ou seja, impede de se averiguar se foi realizado por *showup* ou por *lineup*, simultâneo ou sequencial, a quantidade de fotos apresentadas e sua qualidade.

A fim de elucidar essa questão, vislumbram-se dois processos recentes (2021): o de nº 0254668-92.2013.8.04.0001, em que o reconhecimento fotográfico foi realizado por foto presente na capa de um jornal, que não foi acostado aos autos, e o de nº 0600112-04.2021.8.04.7500, no qual o reconhecimento foi feito por meio de um vídeo, que também não está presente nos autos judiciais.

Esses casos foram considerados por esta pesquisa como “reconhecimento por fotografia” e não reconhecimento fotográfico, por se tratar de uma forma informal, que não apresenta documentos oficiais como Auto de Reconhecimento, exigido pelo art. 226, do CPP, sendo, na verdade, uma investigação amadora fora do processo.

Ainda nesse sentido, tem-se o processo de nº 0005767-41.2017.8.04.0000, do ano de 2018, em que o reconhecimento ocorreu por meio de fotografia presente em álbum da delegacia, já rechaçado no presente trabalho. Firmada, então, a relevância da documentação da diligência.

Utilizando também aqueles processos que não questionavam o uso do reconhecimento fotográfico, denota-se que, dentre os 35 acórdãos que possuem o termo de reconheci-

mento, apenas 6 anexaram a documentação da diligência e 7 deles sequer especificaram que o reconhecimento se tratava de fotográfico.

Vê-se que dos 6 acórdãos⁶ que permitem a visualização da diligência, mais da metade deles consiste em fotos em preto e branco com péssima qualidade.

Em síntese, pode-se afirmar que o processo de nº 0239027-64.2013.8.04.0001 consiste no mais adequado, uma vez que o uso do reconhecimento fotográfico surge como alternativa ao pessoal, utilizando a tecnologia ao seu favor, sem prejudicar o réu.

Sendo assim, em um meio eletrônico, não se justifica a utilização de fotos em preto e branco, muito menos com qualidade duvidosa, comprometendo a diligência.

No que tange ao processo de nº 4005723-12.2021.8.04.0000, apesar das fotos serem coloridas e possuírem relativa qualidade, a suspeita é a única posta em um fundo com o logo da polícia, ao passo que as demais (*fillers*) possuem fundo amarelo.

O processo de nº 0200472-02.2018.8.04.0001, não suficiente ao apresentar as fotos com parcial qualidade, repete os *fillers* ao reconhecedor, restando lógicos os dois suspeitos, que nem se parecem fisicamente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto na presente pesquisa, apesar de não ter menção no Código de Processo Penal, o reconhecimento fotográfico tem previsão em regulamentos de polícia judiciária, sendo que sua admissibilidade enquanto meio de prova, segundo o HC 598.886, do STJ, requer o cumprimento das formalidades previstas no art. 226, do CPP.

O uso desse aparato seria favorável à investigação criminal e à segurança pública, contudo, em razão da racionalidade eficientista e do histórico processual penal autoritário, verifica-se um desprezo pela forma, mitigando direitos e garantias em prol de uma pretensa justiça (verdade real a todo custo), com objetivo de assegurar supostamente uma imediata proteção da sociedade.

Por se tratar de um procedimento que exige bastante a memória do indivíduo, recaem sobre essa diligência fragilidades equivalentes às da prova testemunhal. Nesse sentido,

.....

6 4005723-12.2021.8.04.0000; 0200472-02.2018.8.04.0001; 0239027-64.2013.8.04.0001; 00209194-30.2015.8.04.0001; 0648721-79.2019.8.04.0001; 0628967-25.2017.8.04.0001.

em virtude da capacidade de atenção limitada do ser humano, um mesmo evento pode ser percebido de formas distintas por vários observadores. Assim sendo, tem-se como fatores capazes de induzir ao erro: a iluminação, a velocidade com que os fatos ocorreram, a idade do observador, seu estado psíquico, a distância em que se encontrava, o tempo de observação, a presença de arma no evento, a quantidade de pessoas presentes, o compartilhamento de informações entre vítimas/testemunhas, contaminação externa (mídia, entrevistas constantes da polícia, que, inclusive, podem vir a conduzir uma deslocação inconsciente da memória).

Além desses, há ainda a possibilidade da ocorrência de fenômenos como *Dèja vú*, a sugestionabilidade da autoridade policial na diligência (conduzindo à confirmação – visão de túnel), produção de estímulos inconscientes para suprir expectativa do agente (*Yes Effect*), a repetibilidade do procedimento (criticado tanto por estudiosos portugueses quanto brasileiros) e o *Cross Race Effect*, que consiste na dificuldade de reconhecer uma pessoa com fisionomia distinta da sua.

Para tanto, sugestionam-se o uso do chamado “duplo cego”, introdução do grau de certeza do observador, realização da diligência por *lineup* com quatro a seis pessoas, criação de um banco digital de fotos e a gravação do procedimento em vídeo. O reconhecimento fotográfico em Portugal é previsto no art. 147, do CPP e se assegura o método do alinhamento, enquanto que, na prática, no Brasil, a expressão “se possível” permite o uso do *showup* e inovações como álbum de suspeitos e reconhecimentos informais (realizados por jornal ou redes sociais).

Voltando-se ao *Cross Race Effect*, inevitavelmente, relaciona-se o processo histórico dos dois países, denotando-se a população negra em posições desfavoráveis em todos os segmentos, conseqüentemente, existindo menos contato inter-racial, aumentando a incidência desse fenômeno. Além disso, Portugal ofusca a pauta racial em nome da teoria lusotropicalista, excluindo não somente a população negra, mas também a cigana. A atuação policial e sua discricionariedade nos dois países como fator capaz de comprometer o procedimento não somente em juízo, mas nas investigações.

Por fim, os dados acerca do TJAM apontaram que em todos os julgados analisados, a tese de nulidade do reconhecimento fotográfico por inobservância ao art. 226, do CPP é afastada. A análise da diligência permitiu constatar que dificilmente ocorre a documentação do procedimento, razão pela qual se reitera a necessidade de gravar o procedimento para checar existência de nulidades, vedando-se ainda a ocorrência de reconhecimentos informais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo Estrutural**. Jandaira, 2019.

AMATO, Gian. Censo de Portugal evita questão sobre origem racial da população. **O Globo**, 30 mar. 2021. Disponível em: <<https://blogs.oglobo.globo.com/portugal-giro/post/centso-portugal-racial.html>>. Acesso em: 04 abr. 2022.

AMAZONAS. Tribunal de Justiça. Manaus, 2022. Disponível em: <<https://consultasaj.tjam.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>>.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 05 mar. 2021.

BALTHAZAR, Laura Aith. **Reconhecendo fragilidades: a instrumentalidade do reconhecimento de pessoas em casos de roubo na capital paulista**. Laboratório IBCCRIM, set. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3uQT9wW>. Acesso em: 05 mar. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão Especial do Novo Código de Processo Penal. **Parecer preliminar e proposta de texto substitutivo para Novo Código de Processo Penal (PL nº 8.045/2010)**. Brasília, 30 jun. 2021. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-de-trabalho/56a-legislatura/gt-anteprojeto-do-novo-codigo-de-processo-penal/documentos/copy_of_Emenda_GTCPP_reconhecimento.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2021.

CASTRO, Monalisa Santana de. **Meninas em conflito com a lei: seletividade no Brasil orientada pelo racismo**. Revista Liberdades, 28ª ed., jul./dez. 2019, p. 169-193. Disponível em: <<https://ibccrim.org.br/media/documentos/doc-27-04-2021-11-12-48-10943.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2022.

CLÁUDIA Simões: “Pedi-lhe para me sentar no banco, respondeu-me que era no chão”. **JN**, 23 jan. 2020. Disponível em: <<https://www.jn.pt/justica/claudia-simoes-pedi-lhe-para-me-sentar-no-banco-respondeu-me-que-era-no-chao-11738740.html>>. Acesso em: 20 mar. 2022.

COSTA, Arthur Trindade M. **É possível uma Política Criminal? A discricionariedade no Sistema de Justiça Criminal do DF**. Sociedade e Estado, v. 26, n. 1. Brasília, 2011. p. 97-114. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/se/a/hVRGN6KbR3p8gvGZrkRsPjG/?lang=pt>>. Acesso em: 03 mar. 2022.

FERNANDES, Lara Teles. **Prova Testemunhal no processo penal: uma proposta interdisciplinar de valoração**. 2 ed. Florianópolis: Emais, 2020. p. 130.

FOTO de astro do cinema Michael B. Jordan aparece em lista de procurados pela polícia do Ceará. **G1 Ceará**, 7 jan. 2022. Disponível em: <<https://g1.globo.com/ce/ceara/noticia/2022/01/07/astro-do-cinema-michael-b-jordan-aparece-em-lista-de-procurados-pela-policia-do-ceara.ghtml>>. Acesso em: 04 mar. 2022.

GOVERNO DO ESTADO DO TOCANTINS. **Manual de Procedimentos de polícia judiciária, no âmbito da polícia civil do Estado do Tocantins**. Anexo único ao Decreto nº 5.918/2019. Disponível em: <<https://central3.to.gov.br/arquivo/463085/>>.

HOMICIDA de Bruno Candé condenado a 22 anos e nove meses de prisão. **Diário de Notícias**, 28 jun. 2021. Disponível em: <<https://www.dn.pt/sociedade/homem-acusado-de-matar-ator-bruno-cande-condenado-a-22-anos-e-nove-meses-de-prisao-13882081.html>>. Acesso em: 20 nov. 2021.

MAGALHÃES, Marina Trindade. O reconhecimento pessoal e a psicologia judiciária: falibilidade do testemunho como reforço do etiquetamento e violação ao in dubio pro reo. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 6, p. 1699-1731. Disponível em: <<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/339>>

MATIDA, Janaina; CECCONELLO, William Weber. Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 7, p. 409. Disponível em: <<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/506/335>>

RAPOSO, Otávio; ALVES, Ana Rita; VARELA, Pedro; ROLDÃO, Cristina. Negro Drama. Racismo, segregação e violência policial nas periferias de Lisboa. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, 2019. Disponível em: <<https://journals.openedition.org/rccs/8937#tocto1n1>>.

SECRETARIA DA SEGURANÇA PÚBLICA E DEFESA SOCIAL POLÍCIA CIVIL. **Manual de Procedimentos de Polícia Judiciária, no âmbito da Polícia Civil do Estado do Ceará**. Fortaleza, 2013. Disponível em: <<https://www.policiacivil.ce.gov.br/wp-content/uploads/sites/26/2018/02/manual-de-procedimento-de-policia-judiciaria-do-estado-do-ceara.pdf>>.

STEIN, Lilian Milnistky; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses**. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça (Série Pensando Direito, n. 59, 2015. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2021.

NOTAS SOBRE O RECONHECIMENTO PESSOAL NOS PROCESSOS CRIMINAIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO

NOTES ON PERSONAL RECOGNITION IN THE CRIMINAL PROCEEDINGS OF THE COURT OF JUSTICE OF RIO DE JANEIRO

Carolina Dzimidas Haber¹ e Fabiano Ramos de Moras Sacramento²

Resumo: A partir do levantamento de processos na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro com o tema “reconhecimento fotográfico”, o artigo apresenta uma análise crítica da forma como o reconhecimento tem sido utilizado como prova nos processos criminais.

Palavras-chave: reconhecimento fotográfico; sistema de justiça criminal; jurisprudência

Summary: starting from the survey of cases in the jurisprudence of the Court of Justice of Rio de Janeiro with the theme “photographic recognition”, the article presents a critical analysis of the way recognition has been used as evidence in criminal proceedings.

Keywords: photographic recognition; criminal justice system; precedente study

.....

1 Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo, diretora de estudos e pesquisas de acesso à justiça da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, e-mail carolinahaber@hotmail.com.

2 Doutorando e mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Antropologia do Instituto de Filosofia e Ciências Sociais da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGSA/IFCS/UFRJ), pesquisador na diretoria de estudos e pesquisas de acesso à justiça da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, e-mail fabianosacramento@hotmail.com.

APRESENTAÇÃO

O reconhecimento, em geral, e o fotográfico, em específico, como tem sido realizado, reflete um descompasso das práticas investigativa e jurídica em relação aos paradigmas científicos acerca da memória e dos procedimentos adequados para seu tratamento no curso do processo penal. São as pesquisas empíricas e experimentais, nas diferentes áreas das Ciências Sociais e Humanas, que têm demonstrado a inadequação da norma e das práticas envolvidas no reconhecimento fotográfico³.

Ainda que no campo do Direito se reconheça a relevância desses estudos, é mais frequente a adoção de uma abordagem teórica, que chama atenção para a importância da necessidade de realização do reconhecimento, observando-se as regras comuns aos meios de prova, com o respeito ao contraditório e ao rito previsto em lei, seja na fase investigativa, seja na fase processual, e de eventuais mudanças na lei que regulamenta o tema (LOPES, 2011).

Considerando, portanto, que a prática desenvolvida nos processos criminais é de inobservância do previsto no art. 226 do Código de Processo Penal⁴, o que pode levar à condenações de inocentes, recentemente o relatório consolidado sobre reconhecimento fotográfico em sede policial da Defensoria Pública do Rio de Janeiro (2021) coletou dados empíricos, de processos que obedeciam a três requisitos: o reconhecimento de pessoas em sede policial ter sido feito por fotografia; o reconhecimento não ter sido confirmado em juízo; a sentença ter sido absolutória, demonstrando que 81% das pessoas acusadas injustamente eram negras e 77% permaneceram presas provisoriamente por, em média, nove meses.

Diante da grande repercussão que o tema ganhou na mídia⁵, destacando-se a importância da produção desse tipo de dado para provocar o debate público e adoção de políticas capazes

.....

3 Ver, nesse sentido, STEIN, Lilian Milnitsky (Org.). **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010.

4 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.

5 Ver, como exemplo, <<https://globoplay.globo.com/v/9288342/?s=0s>>, acesso em 17 de maio de 2022.

de ocasionar mudanças na prática jurídica⁶, pretende-se contribuir para o debate, apresentando uma análise sobre o reconhecimento fotográfico a partir de processos do Estado do Rio de Janeiro⁷, para, ao final, sugerir formas de tratamento para os dados e informações sobre reconhecimento fotográfico a fim de promover a maior integração nacional dessa discussão.

MARCADORES METODOLÓGICOS

CATEGORIA DE PESQUISA: ERRO NO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO

Inicialmente, foi realizado um levantamento na pesquisa de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro com o termo “erro no reconhecimento fotográfico”, para, então, com a identificação dos processos em que os recursos tratavam desse tema, consultar os dados necessários para a análise pretendida.

É importante mencionar que não necessariamente todos os resultados encontrados refletiam situações em que realmente houve uma violação relacionada ao reconhecimento pessoal, mas sim casos em que os recursos apresentados alegaram a questão do reconhecimento, muitas vezes como tese de defesa. Trata-se de questão inerente ao método escolhido para se chegar aos casos, da segunda para a primeira instância, já que não há o mesmo tipo de busca temática nessa fase processual.

Assim, apesar de terem sido utilizadas as expressões “erro de reconhecimento fotográfico”; “erro do reconhecimento fotográfico”; “erro no reconhecimento fotográfico”; e “erro em reconhecimento fotográfico”, todos os resultados estavam contidos na pesquisa sem o uso dos conectores, com o termo “reconhecimento fotográfico”.

.....

6 A movimentação é interna e externa, pois no âmbito jurídico, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça ao julgar um *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública de Santa Catarina (nº 598.886), em outubro de 2020, Justiça firmou o entendimento de que o reconhecimento de suspeito por meio de fotografia não é suficiente para a condenação, devendo-se observar o procedimento previsto no artigo 226 do CPP, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime. Posteriormente, em abril de 2021, a Quinta Turma proferiu decisão no mesmo sentido no *Habeas Corpus* 652.284. Além disso, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Portaria nº 209, de 31/08/2021, instituiu um grupo de trabalho destinado à realização de estudos e elaboração de proposta de regulamentação de diretrizes e procedimentos para o reconhecimento de pessoas em processos criminais e a sua aplicação no âmbito do Poder Judiciário, com vistas a evitar condenação de pessoas inocentes. No Rio de Janeiro, o Tribunal de Justiça publicou o Aviso 2ª VP nº 01/2022, recomendando aos magistrados que reavaliem, com a urgência necessária, as decisões em que a prisão preventiva do acusado foi decretada tão somente com base no reconhecimento fotográfico operado sem a observância do disposto no artigo 226 do CPP.

7 A pesquisa foi realizada no âmbito da Diretoria de Estudos e Pesquisas de Acesso à Justiça da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, da qual os autores fazem parte.

De fato, a consulta aos processos em que havia sentença permitiu observar que o termo “erro no reconhecimento fotográfico” não é frequente nesses documentos, mesmo nos casos em que há absolvição. Essa categoria não tende a aparecer nem mesmo como mera referência a discussão.

O “erro no reconhecimento fotográfico” aparece com mais frequência como um termo acadêmico e nos meios de comunicação. Embora saibamos que as fotografias e demais registros visuais podem ser meios de prova, observadas as legalidades, e que a problemática esteja no próprio ato de reconhecer e na maneira com os procedimentos são conduzidos, o termo “erro no reconhecimento fotográfico” consiste em uma categoria nativa, um índice para o debate mais amplo acerca do próprio reconhecimento, produzindo significado pela maneira que é mobilizada.

Metodologicamente, torna-se necessário mapear, compreender e classificar o que corresponde ao erro no reconhecimento fotográfico, considerando que os processos fazem referência à fragilidade, inconformidade procedimental, ilegalidade, insegurança, mas não ao “erro”, o que explicaria a localização dos resultados apenas com o termo “reconhecimento fotográfico”. Efetivamente, não faria sentido lógico, especialmente no contexto das decisões condenatórias, apontar que há um “erro” e mesmo assim proceder à condenação. O descarte ou a valoração negativa dos reconhecimentos errados se dá por outros termos.

Assim, preliminarmente, temos considerado como “erro no reconhecimento fotográfico” os casos de reconhecimento em que não há correspondência entre os sujeitos comparados e cuja incompatibilidade é indicada de alguma forma pelos próprios reconhecedores.

ACESSO AOS DADOS E INFORMAÇÕES

Os dados e informações coletados foram reunidos a partir da consulta aos processos criminais, estando dispersos ao longo de documentos variados, como o registro de ocorrência, os termos de audiência e as sentenças, quando existentes. Importante observar algumas características recorrentes nos processos, como a falta de alguns documentos e que muitas descrições (do fato ou dos sujeitos envolvidos) são sínteses do ocorrido, impossibilitando o conhecimento sobre o contexto das narrativas, as perguntas e recursos utilizados, as respostas e suas nuances.

Os documentos, especialmente os produzidos em sede policial, consistem em uma redução textual do ocorrido e, na maioria dos casos, nem mesmo se trata de uma transcrição – faltando informações básicas, como cor e profissão.

Embora a consulta documental tenha revelado a fragilidade dos reconhecimentos, ela encontra limitação no próprio texto. A falta de outros registros, preferencialmente audiovisual, não permite saber se houve ou não sugestionamento da vítima e consequente contaminação da memória.

Há de se destacar a importância da pesquisa etnográfica nessa área, pois, como será demonstrado, a origem da grande maioria das fotografias não pode ser conhecida através da consulta aos documentos. Contudo, os relatos dos sujeitos erroneamente reconhecidos em sede policial têm indicado que algumas práticas policiais são os motivos para que suas fotos constem em álbuns de suspeitos.

PERFIL DOS PROCESSOS ANALISADOS

A consulta realizada na parte de jurisprudência do sítio eletrônico do TJRJ utilizou como parâmetro o termo “reconhecimento fotográfico” nos julgados de competência criminal do ano de 2021 e retornou 256 ocorrências entre janeiro e junho de 2021⁸. Desse conjunto de documentos, o recurso de apelação é o mais representativo do conjunto (66% das ocorrências), seguido do *habeas corpus* (26,17%), recurso em sentido estrito (6,64%), embargos infringentes e de nulidade (0,78%) e da revisão criminal (0,39%).

Após localizar 256 processos com alguma menção ao termo “reconhecimento fotográfico” e afins, na segunda instância, buscou-se os processos originários. Foram excluídas da análise duas ocorrências repetidas, cinco ocorrências em que os envolvidos foram pessoalmente reconhecidos em sede policial, além de 15 ocorrências sobre adolescentes que teriam cometido atos infracionais e que foram desconsiderados pela análise em razão das peculiaridades próprias dos processos que envolvem crianças e adolescentes. Em síntese, ao todo foram consultados 242 processos distribuídos por 32 comarcas – com 47,93% desses processos tramitando originalmente na Capital.

Os 242 processos envolvem 342 réus, considerando que 69 processos apresentam pelo menos dois réus.

.....
8 Portanto, todos os recursos foram julgados após a decisão paradigmática da sexta turma do STJ no *habeas corpus* nº 598.886 e alguns deles após o julgamento do *habeas corpus* 652.284 pela quinta turma.

PALAVRA DA VÍTIMA: CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO E A FALIBILIDADE DA MEMÓRIA

A tabela da figura 1 lista os crimes por processo, já que podem aparecer combinados, tomando o crime de roubo como parâmetro⁹, demonstrando que em 88,84% deles há registro da prática de roubo (215 de 242), e os crimes praticados por réus, que em sua maioria (86,54%) também são acusados de roubo (296 de 342).

FIGURA 1

TIPOS PENAS POR PROCESSO	OCORRÊNCIAS	RÉUS POR PROCESSO
Roubo	200	270
Roubo e corrupção de menores	6	9
Furto	5	7
Homicídio	5	10
Estelionato	4	4
Tráfico de drogas	3	7
Roubo e extorsão	2	3
Roubo e receptação	2	5
Associação para a produção e tráfico e condutas afins	1	1
Associação para a produção e tráfico e condutas afins e sequestro e cárcere privado	1	2
Associação para a produção e tráfico e condutas afins e tortura	1	2
Concussão, estupro, extorsão mediante sequestro e prevaricação	1	1
Extorsão e organização criminosa	1	5
Extorsão mediante sequestro	1	1
Organização criminosa	1	2
Receptação	1	1
Resistência	1	1
Roubo e associação criminosa	1	3
Roubo e estupro	1	1
Roubo e homicídio	1	1
Roubo e ocultação de cadáver	1	3
Roubo e resistência	1	1
Sequestro e cárcere privado	1	2
TOTAL	242	342

.....
9 Nos casos em que há mais de um crime, eles foram dispostos da seguinte maneira: o roubo sempre aparece primeiro, por se tratar do crime mais recorrente, e os demais são sequenciados em ordem alfabética.

Como demonstrado pela tabela acima, a maioria significativa dos delitos se refere aos crimes contra o patrimônio, sendo usual que as decisões sobre esse tipo de crime indiquem que a palavra da vítima detém especial relevância em razão das circunstâncias do fato. Anota-se que, nas decisões, o termo “circunstâncias do fato” tende a indicar que o ocorrido não foi registrado senão pela memória da vítima que posteriormente o relata.

No sentido comumente empregado nas sentenças, a especial relevância da palavra da vítima levanta pelos menos três importantes questões: em primeiro lugar, para além do mero registro do fato, as “circunstâncias do fato” podem ser compreendidas à luz das variáveis do observador¹⁰ (WELLS, 1978), de modo que os paradigmas científicos podem servir de parâmetros para a valoração de testemunhos e reconhecimentos baseados na memória humana.

Em segundo lugar, o valor atribuído à prova testemunhal, e ao reconhecimento, não pode ser absoluto, como tem acontecido em casos em que a convicção da vítima durante os reconhecimentos, desamparados de qualquer outra prova, servem para o oferecimento da denúncia e/ou para justificar uma condenação.

Em terceiro lugar, as decisões partem do pressuposto – muitas vezes explicitado no texto – de que a vítima não teria interesse ou satisfação pessoal na condenação de alguém, de modo que essa noção agrega valor positivo ao seu relato. Nesse sentido, efetivamente, não foram encontrados casos em que a relação entre vítima e autor do fato indicasse qualquer tipo de vingança e afins.

Contudo, é preciso desfazer-se dessa vítima ideal, de certa forma passiva, apenas interessada em um valor abstrato e difuso de justiça que por vezes se perfaz na privação da liberdade de outrem. Pois, apesar de não terem sido localizadas instrumentalizações da persecução penal em razão de querelas pessoais, há casos em que a vítima se deu conscientemente a um reconhecimento falso¹¹. Assim, pergunta-se com base nos dados e informações reunidos: tivesse o processo tramitado sob um juízo que se contenta apenas com o reconhecimento fotográfico, o suspeito falsamente indicado teria sido preso

.....

10 Variáveis do observador é uma tradução livre do termo *estimator variables*, isto é, as variáveis que não podem ser controladas pelo sistema de justiça e que dependem das circunstâncias, em sentido amplo, dos fatos. São exemplos dessas variáveis a distância do observador, tempo de duração do evento, condições de iluminação e muitos outros elementos influenciam na percepção e na memória. As variáveis do observador diferem das variáveis do sistema (*system variables*), que podem ser controladas pelo sistema de justiça como, por exemplo, o procedimento de reconhecimento pessoal e fotográfico.

11 Utiliza-se, por exemplo, o caso em que a vítima efetuou reconhecimento fotográfico em sede policial, onde havia registrado um suposto roubo. Logo após, a vítima retornou para informar que não havia sido roubada, que seu carro foi tomado por membros da milícia e que conscientemente realizou falso reconhecimento fotográfico. A prisão preventiva do suspeito indicado apenas não foi decretada porque o reconhecimento fotográfico era o único elemento indicado como prova – lembrando que, em grande parte dos casos, os juízos tendem a decretar a prisão preventiva mesmo quando o reconhecimento fotográfico é o único elemento indicado.

preventivamente, e possivelmente condenado, acaso a vítima mantivesse sua narrativa com “convicção”?

Note-se que, com base apenas nos documentos acessíveis dos processos, não é possível mapear a contento ou mesmo compreender quais elementos e características conferem “convicção” ao relato da vítima – comportamento, coerência, coesão, repetição, grau de complexidade e elaboração da narrativa, entre outros – e como se pode considerar que essa convicção foi mantida entre os relatos e reconhecimentos ao longo da persecução penal, o que leva à terceira questão, qual seja: a palavra da vítima não é mera expressão oral e textual dos fatos exatamente como ocorridos, mesmo porque a linguagem (falada, escrita ou sinalizada) constitui também uma forma de representação – e nenhuma representação, por definição, se confunde com a realidade. A palavra da vítima sobre fatos passados consiste em um procedimento de evocação da memória, isto é, a capacidade de acessar a memória temporariamente armazenada para que seja utilizada através de pensamento ou comportamento (LENT, 2006).

Apesar dos casos menos expressivos de falso reconhecimento consciente, a maioria dos erros consiste em falsos reconhecimentos honestos, em que a vítima verdadeiramente acredita estar reconhecendo o autor do fato, e esse é um traço da memória humana cuja retenção dos eventos registrados não é integral, o tempo de armazenamento é temporário e aquilo que fica disponível para a evocação consciente – memória declarativa, aquela conscientemente disponível (PURVES, 2010) –, também pode ser alterado, inclusive, por sugestionamentos (PERGHER; STEIN, 2001).

Acerca dos sugestionamentos, destaca-se que a amostragem de imagens que anteceda o procedimento atualmente considerado adequado, na forma do art. 226 do Código de Processo Penal, configura sugestionamento de memória e prejudica o reconhecimento. Igualmente, deve-se considerar que a amostragem de pessoas ou imagens, **ainda que realizados de acordo com as recomendações**, também influencia os reconhecimentos posteriores. Por isso, com base em Garret *et alii* (2021), recomenda-se que apenas o primeiro reconhecimento seja considerado válido e, para tanto, ele deve ser conduzido de maneira adequada. Nesse sentido, considera-se adequado o procedimento de reconhecimento, pessoal ou fotográfico, que coloque obstáculos ao sugestionamento: a exibição individualizada de pessoas e fotografias é prejudicial, assim como a falta de uniformização entre as pessoas ou fotografias exibidas. Também há graus de sugestionamento, mesmo inconsciente, quando a pessoa administradora do procedimento está envolvida no caso e/ou apresenta suspeitas relevantes sobre o suspeito – que deve ser o único suspeito dentre as pessoas ou imagens exibidas.

Finalmente, os dados e informações do inquérito policial, assim como alguns textos descritivos realizados em juízo, não permitem conhecer nuances dos procedimentos aplicados, além da presença de diversos termos vagos e do registro sucinto das respostas que as vítimas deram às perguntas que também não estão acessíveis. É importante saber que perguntas foram realizadas, e como, pois questionamentos muito cerrados podem sugerir a memória. O próprio conteúdo do que tem sido chamado de “convicção”, no depoimento da vítima, não se apreende a partir dos textos constantes dos processos. Assim, deve-se conceber os aparatos tecnológicos disponíveis não apenas como meios de incriminação – afinal, os celulares e o acesso à Internet são fontes de imagens que, através de fotografias de documentos e de redes sociais, compõem álbuns de suspeitos –; pode-se considerar a possibilidade de que o registro audiovisual sirva para demonstrar que os procedimentos adequados foram observados, além de servirem como meios para registrar o comportamento do suspeito, da vítima e dos administradores.

PERSPECTIVAS SOBRE O RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO NAS DECISÕES SOBRE PRISÃO PREVENTIVA

Outra informação extraída dos processos analisados diz respeito à decretação ou não de prisão preventiva no curso do processo. Foram identificadas 37 audiências de custódia realizadas em razão de prisão flagrante, todas convertidas em prisões preventivas nessa ocasião, sendo que em um caso a liberdade provisória foi concedida posteriormente, por ocasião do recebimento da denúncia.

Ademais, considerando os casos em que não houve flagrante, foi possível identificar a realização de duas audiências de custódia¹², ocasião em que as prisões foram consideradas legais e regulares os seus respectivos mandados.

Na decisão que recebe a denúncia, ou em momento posterior, a decretação da prisão preventiva representa 83,91% (287 de 342) das ocorrências individuais. Em 14,61% (50 de 342) o réu respondeu ao processo em liberdade.

.....

12 O baixo número de casos em que se verificou a ocorrência de audiência de custódia se explica porque a maioria dos processos não trata de prisões em flagrante, mas sim decorrentes de mandados judiciais, e as audiências de custódia para pessoas presas nessa situação só começaram a ser realizadas no Rio de Janeiro em 1º de março de 2021, com a entrada em vigor do Ato Normativo nº 02/2021, da 2ª Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, revogado pela resolução TJ/OE nº 17, de 19/07/2021, que “estabelece critérios para a realização das Audiências de Custódia no âmbito do TJ/RJ para as pessoas presas cautelarmente (prisão preventiva e temporária) e definitivamente.

FIGURA 2

DECISÃO SOBRE PRISÃO PREVENTIVA NO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA OU MOMENTO POSTERIOR	OCORRÊNCIAS
Deferimento da prisão preventiva	272
Deferimento da prisão preventiva via RESE	15
Indeferimento da prisão preventiva	35
Ministério Público não requereu a preventiva	15
Denúncia rejeitada por ausência de justa causa, afastando a preventiva	5
TOTAL	342

Como se observa na tabela da figura 3, em 10,23% (35 de 342) dos casos não houve prisão preventiva em razão do indeferimento do juízo. Somam-se a esses 35 casos outras 15 ocorrências em que o juízo indeferiu o pedido de prisão preventiva, contudo o Ministério Público conseguiu reverter a decisão através da interposição de recurso em sentido estrito (RESE). Considerando, então, as 50 ocorrências em que o juízo de primeira instância indeferiu o pedido de prisão preventiva, foi possível identificar os principais motivos da decisão, indicados na tabela abaixo.

Foram identificadas as razões que levaram ao indeferimento da prisão preventiva. A tabela da figura 3 indica os mais frequentes, no total de 12 ocorrências, que podem aparecer combinadas em cada um dos processos analisados.

FIGURA 3

MOTIVOS AGRUPADOS DAS DECISÕES QUE INDEFERIRAM A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA	OCORRÊNCIAS
Falibilidade/fragilidade/insegurança	24
Único elemento de convicção/insuficiência do conjunto probatório	19
Lapso temporal entre os fatos e o reconhecimento fotográfico/fotografias antigas	11
Discordância quanto ao procedimento de reconhecimento adotado	10
Ausência de requisitos legais para decretação da prisão preventiva	5
Inconsistência na descrição física	4
Demora quanto ao oferecimento da denúncia	3
Insuficiência do conjunto probatório	3
Ausência de indícios de autoria	2
Divergência entre os depoimentos da vítima	1
Sem anotações na FAC	1
TOTAL	84

Há decisões que se referem diretamente à falibilidade, fragilidade ou insegurança do reconhecimento fotográfico, assim como os casos que discordam quanto ao procedimento de reconhecimento adotado. Essas características do conjunto probatório, como se nota, geralmente aparecem associadas ao argumento de que as fotografias fruto de reconhecimento são os únicos elementos de convicção. Nos casos destacados, mesmo que a jurisprudência reconheça amplamente que a palavra da vítima tem especial relevância quanto aos crimes contra o patrimônio, é notório que o juízo balanceia essa noção ao considerar que apenas o reconhecimento fotográfico não é elemento probatório robusto o suficiente a ensejar prisão preventiva.

Ainda, nota-se que a questão temporal aparece pelo menos em duas categorias, com destaque para os casos em que o juízo considera relevante o lapso temporal entre os fatos e o reconhecimento fotográfico ou mesmo considera o reconhecimento inadequado em razão das fotografias dispostas serem antigas, podendo não corresponder à aparência atual dos autores, com chances de que a aparência antiga de alguém possa ser confundida com a aparência atual de outra pessoa.

QUESTÃO DE JUSTIÇA: DOS PROCESSOS SENTENCIADOS

Do total de casos individuais analisados, 55,84% (191 de 342) já contam com sentença condenatória e 19% (65 de 342), absolutória, totalizando 256 envolvidos já sentenciados na data da última consulta, no começo de fevereiro de 2022. Além disso, em quatro casos foi extinta a punibilidade, em três deles em razão do falecimento do réu e em um, de crime de estelionato, pelo reconhecimento da prescrição retroativa. Ao todo, são 192 processos já sentenciados que resultam em 256 decisões individuais, considerando que há pelo menos dois réus em 126 processos. A tabela da figura 4 indica a distribuição dos 192 processos sentenciados por ano.

Se considerarmos apenas as decisões que colocaram fim ao processo, excluindo os processos ainda não sentenciados, é possível afirmar que 72,9% são de condenação (191 de 262) e 24,8% (65 de 262) absolvições. Somando-se às absolvições outras situações que colocam fim ao processo em benefício do acusado (extinção da punibilidade e impronúncia), esse índice é de 27% (71 de 262).

FIGURA 4

MÊS/ANO SENTENÇA	2016	2018	2019	2020	2021	TOTAL
Janeiro	0	0	0	9	8	17
Fevereiro	0	0	2	17	3	22
Março	0	0	1	12	7	20
Abril	0	0	1	8	3	12
Maiο	0	0	2	4	5	11
Junho	0	0	4	3	1	8
Julho	0	0	1	5	7	13
Agosto	0	0	1	7	2	10
Setembro	1	1	8	7	1	18
Outubro	0	0	7	8	2	17
Novembro	0	1	10	9	4	24
Dezembro	0	1	15	3	1	20
TOTAL	1	3	52	92	44	192

As principais razões apresentadas nas sentenças para absolver os réus estão dispostas na tabela da figura 5.

FIGURA 5

MOTIVOS IDENTIFICADOS NAS SENTENÇAS ABSOLUTÓRIAS	OCORRÊNCIAS
Inconsistência/insuficiência/fragilidade de elementos probatórios	34
Reconhecimento em juízo negativo	23
Vítima(s) reconhece(m) incapacidade de realizar o reconhecimento em juízo/assume(m) não lembrar dos réus	8
Incerteza da(s) vítima(s) quanto ao reconhecimento (em sede policial ou em juízo)	8
Divergência entre descrição física do autor e o réu reconhecido	6
Ausência de elementos de convicção/probatórios	5
Reconhecimento fotográfico em sede policial foi induzido	5
Lapso temporal entre o fato e o reconhecimento fotográfico em sede policial	5
Divergência de declarações/entre depoimentos	4
In dubio pro reo	3
Reconhecimento em juízo não realizado	3
Fragilidade do procedimento de reconhecimento fotográfico em sede policial	3
Réu se encontrava em outro local durante o fato (em outro Estado/no trabalho/preso)	3
Reconhecimento negativo de um dos réus contaminou reconhecimento dos demais	3
Ausência de indícios de autoria	2
Condições do fato desfavoráveis ao reconhecimento	2
Inobservância do art. 226 do CPP	2
Vítima não compareceu em juízo	2

MOTIVOS IDENTIFICADOS NAS SENTENÇAS ABSOLUTÓRIAS	OCORRÊNCIAS
Acusado se apresentou para reconhecimento em sede policial poucos minutos após registro de ocorrência	1
Autor utilizava capacete durante o fato	1
Contradição entre depoimento e reconhecimento em juízo	1
Fotografia do réu exposta em quadro de suspeito em sede policial	1
Mosaico de fotografias não foi apresentado para reconhecimento em sede policial	1
Reconhecimento negativo em sede policial	1
Reconhecimento fotográfico é o único elemento de convicção	1
Reconhecimento fotográfico errôneo em sede policial	1
Único elemento de convicção diante do acusado é o depoimento do corréu em sede policial	1
TOTAL	130

Entre os 65 casos de absolvição, encontram-se 24 casos de sentenças absolutórias mantidas em segunda instância.

FIGURA 6

RESULTADO DO RECURSO NO CASO DAS SENTENÇAS ABSOLUTÓRIAS	OCORRÊNCIAS
Não houve recurso	33
Manteve absolvição	24
Reverteu a decisão e houve condenação	8
TOTAL	65

Desse conjunto de 24 sentenças absolutórias mantidas em segunda instância, 19 réus foram presos preventivamente (17 a partir do recebimento da denúncia, um desde a audiência de custódia e um desde a prisão em flagrante, sem realização audiência de custódia em razão da suspensão decorrente da pandemia do Covid-19).

Considerando o período entre as datas das decisões que mandaram prender e soltar os envolvidos, utilizando a data da sentença como data final para os casos em que o réu respondeu ao processo em prisão preventiva, apresenta-se abaixo tabela com o tempo de prisão preventiva durante o processo dos 65 casos de absolvição (24 mantidas e oito revertidas em segunda instância, bem como 33 casos em que não houve apelação do Ministério Público), lembrando que desses 65 casos, em 54 há registro de ocorrência de prisão provisória em algum momento do processo, o que corresponde a 83% do total de absolvições. Constata-se um tempo médio de prisão preventiva de 454,9 dias, aproximadamente um ano e dois meses.

FIGURA 7

Média	454,9 dias
Mediana	310 dias
Moda	606 dias (4x)
Maior número	2.185 dias
Menor número	24 dias

PERFIL DAS PESSOAS PROCESSADAS

Os dados apresentados a seguir foram extraídos dos registros de ocorrência, quando disponíveis no processo. Em relação ao gênero, nenhuma informação sobre transexualidade, transgeneridade ou travestilidade foi mapeada a partir dos documentos acessíveis para consulta.

Quanto à cor/raça, por vezes o registro policial usa o termo “negra”, que nas tabelas abaixo foi substituído por “preta”, termo utilizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Da mesma forma, há casos sem informação e outros identificados como “ignorado”.

Uma vez que o Estatuto da Igualdade Racial define a população negra como o conjunto de pessoas que se autodeclararam pretas e pardas (art. 1º, IV, da Lei 12.288/2010), é possível afirmar que a maioria (63,74%) é negra (218 de 342). Além disso, 95,9% (328 de 342) dos acusados são do gênero masculino, conforme indica a tabela da figura 8.

FIGURA 8

COR/RAÇA	GÊNERO FEMININO	GÊNERO MASCULINO	TOTAL
Branca	7	60	67
Parda	2	128	130
Preta	3	85	88
Sem informação	2	47	49
Ignorada	0	8	8
TOTAL	14	328	342

A partir da leitura dos processos, foram identificadas algumas formas de reconhecimento em sede policial.

A tabela da figura 9 indica essas formas e quantas vezes apareceram, considerando que em nove ocorrências foram combinadas duas formas de reconhecimento. Em cinco delas, duas fotografias de origens diferentes: em um caso, uma das fotografias foi encontrada em jornal; em três casos, uma das fotografias foi retirada de redes sociais; e em um caso, uma das fotografias foi retirada de rede social e outra do portal de segurança de acesso da polícia. Já em três das ocorrências, fotografia e imagens de câmera de segurança. Por fim, em uma, fotografia e álbum fotográfico.

FIGURA 9

FORMA DE RECONHECIMENTO EM SEDE POLICIAL	OCORRÊNCIAS
Fotografia	192
Álbum fotográfico	132
Forma de reconhecimento não identificada	18
Imagens de câmera de segurança	4
Imagens de reportagem televisiva	2
Investigação levou à sacadora do cheque roubado	1
Sem informação	2
TOTAL	351

Em apenas 19 ocorrências foi possível identificar a fonte da fotografia: rede social (11); documento (3); portal de segurança (2); matéria de jornal (1); prontuário físico (1); sítio eletrônico de compras (1).

Como se observa, é desconhecida a origem da grande maioria das fotografias apresentadas para reconhecimento por parte das vítimas. Em razão dessa falta de dados e informações nos documentos dos processos, não é possível identificar as principais formas de acesso ao registro fotográfico mantido em sede policial.

Por outro lado, os relatos dos sujeitos erroneamente reconhecidos na delegacia têm indicado que algumas práticas policiais, como o acesso ao celular durante uma revista pessoal e a fotografia dos documentos de identidade, foram a forma pela qual suas fotografias chegaram a constar em álbuns de suspeitos sobre os quais, inclusive, não há nenhuma legislação.

Pode-se compreender essas formas de angariamento de fotografias como uma variável de sistema, aquelas controláveis pelo sistema de justiça (WELLS, 1978), na medida em que essas imagens têm chances de compor álbum de suspeitos. Como os dados demonstram, os negros compõem a parcela mais atingida pelo erro no reconhecimento fotográfico e uma das possíveis origens dessas fotografias – qual seja, a prática policial

– está marcada pelo perfilamento racial, amplamente referido pela literatura como *racial profiling*, ou mesmo perfilamento criminal (*criminal profiling*) como definido pela União Americana de Liberdades Individuais (*American Civil Liberties Union*).

O efeito da raça cruzada, ou mais amplamente conhecido por *cross-race effect*, também é apontado como uma das variáveis que afetam o reconhecimento (HUGENBERG *et alii*, 2013). Esse efeito diz respeito à dificuldade que a mente humana apresenta para diferenciar o *outro*, os sujeitos racialmente diferentes de si e treinamentos sobre a percepção do outro têm impactos na redução desse efeito (LEBRECHT *et alii*, 2009). Contudo, a literatura aponta que esse efeito diminui ou inexistente em contextos culturais em que raças diferentes convivem entre si; e em razão da história de miscigenação e séculos de escravização, é possível afirmar, de maneira geral, que o Brasil está enquadrado por essa perspectiva.

Embora o *cross-race effect* tenha grande pertinência para explicar o porquê de suspeitos diferentes serem percebidos como semelhantes, nosso contexto sociocultural está marcado por interações inter-raciais que facilitam diferenciações desse tipo. É preciso considerar, portanto, que algo na convivência social uniformiza sujeitos que determinada coletividade já é capaz de diferenciar. O conceito de sujeição criminal serve a esse propósito, na medida em que auxilia na identificação dos processos e características que transformam um sujeito em potencial criminoso, pois são essas características – negro, jovem e favelado – que chamam a atenção da coletividade e do agente policial nela inserido:

[...] podemos considerar que a sujeição criminal é um processo de criminalização de sujeitos, e **não de cursos de ação**. Trata-se de um sujeito que “carrega” o crime em sua própria alma; não é alguém que comete crimes, mas que sempre cometerá crimes, um bandido, um sujeito perigoso, um sujeito irrecuperável, alguém que se pode desejar naturalmente que morra, que pode ser morto, que seja matável. No limite da sujeição criminal, o sujeito criminoso é aquele que pode ser morto. (MISSE, 2010, p. 21, grifo nosso).

Assim, o perfilamento racial, ou *racial profiling*, das práticas policiais pode ser uma das bases dos registros fotográficos que, na delegacia, funcionam como um mecanismo de filtragem racial, ressaltando-se a necessidade de um debate aprofundado acerca dos álbuns fotográficos: quem consta neles, a origem dessas fotografias, os motivos para que lá constem, por quanto tempo podem estar expostas, quantas vezes podem ser utilizadas.

Algo a se observar nos poucos casos em que a origem das fotografias é conhecida refere-se à diversidade de fontes, incluindo aquelas provenientes de perfis em redes sociais, em que é comum compartilhar imagens descontraídas, em diferentes paisagens e ângulos. O uso dessas fotografias para reconhecimento fotográfico contraria a padronização necessária a um reconhecimento pessoal ou fotográfico adequado.

Quanto ao reconhecimento em juízo, em 39,94% (137 de 343) das ocorrências, as vítimas foram manejadas para ambiente apartado a fim de efetuarem o procedimento de reconhecimento. Isso ocorreu de maneira adaptada ao ambiente virtual em 6,41% (22 de 343) dos casos. Observa-se que 6,41% (22 de 343) dos casos representam reconhecimentos não realizados em razão da ausência do réu (12) ou da vítima (10). Apesar disso, há dois casos em que os réus foram reconhecidos por fotografia, em juízo, por estarem ausentes. Ademais, há informação de que o reconhecimento em juízo não foi realizado em seis ocorrências.

Tratando-se apenas os casos em que há informação sobre a forma de reconhecimento em juízo (excluindo-se, portanto, 68 casos sem menção à forma de reconhecimento e 14 sem informação), é possível afirmar que em cerca da metade (124 de 261, ou seja, 47,5%) não foi observado o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal. Desses casos, considerando apenas os processos com decisão final, 59,49% resultou em condenação (31 de 53).

FIGURA 10

	ABSOLVIÇÃO	CONDENAÇÃO	EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE	IMPRONÚNCIA	SEM SENTENÇA	TOTAL
Fotografia	0	2	0	0	0	2
Sala de audiência	2	0	0	0	0	2
Vítima ausente	6	4	0	0	0	10
Réu ausente	3	6	0	0	3	12
Sala de reconhecimento	29	103	0	0	5	137
Audiência virtual	4	14	1	0	3	22
Sem menção à forma de reconhecimento em juízo	13	54	0	1	0	68
Reconhecimento em juízo não realizado	3	5	2	1	65	76
Sem informação	5	3	1	0	5	14
TOTAL	65	191	4	2	81	343

Considerando os 163 casos em que houve realização do procedimento de reconhecimento em juízo com menção à forma (categorias “audiência virtual”, “fotografia”, “sala de reconhecimento” e “sala de audiência”), identificam-se 240 vítimas.

Dessas, se forem contabilizados apenas os casos com informação sobre o reconhecimento em juízo, em 70,43% (162 de 230) a vítima confirmou o reconhecimento feito em sede policial quando compareceu à audiência, não se verificando muita discrepância entre reconhecimento e não reconhecimento em juízo conforme a forma de reconhecimento em sede policial (a não ser pelo caso da imagem de câmeras de segurança, com 100% de reconhecimento confirmado em juízo).

FIGURA 11

FORMA DE RECONHECIMENTO EM SEDE POLICIAL	RECONHECEU EM JUÍZO	NÃO RECONHECEU EM JUÍZO	SEM INFORMAÇÃO SOBRE RECONHECIMENTO EM JUÍZO	TOTAL
Fotografia	97	38	5	140
Álbum fotográfico	58	28	4	90
Fotografia e imagens de câmera de segurança	3	1	0	4
Forma de reconhecimento não identificada	1	1	1	3
Imagens de câmera de segurança	3	0	0	3
TOTAL	162	68	10	240

A tabela abaixo apresenta o número de vítimas que reconheceram o réu em sede policial e em juízo, considerando que os resultados negativos se explicam porque, sobre a mesma vítima, é possível mapear o reconhecimento que realizou em juízo, mas não em sede policial.

FIGURA 12

FORMA DE RECONHECIMENTO EM SEDE POLICIAL	RECONHECIMENTO REALIZADO PELAS VÍTIMAS NA DELEGACIA	RECONHECIMENTO REALIZADO PELAS VÍTIMAS EM JUÍZO	DIFERENÇA
Fotografia	143	140	3
Álbum fotográfico	98	90	8
Forma de reconhecimento não identificada	1	3	-2
Fotografia e imagens de câmera de segurança	4	4	0
Imagens de câmera de segurança	4	3	1
TOTAL	250	240	10

Observa-se uma discrepância entre o número de reconhecimentos em sede policial e sua confirmação em juízo. Enquanto o número de reconhecimentos tende a cair em juízo, o número de não reconhecimentos tende a crescer. Essa observação é válida especialmente para os casos em que há constância nos documentos, ou seja, as mesmas vítimas submetidas a algum procedimento de reconhecimento também o são em juízo. Nesses casos, com referência às categorias “fotografia”, “álbum fotográfico” e “imagens de câmera de segurança”, nota-se que a confirmação do reconhecimento, em juízo, não foi unânime.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da análise dos 242 processos envolvendo 342 réus que se relacionam com o tema do reconhecimento fotográfico, mapeado a partir dos recursos apresentados em segunda instância no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, foi possível observar que em 88,84% dos processos os réus estavam sendo acusados de ter cometido o crime de roubo e foram mantidos presos provisoriamente em 83,91% das ocorrências individuais.

A análise dos motivos que levaram ao indeferimento da prisão cautelar indica que a maioria dizia respeito à forma como o reconhecimento foi realizado, mencionando questões como a fragilidade da prova, o fato de ser o único elemento de convicção ou lapso temporal entre os fatos e a ocorrência do reconhecimento.

No mesmo sentido, as decisões absolutórias, que também apontaram para a questão da fragilidade dos elementos probatórios e do reconhecimento em juízo ter sido negativo, apesar de serem minoritárias (72,9% dos casos sentenciados são de condenação).

Destaca-se principalmente a inconstância entre o reconhecimento fotográfico em sede policial, criticado como “viciado” ou “induzido” em alguns casos, e o reconhecimento realizado em juízo, demonstrando exemplos significativos de reconhecimento negativo em que há ausência da descrição física do autor ou discrepância entre essa descrição e o réu reconhecido, além dos casos em que a própria vítima assume incerteza ou incapacidade para proceder ao reconhecer em juízo ou realizar reconhecimento incompatível com o realizado em sede policial.

É importante observar que o termo “erro de reconhecimento fotográfico” não é mencionado de forma direta nos julgados analisados. Fala-se em inconsistência, fragilidade, insuficiência, insegurança, incerteza, dúvida, induzimento, vício e procedimento, mas não sobre “erro”, ou seja, trata-se da análise de casos que questionam a forma como foi realizado o reconhecimento fotográfico, voltando-se o olhar para a necessidade de uma regulamentação mais clara sobre esse tipo de prova.

Do total de 65 casos de absolvição, 54 tiveram a prisão provisória decretada ao longo do processo, pelo prazo médio de um ano e dois meses, sendo o período de prisão mais curto de 24 dias e o mais longo de 2.185 dias (aproximadamente 6 anos).

Quanto ao perfil dos acusados, 95,9% são do gênero masculino e 63,74% é negra. A forma de reconhecimento mais frequente em sede policial é a fotografia, seja individual, seja em álbum fotográfico, proveniente, em sua maioria, das redes sociais, considerando os casos em que foi possível identificar a origem da foto.

Sobre o reconhecimento em juízo, constatou-se que em 39,94% foi possível verificar a observância de procedimento semelhante ao previsto em lei, já que as vítimas foram manejadas para ambiente apartado a fim de efetuarem o reconhecimento, tendo sido o réu colocado ao lado de dublês, porém em cerca de 47,5% dos casos, é possível afirmar não foi observado o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal.

A comparação entre o reconhecimento em sede policial e em juízo permite afirmar que em 70,43% dos casos com informação, a vítima confirma, ao comparecer à audiência, o reconhecimento feito na delegacia de polícia, indicando que há uma tendência a queda no número de reconhecimentos em juízo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ADEODATO, João Maurício; OLIVEIRA, Luciano. O estado da arte da pesquisa jurídica e sócio-jurídica no Brasil. **Série Pesquisas do Centro de Estudos Judiciais**. Brasília, Conselho da Justiça Federal, v. 4, 1996. Disponível em <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/pesquisas-do-cej/o-estado-da-arte-da-pesquisa-juridica-e-socio-juridica-no-brasil>>, acesso em 26 de maio 2022.

DEFENSORIA PÚBLICA DO RIO DE JANEIRO. **Relatório consolidado sobre reconhecimento fotográfico em sede policial**. Rio de Janeiro, 2021. Disponível em <<https://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/92d976d0d7b44b338a660ec06af008fa.pdf>>, acesso em 27 de maio de 2022.

GARRETT, B.L.; LOFTUS, E.F.; WELLS, G.L.; WIXTED, J.T. Test a witness's memory of a suspect only once. **Psychological Science in the Public Interest**, 2021, v. 22(1S) 1S–18S.

GLOBO. 83% dos presos injustamente por reconhecimento fotográfico no Brasil são negros, exibição em 21 de fevereiro de 2021 no programa **Fantástico**, disponível em <<https://globoplay.globo.com/v/9288342/?s=0s>>, acesso 17 de maio de 2022.

HUGENBERG, Kurt; BERNSTEIN, Michael J.; WILSON, John Paul. The cross-race effect and eyewitness identification: How to improve recognition and reduce decision errors in eyewitness situations. **Social Issues and Policy Review**, v. 7, n. 1, 2013, p. 83-113.

LEBRECHT, S.; PIERCE, L.J.; TARR, M.J.; TANAKA, J.W. Perceptual other-race training reduces implicit racial bias. **PLoS ONE**, 2009, v. 4, *issue* 1, e4215.

LENT, Roberto. **Cem bilhões de neurônios? Conceitos fundamentais de Neurociência**. 2ª ed. São Paulo: Atheneu, 2006.

LOPES, Mariângela Tomé. **O reconhecimento como meio de prova. Necessidade de reformulação do direito brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito) - USP, 2011.

MISSE, Michel. Crime, sujeito e sujeição criminal. Aspectos de uma contribuição analítica sobre a categoria bandido. **Nova Lua: Revista de Cultura e Política**, n. 79, p. 15-38, 2010.

MISSE, Michel. **Malandros, marginais e vagabundos e a acumulação social da violência no Rio de Janeiro**. 1999. 413 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – IUPERJ, Rio de Janeiro, 1999.

NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em direito no Brasil. **Cadernos Direito GV**, v.1, n. 1, p. 3-19, 2004.

PERGHER, Giovanni Kuckartz; STEIN, Lilian Milnitsky. Criando falsas memórias em adultos por meio de palavras associadas. **Psicologia: Reflexão e Crítica**, 2001, v. 14, n. 2, p. 353-366.

PURVES, Dale et al. **Neurociências**. 4ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2010.

STEIN, Lilian Milnitsky (Org.). **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010.

WELLS, G. L. Applied eyewitness-testimony research: system variables and estimator variables. **Journal of Personality and Social Psychology**, 1978, v. 36, n. 12 36(12), p. 1546–1557.

(IN) EFICÁCIA DO RECONHECIMENTO DE PESSOAS

ANÁLISE DA PROVA DO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DIANTE DA CRIATIVIDADE RACISTA DO SISTEMA PUNITIVO BRASILEIRO

Tainá Cristina Botelho Galdino de Almeida¹ e Jonathan Cardoso Régis²

Resumo: A presente pesquisa teve por finalidade estudar a influência do racismo no reconhecimento de pessoas, evidenciando-se a ausência de observação quanto às regras procedimentais do art. 226 do CPP e, uma vez apresentando falhas, elevado grau será quanto à sugestibilidade, frágil confiabilidade, brechas a arbitrariedades e, conseqüentemente, riscos de falsos reconhecimentos. Nesse seguimento, verificou-se que, em razão do racismo e da concepção do estereótipo do criminoso (criminoso nato), o reconhecimento fotográfico, uma prova sem previsão legal e derivada do reconhecimento de pessoas, pode potencializar a seletividade penal e o etiquetamento social, capaz de provocar injustiças irreparáveis, vitimizando, de forma avassaladora, a população negra.

Palavras-chave: Processo Penal. Reconhecimento de Pessoas. Reconhecimento Fotográfico. Racismo. Seletividade Penal.

Abstract: *The present research aimed to study the influence of racism in the recognition of people, evidencing the absence of observation regarding the procedural rules of article 226 of the Code of Criminal Procedure and, it presents flaws, in terms of suggestibility, fragile reliability, breaches of arbitrariness and, consequently, risks of false recognition. Therefore, it was found that due to racism and the conception of the criminal stereotype (born criminal), photographic recognition, a proof without legal provision and derived from the recognition of people, can enhance criminal selectivity and social labeling, capable of causing irreparable injustices, victimizing, in an overwhelming way, the black population.*

Keywords: *Criminal Procedure. People Recognition. Photographic Recognition. Racism. Criminal Selectivity.*

.....

1 Pós-graduanda em Direito Constitucional Aplicado (Faculdade Legale Educacional). Bacharela em Direito (UNIVALI). Residente no Ministério Público de Santa Catarina (MPSC). E-mail: tainacbg@gmail.com.

2 Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) e Doctor en Derecho pela Universidade de Alicante (Espanha). Mestre em Gestão de Políticas Públicas (UNIVALI). Especialização em Administração em Segurança Pública pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL) e Direito Processual Civil (UNIVALI). Graduação em Direito (UNIVALI) e em Segurança Pública - Curso de Formação de Oficiais pela Polícia Militar de Santa Catarina. Membro do CONPEDI. Professor de Direito Penal, Legislação Especial Penal e Direitos Humanos (UNIVALI). Coordenador de pós-graduação lato sensu em Segurança Pública e Política Criminal (UNIVALI). E-mail: joniregis@univali.br.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objetivo identificar o modo de reprodução do reconhecimento fotográfico a partir de elemento probatório frente à seletividade étnico-racial do Direito Penal, justificando-se o estudo na medida em que se verifica a ausência de limites à atuação repressora estatal, tendo em vista que o reconhecimento de uma fotografia é comumente utilizado, por si só, como prova única e condenável.

Nesse sentido, busca-se estudar a ausência de cautela no procedimento formal e adequado do reconhecimento de pessoas (art. 226 do CPP), notadamente quando se leva em pauta a relativização da formalidade do método – “mera recomendação” – e, a partir desse ponto, aborda-se o reconhecimento fotográfico, uma derivação célere do reconhecimento de pessoas, porém sem previsão legal.

Dessa forma, constata-se que a justiça criminal brasileira possui viés racial e, portanto, características herdadas do sistema escravocrata, notadamente ideologias políticas de domínio (da branquitude) sobre a população negra, a qual foi estigmatizada, controlada e transformada através do sistema penal em ameaça à “ordem social”.

Ainda, verifica-se a responsabilidade de se atentar aos procedimentos e requisitos formais do CPP para assegurar as garantias constitucionais, visto que, sendo o reconhecimento fotográfico uma prova que facilmente recebe influências de fatores que reiteram preconceitos raciais e reforçam o etiquetamento, ao ser reproduzido de maneira irregular, pode constituir-se em uma prova revestida de ilegalidade e ser responsável pelo racismo ainda constituir o processo penal: a maioria dos presos injustamente por reconhecimentos fotográficos são negros.

Ademais, a pesquisa exposta foi construída a partir da monografia intitulada “**Validade e eficácia da prova decorrente do reconhecimento fotográfico diante da seletividade étnico-racial do Direito Penal**”, apresentada em outubro de 2021 pela acadêmica Tainá Cristina Botelho Galdino de Almeida, na Graduação do Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI.

Por fim, quanto à metodologia empregada, registra-se que foi recrutado o método qualitativo indutivo, por meio da análise da legislação, trabalhos científicos, pesquisas bibliográficas e material documental.

REGULAMENTAÇÃO DO RECONHECIMENTO DE PESSOAS: (IN) SUFICIÊNCIA COMO MEIO DE PROVA

Ao ser tratada inicialmente na fase preliminar pela autoridade policial, notadamente a partir do conhecimento de um crime, conforme disposto no art. 6º do CPP, e considerado uma prova de estrutura questionável com controversa aceitação no campo jurídico, o reconhecimento de pessoas se encontra regulamentado nos artigos 226 e 228 do Código de Processo Penal.

Ao atentar-se quanto à formalidade, o reconhecimento de pessoas exige forma específica para sua produção, com o fim de se evitar má-fé, indução ou engano (CAPEZ, 2021), assim, a legislação brasileira traz, de maneira clara e concisa, a forma de operar esse meio de prova, não há brecha para discricionariedades e arbitrariedades ao coordenar, analisar e apreciar o procedimento por parte das autoridades, portanto não há espaço para realizar alguma interpretação extensiva (DIAS, 2020).

Veja-se, o procedimento, apesar de puramente teórico – diz-se pelo recorrente descumprimento normativo –, prescreve sucintamente que o reconhecimento de pessoas deverá ser efetuado ao vivo e pelas seguintes etapas: a) a pessoa que tiver que fazer o reconhecimento deverá **descrever** o indivíduo que deva ser reconhecido; b) a pessoa que se pretende reconhecer será colocada **ao lado de outras que com ela tiverem semelhança**, se possível, convidando-se o reconhecedor a apontá-la; e, por fim, c) o ato do reconhecimento **deverá estar lavrado por ato pormenorizado**, subscrito pela autoridade, pela pessoa que procedeu ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais, de acordo com o art. 226, CPP.

Posicionando-se, Lopes Júnior e Gloeckner (2014) asseveram que quando juízes não colocam o réu ao lado de outras pessoas semelhantes ou convidam pessoas diversas daquelas que participaram do reconhecimento policial, há reconhecimento induzido, ao passo que, no primeiro momento, há tão somente o reconhecimento individualizado (modalidade *show-up*), e, no segundo, a vítima tem contato com o “reconhecido” tanto na fase policial quanto em juízo, descumprindo o princípio da irrepetibilidade da prova.

Ora, mas esse costume ilegal, já foi muito tolerado pelas Cortes Superiores, inclusive até a decisão do Habeas Corpus nº 598.886-SC do Superior Tribunal de Justiça (2020), o qual reconheceu finalmente que a prática era dissociada do modelo legal e constitucional, o rigor processual era entendido como “mera recomendação”, não acarretando nulidade – ou seja, a lei existe, mas não precisa ser cumprida.

Acerca da referida decisão, o Ministro Sebastião Reis Júnior desabafou em seu voto: “[...] não vejo mais como endossar a desobediência de formalidades impostas pela nossa norma processual sob a justificativa eterna de que o Judiciário (e aqui no caso a nossa polícia) não tem estrutura humana e matéria para tornar efetiva a letra da lei [...]”.

Vale notar, ainda, que dada a alta relevância ao reconhecimento de pessoas, o rigor e cuidado ao procedimento, como acerta Lopes Júnior (2020, n.p.) “[...] longe de serem inúteis formalidades, constituem condição de credibilidade do instrumento probatório, refletindo na qualidade da tutela jurisdicional prestada e na própria confiabilidade do sistema judiciário de um país”.

Isso sem contar que corriqueiramente basta que o réu seja reconhecido, para que, ilegalmente, dê-se como satisfeito o *standard* de prova, ignorando a ideia dos riscos epistêmicos que influem na capacidade de identificação do autor do crime (VIEIRA, 2019), ou seja, a justiça criminal brasileira valoriza a produção de condenações em massa em detrimento da legítima atuação de um Estado Democrático de Direito (INNOCENCE PROJECT BRASIL, 2020).

Diante disso, comum é a prática dos “reconhecimentos informais”, os quais são admitidos em nome do princípio do livre convencimento motivado e da valoração relativa da prova, um risco que não enxerga a falibilidade humana, vez que testemunhas podem mentir em seus depoimentos e reconhecimentos, sem contar o fator da memória, os preconceitos, induzimentos etc., os quais favorecem e proporcionam identificações falsas e, conseqüentemente, cárceres de inocentes (NUCCI, 2020).

Sendo assim, apesar de ser uma prova formal, o reconhecimento de pessoas, a depender do modo realizado, notadamente ao ser revestido de ilegalidades e vícios, poderá sofrer influências externas que enfraquecem seu ato probatório.

FRAGILIDADES DO RECONHECIMENTO DE PESSOAS E A INFLUÊNCIA DA SELETIVIDADE PENAL: UM LIAME ENTRE A MEMÓRIA, O ETIQUETAMENTO E O ESTEREÓTIPO DO CRIMINOSO

Ao problematizar o reconhecimento de pessoas com o auxílio da psicologia judiciária, Lopes Júnior (2020) assevera que as pessoas veem e ouvem o que querem e, por conta disso, os estereótipos culturais (cor, classe social, sexo etc.) influenciam na percepção dos delitos, conduzindo testemunhas a reconhecerem o autor do delito – diga-se alvo/vítima, caso resulte um falso reconhecimento – com base nesses estereótipos.

A exemplo disso, um estudo nacional sobre práticas de obtenção de testemunho e de reconhecimento realizado pelo Ministério da Justiça e Secretaria de Assuntos Legislativos (2015) apontou que a estratégia utilizada, especialmente por policiais militares, para coleta de testemunho é a utilização de “perguntas fechadas” sobre características físicas do suspeito, tais como tatuagem, cicatriz, cor, altura – ainda, em entrevista, essas características foram apontadas como “típicas”, portanto, consideradas as mais relevantes em razão de não poderem ser alteradas.

A fim de esclarecer o conteúdo, Vieira (2020) expõe uma sessão de reconhecimento em que foram colocadas cinco pessoas, dessas, quatro eram brancas e estavam bem-vestidas, sendo uma quinta um homem negro e de chinelo. Evidentemente, essa situação é a clara demonstração de que há um público-alvo, ou seja, “[...] o Direito Penal tem cor, cheiro, aparência, classe social, enfim, o Direito Penal, também como regra, foi feito para um grupo determinado de pessoas, pré-escolhidas para fazer parte do show” (GRECO, 2009, p. 6).

Nessa lógica do senso comum da criminalidade, coloniza-se a matemática da ciranda punitiva, o criminoso será o estereótipo, seja pobre e negro e/ou outro integrante de extratos sociais, que será visto como marginal, conseqüentemente, marginal como desempregado, traficante, vagabundo e violento, ou seja, é o sistema penal seletivo e classista de violência institucional que reproduz injustiça social (ANDRADE, 2003).

No campo do reconhecimento de pessoas, Magalhães (2020) destaca que essa violência estrutural de preconceitos e estigmas exerce influência quando a pessoa marginalizada, demonizada e estereotipada, ao ser apresentada à pessoa que pretende realizar reconhecimento, ativa a memória, crença, cultura e moral – que atuam de forma implícita no discernimento – do indivíduo/testemunha, que, por sua vez, expressa preconceções de forma involuntária e, inclusive, potencializa a Teoria do Etiquetamento (Labelling Approach).

Acerca do tema, Thompson (2007, p. 68) aponta que “[...] a atividade da justiça penal se despreocupa com o que o acusado fez, para atentar cuidadosamente para o que ele é”, ou seja, a Teoria do Etiquetamento diz que o criminoso não necessariamente será aquele que pratica um crime, mas aquele que recebe a etiqueta que o controle social entende como criminoso – o estereótipo.

Demonstra-se que, apesar da norma garantir a fidelidade da prova, não basta por si só. Veja-se, esses estudos se demonstram pertinentes quando se analisam os procedimentos das provas previstas no Código de Processo Penal, mas quanto ao reconhecimento pessoal, é necessário tanto o rigor procedimental quanto o conhecimento dos riscos epistêmicos, a fim de diminuir os efeitos dos fatores externos e, conseqüentemente, da seletividade penal.

Ora, por mais que normas jurídicas, em tese, não possuam caráter discriminatório, é certo que sua aplicação é influenciada pelos conceitos, preconceitos, instituições, preferências etc., que dependem unicamente da interpretação humana e, apesar de que a atuação estatal deva ser imparcial, sabe-se que, do ponto de vista moral, a sua total isenção é um ideal inalcançável (TANFERRI; GIACOIA, 2019), razão em que se busca abordar o reconhecimento fotográfico, conhecidamente por meio de prova informal.

RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO: ATIPICIDADE, ASPECTOS PROCEDIMENTAIS E VALOR PROBATÓRIO

Conforme já mencionado, no diploma processual penal vigente, as regras básicas procedimentais acerca do instituto do reconhecimento de pessoas estão expressamente previstas no Código de Processo Penal. No entanto, tem-se adotado o reconhecimento de pessoas através de fotografias, caracterizando-se a prova do reconhecimento fotográfico fruto da construção doutrinária e jurisprudencial, sem qualquer previsão normativa (LIMA, 2020).

Sendo assim, comumente utilizado nas Delegacias de Polícia, o reconhecimento fotográfico consiste em apresentar para a vítima/testemunha a fotografia do suspeito para que aquela confirme ou não a autoria delitiva. Ou seja, é o reconhecimento sobre uma imagem estática da pessoa, não havendo uma observação direta do suspeito, mas sim sobre a sua fotografia (LOPES, 2011).

Veja-se que, se ausente a observação das regras procedimentais, o reconhecimento fotográfico pode se tornar um “jeitinho brasileiro” e, portanto, ilegal, aplicado ao processo penal, uma das modalidades de doping processual em que se aceitam condutas ilícitas como “mera irregularidade” (LOPES JÚNIOR; ROSA, 2014).

É também dizer que, ao ampliar procedimento do reconhecimento para que nele fosse aceito a identificação por fotografias despadronizadas, legitimou-se o esvaziamento de toda a formalidade do art. 226 do CPP (MATIDA, 2021), como se no processo penal vigorasse o ditame “os fins justificam os meios”, de modo que qualquer ilegalidade produzida pelos encarregados da persecução penal ganhasse legitimidade se dela se extrair o resultado almejado – no caso, é tão somente a incriminação (NEWTON; GONÇALVES; ROCHA, 2021).

Entretanto, ao desmerecer o rigor processual, diz-se que os operadores de direito desconhecem – ou, sob o viés punitivista de um sistema autoritário e inquisitorial, preferem

desconhecer – os riscos epistêmicos. Aliás, torna-se mais problemático quando sequer se sabe que procedimento foi realizado para a colheita da prova, o que se pode perceber em um estudo realizado pela Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina (2021), no qual se constatou que nos inquiridos policiais ou o “termo de reconhecimento fotográfico” era incapaz de descrever como transcorreu o procedimento ou não havia documento formal destinado a isso, e, sim, apenas a palavra da vítima/testemunha no seu depoimento alegando se reconhece ou não a autoria delitiva.

Não bastasse, o reconhecimento a partir de fotografia costumeiramente é confundido com o modo “*show-up*”, ou seja, há a apresentação de uma única fotografia despadronizada do investigado – por vezes retirado de redes sociais – à vítima/testemunha, a qual é simplesmente indagada de forma sugestiva se reconhece ou não o autor do delito (MATIDA; CECCONELLO, 2021a).

E pior, o Ministério da Justiça e a Secretaria de Assuntos Legislativos (2015) apontaram que o reconhecimento por fotografia também é realizado através da apresentação do “álbum de suspeitos” – sem limite de número de fotos, podendo chegar a centenas – à vítima/testemunha, que, por sua vez, é convidada a folheá-lo até que “encontre” ou “escolha” o autor do delito.

No que diz respeito ao álbum de suspeitos, Matida e Cecconello (2021a) alertam que é necessário mencionar que não há esclarecimentos quanto aos motivos que ensejam a inclusão da fotografia de alguém, o que, sem quaisquer protocolos de exibição, tem-se um espaço aberto à arbitrariedade. Assim, todo e qualquer sujeito será um potencial suspeito, conseqüentemente, todo apontamento poderá levar a erro judiciário – falso reconhecimento.

É por isso que os criminalistas Aury Lopes Júnior e Dora Cavalcanti, durante debate acerca sobre o reconhecimento de pessoas (FENED BR, 2021), aduzem que é o início da investigação, a partir do sujeito a ser reconhecido, que o reconhecimento fotográfico se torna, no Brasil, uma máquina de reafirmação de uma cultura racista e geradora de dolorosos erros judiciais. Aqui, o sujeito – diga-se vítima – não se torna alvo por mera coincidência, pois o que existe é o componente da seletividade penal e o racismo estrutural.

A memória, tanto no testemunho quanto no reconhecimento, encontra-se sujeita a sucumbir às hierarquias raciais, sofrendo influência das ideias dominantes de uma sociedade em que classifica os corpos negros como potenciais ameaças (MELLO, 2021), o que, aliado à inalterada redação da legislação processual penal, brechas legislativas e ausência de regulamentação, é uma das responsáveis por potencializar a violência na trajetória de pessoas negras.

Dessa forma, a desconfiança quanto ao uso de fotografia – manifesto de ilegalidades – é perfeitamente justificada na atual seletividade penal, tendo em vista que são os estereótipos raciais e sociais que alimentam a crença de que a apresentação do álbum de suspeitos/fotografia será o suficiente para encontrar a autoria delitiva (MATIDA; CEC-CONELLO, 2021a); é dizer que estar à margem da sociedade é ser encarado como um crime, longe é de fazer jus ao cuidado e à assistência, os marginalizados merecem ódio e condenação (BAUMAN, 1998).

No Brasil, onde “não existe racismo”, acompanha-se diariamente casos de pessoas que foram identificadas erroneamente através do modo de realização do reconhecimento fotográfico, ora em desconformidade com o CPP, e, conforme levantamento realizado pela Condege e Defensoria Pública do Rio de Janeiro (2021a), os negros correspondem à estatística nacional de 83% (oitenta e três por cento) das vítimas desse erro, ou seja, é a remodelação escravocrata no sistema judiciário, ou, como já diria Racionais MC’s (2002), é o fruto do negro drama em que “me ver pobre, preso ou morto já é cultural”.

RACISMO NO BRASIL: A ESTRUTURA DE UM SISTEMA PENAL SELETIVO DIANTE DA AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO DO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO

Sabe-se que o Brasil foi palco do sistema escravista e do tráfico atlântico por quase quatro séculos, de modo que é impossível desvincular os estudos do sistema de (in) justiça penal do terror histórico vivenciado pela população negra, especialmente quando a cor da pele sempre se mostrou relevante para descrever, produzir e hierarquizar os grupos humanos (NICOLITT, 2021).

E, apesar da formalização da abolição, a exclusão acabou sendo reforçada pelo preconceito e pela estigmatização, visto que o negro passou a ser percebido como “inimigo da ordem” (ADORNO, 1996), fazendo com que estivesse em constante vigilância, sob a justificativa da ameaça à exclusividade das posições sociais e geográficas da sociedade eletiva branca, é o medo do “[...] fantasma negro que sempre perturbou os sonhos leves e dourados da sociedade branca” (GÓES, 2016, p. 187).

Veja-se, a escravidão sentenciou o entendimento sobre o crime, espaço e corpo marginal (ALVES, 2017), inclusive, utiliza-se da mesma perseguição e opressão para massacrar

a dignidade dos excluídos e, hoje, aplaudida sem constrangimento através das chacinas – licença para matar – de negros nas favelas e presídios (SOUZA, 2017).

E mais, ao buscar um controle do corpo negro, a elite passou a fazer o uso de arma mais poderosa dos aparelhos jurídicos e políticos do Estado: o sistema penal (BERTÚLIO, 2021), aquele que priva e controla a liberdade do corpo mais violável e torturável – o negro – com auxílio da soberania da polícia, do Poder Judiciário e do Ministério Público (VALENÇA, 2020).

À vista disso e, considerando as contribuições basilares em relação aos aspectos históricos da sociedade escravocrata enquanto modelo no qual foi forjada a sociedade brasileira, passa-se à análise da violência racista contra as vidas negras, as quais estão sendo tratadas como coisas, tal como há quinhentos anos.

O RACISMO ESTRUTURAL E INSTITUCIONAL COMO FUNDAMENTO DA CRIMINALIZAÇÃO DA POPULAÇÃO NEGRA

Lamentava-se Luís Gonzaga Pinto da Gama (FERREIRA, 2020, p. 42) que “em nós, até a cor é um defeito, um vício imperdoável de origem, o estigma de um crime”.

Nesse ponto, Adorno (1995) aduz que no senso comum brasileiro – ficção criada pelo branco colonizador –, os negros são vistos como criminosos em potencial e perturbadores da ordem social, tendo em vista as raízes histórico-culturais e, apesar de estudos atestarem que o crime não é privilégio da população negra, a punição, sim, parece ser – é.

Aprofundando-se, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2021) atualizou que as prisões no país estão se tornando espaços destinados a um perfil populacional cada vez mais homogêneo, visto que atualmente o sistema carcerário abriga 759.518 (setecentos e cinquenta e nove mil e quinhentos e dezoito) presos, sendo que 66,3% (sessenta e seis vírgula trinta por cento) dessa população é negra. Percebe-se, então, que o cenário é complexo, mas as estratégias de contenção social das classes perigosas (negras) confirmam que a nomenclatura de navio negreiro e senzala foi apenas substituída por prisão (BISPO, 2020).

É assim dizer, também, que o racismo é escancarado, sendo que Kilomba (2019) conceituou que a definição da palavra é uma forma violenta constituída pela construção da diferença, a qual será ligada a valores hierárquicos, ambos, por sua vez, ligados pelo poder histórico, político, social e econômico.

No que concerne ao racismo institucional, Pires (2013) afirma ser observado pela atuação das instituições brasileiras sob a influência dos preconceitos da sociedade, demonstrando inicialmente um aparato normativo neutro, mas com clara pretensão seletiva, naturalizando a hierarquia racial e os estereótipos que inferiorizam determinado grupo enquanto afirmam a superioridade de outro.

Por isso, Almeida (2018) aborda que se há instituições que privilegiam determinados grupos raciais – o que acaba por consolidar a supremacia branca – é porque o racismo é parte de uma ordem social, ou seja, o racismo não é algo criado por elas e, sim, reproduzido por elas, como parte de uma estrutura de modo “normal” das constituições de relações políticas, sociais e jurídicas. Diz-se: o racismo é estrutural.

Assevera o autor, ainda, que apesar do racismo fazer parte de uma estrutura, não se deve retirar a responsabilidade sobre as práticas racistas, pelo contrário, torna-nos ainda mais responsáveis pelo seu combate, visto que o racismo é cada vez mais responsável pela conformação e naturalização de populações inteiras à extrema violência.

A todo o exposto, passa-se a temer os reconhecimentos fotográficos. Isso porque, tendo o estereótipo – cita-se a cor “inimiga” – de pessoa criminoso como elemento suficiente para condenação aos olhos do judiciário, é necessário demonstrar de que forma o descumprimento de preceitos normativos do reconhecimento pessoal potencializa o caráter seletivo e racista do sistema penal, notadamente quando é mascarado pelo reconhecimento fotográfico.

O DESCUMPRIMENTO DO ART. 226 DO CPP NO MODO DE REALIZAÇÃO DO RECONHECIMENTO FOTOGRAFICO COMO POTENCIALIZADOR DA SELETIVIDADE ÉTNICO-RACIAL

Ao abordar a defasagem do CPP, que vigora desde 1941, Korocoski et. al. (2020) apontam que a regulamentação da prova do reconhecimento de pessoas se encontra ultrapassada, mas é certo que se ao menos fosse respeitado o art. 226 do CPP até a chegada de uma reforma processual, e se fossem seguidos os métodos preventivos dos longos estudos da psicologia, haveria diminuição de erros judiciários, mas, evidentemente, o rigor processual e legal não é obrigatório para validade de um reconhecimento.

Veja-se, a problemática surge quando não há previsão legal do reconhecimento fotográfico, ao modo que, ao ser reproduzido, sequer segue de forma análoga a determinação legislativa do reconhecimento presencial de pessoas, especialmente levando em conta que é utilizado como precedente, ou seja, o reconhecedor pré-identifica o suposto autor por uma

fotografia e, posteriormente, mantém a afirmação durante o reconhecimento presencial – mesmo que não tenha certeza –, ocasionando o “efeito compromisso” (CURITIBA, 2020).

Ademais, vale a ponderação da dificuldade de retirar a identificação fotográfica dos arquivos policiais em caso de absolvição, arquivamento ou rejeição da denúncia, mas é bem verdade que é disseminada a prática policial de continuar utilizando a foto daquele inocente para proceder ao reconhecimento fotográfico por vítimas e testemunhas de outros crimes, potencializando-se o estigma e a ilegítima perseguição policial e, inclusive, o induzimento ao reconhecimento em fatos posteriores (LOPES JÚNIOR, 2020), o que apenas confirma que o modo como o reconhecimento fotográfico está sendo aplicado é claramente a manifestação do direito penal de autor (CONTREIRA, 2016).

Com o mesmo olhar de preocupação, a Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina (2021), durante pesquisa em processos distribuídos no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, destacou a correlação entre reconhecimento fotográfico positivo e condenação criminal, ou seja, quase todos os reconhecidos por fotografia acabaram condenados criminalmente ao final do julgamento, representando 92,30% (noventa e dois vírgula trinta por cento) da amostra.

Ainda, percebeu-se severidade nas penas que resultam de condenações baseadas em reconhecimento fotográfico e, conseqüentemente, o estabelecimento do regime inicialmente fechado para o cumprimento de pena, o que demonstra graves conseqüências impostas aos acusados nos casos em que o reconhecimento fotográfico se tornou prova protagonista para o desfecho condenatório.

Ao abordar “casos isolados”, Almeida (2021) cita Wilson Alberto Rosa, Jeferson Pereira da Silva, Ângelo Gustavo Pereira Nobre, Tiago Vianna Gomes e Jamerson Gonçalves de Andrade, inocentes que injustamente tiveram suas vidas travadas pela (in) justiça criminal, uma vez que todos foram vítimas de falso reconhecimento através da utilização de uma fotografia.

E mais, “coincidentemente”, essas mesmas vítimas fazem parte das estatísticas coletadas pela Defensoria do Estado do Rio de Janeiro (2020; 2021a; 2021b; 2022): a maioria das pessoas vítimas dos erros de reconhecimento fotográfico são negras, a saber: o primeiro relatório, de 11 de setembro de 2020, citou **erros em reconhecimento fotográfico** em 47 (quarenta e sete) processos de 2014 a 2019, todos no Estado do Rio de Janeiro, sendo que **80% (oitenta por cento) dos suspeitos eram negros**. Em âmbito nacional, o segundo relatório, de 12 de março de 2021, abrangeu 10 (dez) Estados brasileiros, em estudos realizados em 28 (vinte e oito) processos de 2012 a 2020, constatando-se que **83% (oitenta e três por cento) das pessoas vítimas de erros do reconhecimento fotográfico eram negras**.

Ambas as pesquisas restaram unificadas em 10 de setembro de 2021, verificando-se que em 75 (setenta e cinco) processos de 2012 a 2020 foram realizadas ao menos 90 (noventa) prisões injustas baseadas no método – 73 (setenta e três) no Rio de Janeiro – e, desse total, **81% (oitenta e um por cento) das pessoas eram negras.**

De grande repercussão, os estudos continuaram, o que fez a defensoria pública apresentar mais um relatório em 5 de maio de 2022, agora com análise de 242 (duzentos e quarenta e dois) processos no Estado do Rio de Janeiro, reforçando que o perfil do acusado é relevante: **63,74% (sessenta e três vírgula setenta e quatro por cento) das pessoas vítimas das falhas do reconhecimento fotográfico são negras.**

De mesmo norte, Dias (2020) apresentou a realidade do reconhecimento fotográfico nos processos criminais de uma vara criminal no interior Estado do Rio Grande do Sul, constando-se que, para acusar homens negros, o reconhecimento fotográfico foi prova suficiente de autoria, o que foi de encontro ao se tratar de pessoas brancas, em que houve, antes, empenho policial para a formação do convencimento.

Como se vê, a negritude e a criminalidade estão enraizadas na sociedade através do racismo estrutural e institucional, de modo que a cor é “prenúncio da culpa” (DUARTE; AVELAR; GARCIA, 2018).

Já na época da escravatura, os negros eram anunciados em fotografias como “avisos” de mercadoria, identificados pela cor e associados ao perigo, jogos e prostituição. Inclusive, nas notas que ofereciam recompensas a quem denunciasse os escravizados desaparecidos, estes eram sempre apresentados e descritos tanto pela cor quanto pelas suas características, detalhes e fisionomia (MAROCCO, 2011).

É nesse ponto que Mello e Gervitz (2019) afirmam residir o grande perigo do reconhecimento fotográfico: a sugestionabilidade. Pois, ainda que inconscientemente, esse método é capaz de potencializar os aspectos negativos do reconhecimento por revisitar, de maneira influenciável, o autor do delito, fazendo com que a imagem seja capaz de adequar o autor do delito à pessoa projetada na fotografia, criando-se o “criminoso nato”.

Percebe-se, portanto, que o imaginário social criou automatismos mentais para associar a negritude à criminalidade, exercendo influência no consciente e inconsciente da vítima/testemunha no ato do reconhecimento, ao modo que esta se sentirá mais confortável em apontar a autoria dos fatos a uma pessoa negra.

Infelizmente, o alto índice de erros por reconhecimentos fotográficos que levam pessoas negras ao encarceramento é autorizado pelo Poder Judiciário, que valida o racismo institucionalizado. Percebe-se que as abordagens policiais arbitrárias, a violência policial,

os registros de fotografias e sua indevida utilização só existem quando um Judiciário que consente é também violento (DUARTE; AVELAR; GARCIA, 2018).

Soluto ressaltar ao caso que, em que pese o memorável julgamento do Superior Tribunal de Justiça no HC 598.886/2020-SC, que estabeleceu novos parâmetros para o reconhecimento de pessoas no Brasil, pontuando que os procedimentos elencados no art. 226 do CPP não devem ser vistos como mera recomendação, a decisão da corte continua a ser sistematicamente ignorada, os recentes casos de erros são representativos de que a prática odiosa do reconhecimento fotográfico ainda se repete nas delegacias do Brasil (MATIDA; CECCONELLO, 2021b).

A não recepção do precedente é notória na pesquisa da Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina (2021) sobre processos criminais que têm como objeto o reconhecimento fotográfico, visto que houve a constatação de que nenhum acórdão mencionou o precedente – até o fechamento da amostra –, inclusive, há indicativos de que essa postura não é exceção, pois o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro também não o menciona. Aliás, o Tribunal de Justiça do Ceará fez referência expressa ao precedente em um único processo, utilizando-o como reforço argumentativo para absolvição, mas não seguiu o novo entendimento.

O estudo aponta que, especificamente no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, os desembargadores convergem no sentido de reconhecer que o procedimento legal estabelecido pelo art. 226 do Código de Processo Penal constitui mera recomendação, cuja inobservância não implica ilegalidade ou fragilidade probatória, utilizando-se de jurisprudências antigas para justificar a validade e a relevância probatória do reconhecimento fotográfico e, ainda, manter as condenações.

As ilegalidades, evidentemente, são de praxe: no início do ano, a foto do ator Michael B. Jordan constou em um reconhecimento fotográfico realizado pela Polícia Civil do Ceará, em razão de uma investigação da chacina da Sapiranga. Veja-se:

(...) O caso chamou imediata atenção pelo manifesto racismo que representa: nem mesmo uma estrela hollywoodiana – aclamada por seu incontestável talento e pela fundamental representatividade que trouxe à população negra de todo o mundo – foi poupada da generalização espúria que teima em correlacionar a cor de sua pele à criminalidade. Em uma sociedade tradicionalmente racista, não é difícil imaginar as ilações que guiaram a formação do mosaico que acabou resultando no apontamento de mais um jovem negro, dessa vez de 17 anos. **Aliás, a diferença etária entre sujeito que foi identificado e Jordan (de 34 anos) serve a revelar que a cor da pele dos suspeitos parece ter sido a única característica a despertar a atenção dos investigadores responsáveis**

(...) **Se nem mesmo um ator de prestígio internacional, dono de extensa filmografia, está livre de ser exibido em fila de suspeitos, o que se poderá dizer dos negros periféricos brasileiros? As condenações injustas deitam suas raízes nos reconhecimentos irregulares realizados a partir de práticas como esta.** (...) (MATIDA; CECCONELLO, 2022, n.p., grifo nosso).

Num primeiro momento é de se fazer piada, mas ao analisar o contexto histórico brasileiro marcado pela marginalização da população negra, perde-se a graça, vez que não passa de mais uma criatividade racista do sistema penal. Aliás, não se estranharia se o ator fosse “reconhecido” (ironicamente também não seria surpresa se a Autoridade Policial indiciasse, o Ministério Público promovesse a persecução penal e, por fim, o Judiciário condenasse), afinal, vigora no país que “preto é tudo igual”, é um rosto sem identidade, não importa quem será encarcerado, morto, violentado, injustiçado e reconhecido erroneamente pela ilegalidade do modo de realização do reconhecimento fotográfico, o que importa é qual a tonalidade de pele do suspeito/alvo – a pele negra, “o tipo lombrosiano”.

Assim, em que pese a inédita decisão do Superior Tribunal de Justiça, está de longe a ser pacificada, especialmente por não ter força de lei. Claro que, embora abra precedentes que descartem como mera recomendação o rigor procedimental, não se blinda, ainda, o racismo, pois além da mudança legislativa, é necessária a mudança cultural da dívida histórica.

Mas certo é, preconceitos e estigmas exercem influência no reconhecimento pessoal e tendem a ser potencializados quando não observados os procedimentos adequados, aliás, o modo de realização do reconhecimento fotográfico, em dissonância aos preceitos legais, foi capaz de demonstrar que o racismo constitui o processo penal e que a vida negra tem menos valor aos olhos da justiça, potencializando-se a seletividade étnico-racial.

Aliás, é de se considerar que o ordenamento jurídico brasileiro é o remodelamento da ordem escravocrata.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificou-se que o reconhecimento pessoal ganha protagonismo quando a pessoa é apontada como autor de um delito, devendo o modo de realização da prova observar as formalidades processuais, sob o risco de que se torne um instrumento ou arma nas mãos de um grupo dominante contra os demais e, para além dessas questões, o respeito ao procedimento funciona como garantia epistêmica, aliás, como garantia mínima, e não só para os investigados, mas para todo o sistema de justiça criminal.

Assim, deve-se recordar que a admissão da validade do reconhecimento fotográfico não exige da observância do art. 226 do CPP. No entanto, constatou-se que não se seguem os preceitos legais, pois ora é apresentada uma única fotografia (*show-up*), ora apresentado álbum fotográfico de origem desconhecida e com incontáveis fotografias de suspeitos para a vítima/testemunha procurar/identificar – diga-se, escolher – o autor, o que só resta a apurar que o referido instituto não se sujeita a qualquer regulação, sequer de forma análoga.

Noutro ponto, cuidou de mencionar que nos erros do reconhecimento fotográfico os negros são as maiores vítimas, o que pode se dizer que essa prova, aplicada de forma arbitrária, é uma prática de uma cultura racista que reafirma a máquina punitivista, autoritária e inquisitória da justiça criminal. Isso se deve ao fato do aspecto histórico da constituição de uma sociedade, em que o racismo institucional acabou por afetar a imagem do sistema penal, fazendo com que o negro, visto como criminoso, seja o principal alvo da criminalização, o que é naturalizado a partir de uma ordem social já hierarquizada racialmente, fazendo parte de um racismo estrutural.

Sendo assim, não somente há falha procedimental quanto ao modo de realização do reconhecimento fotográfico, mas há a influência do racismo na medida em que a população negra recai no estereótipo de pessoa criminosa, verificando-se que ser negro é ser reduzido a uma estatística, é ser socialmente segregado, morto e criminalizado, ou seja, ser negro é fazer parte dos 83% (oitenta e três por cento) das prisões injustas decorrentes de erros no reconhecimento fotográfico.

Claro que se reconhece a dificuldade de seguir o reconhecimento pessoal quando se necessita de um determinado número de pessoas semelhantes postas de forma presencial, o que faz com que o reconhecimento fotográfico seja uma alternativa.

Do mesmo modo, sabe-se que “show up” e “álbum de suspeitos” não devem ser utilizados como sinônimos de reconhecimento fotográfico, tendo em vista que a utilização de fotografias na produção dessa prova, mesmo que de forma análoga ao presencial, deve seguir os protocolos legislativos concomitantemente aos estudos da psicologia do testemunho (alinhamento justo, padronização etc.), a teoria não pode ser outra, sob pena de ser aceita como uma aberração em forma de prova que tem como objetivo tão somente a (re) vitimização da população negra.

Por outro lado, atualmente, justifica-se a repulsa radical quanto à admissibilidade do reconhecimento fotográfico, uma vez que o seu modo de realização se confunde justamente com a apresentação de fotografias despadronizadas e sem qualquer protocolo, o que acaba por manifestar o racismo, sendo que qualquer conclusão diversa, que não

passe por essa realidade, ou qualquer política pública, estudo ou pesquisa que não parte dessas variáveis (racismo, estereótipo, seletividade), corre o risco de perpetuar a segregação social e racial, remodelando a ordem escravocrata.

Partindo dessa premissa, questiona-se: os erros do reconhecimento fotográfico, possuindo sobretudo como vítima a população negra, seriam realmente erros? Ou estariam na mesma lógica escravocrata de controlar o corpo negro, a fim de manter os privilégios da classe branca colonizadora sob alegação de manutenção da “ordem social”?

Resta evidente que os interesses permanecem os mesmos. Os negros continuam privados de sua liberdade. Aliás, o reconhecimento fotográfico, enquanto realizado de maneira irregular e chancelado pelas autoridades, é a clara demonstração de que persiste, no Brasil, o que Gonzalez (2020) chama de “*apartheid* sofisticado”.

No mais, destaca-se a análise quanto à aprovação de eventuais projetos de lei e reforma, a fim de tornar o reconhecimento fotográfico legal. Veja-se, reconhecem-se as vantagens deste sobre o presencial (criação de banco de fotografias na rede de computadores para busca de pessoas semelhantes a serem alinhadas, o que é essencialmente dificultoso de se pôr em prática em um reconhecimento presencial), mas é necessário entender que não devemos cair na ingenuidade normativa de achar que qualquer regulamentação legislativa dará conta de todas as situações, pois no presente momento, sem ouvir a comunidade científica e a população (realização de audiências públicas, por exemplo), apenas se irá manter o problema social e racial.

Por fim, acredita-se que a pesquisa, com tema essencialmente novo (na questão racial), pode contribuir para o meio acadêmico e servir de fonte de pesquisa para outras investigações, a exemplo, às origens das fotografias e dos álbuns fotográficos utilizados pelas Delegacias de Polícia, ou, tão somente, para o conhecimento da academia acerca da influência do racismo na reprodução irregular dos reconhecimentos fotográficos.

O que se busca é alertar quanto à problemática racial, a fim de cultivar e aprimorar a admissibilidade e modo de realização da prova do reconhecimento fotográfico no início do processo, notadamente no início das investigações e não no final, com os erros judiciais já consolidados.

Sendo assim, finaliza-se com a seguinte reflexão: as vidas negras importam diariamente, e não somente quando tombam ao chão!

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. Discriminação racial e justiça criminal em São Paulo. **Revista Novos Estudos**, São Paulo, n. 43, p. 45-63, nov. 1995.

_____. Racismo, criminalidade violenta e Justiça penal: réus brancos e negros em perspectiva comparativa. **Revista Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 18, p. 283-300. 1996.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **O que é racismo estrutural?** Minas Gerais: Letramento, 2018.

ALMEIDA, Tainá Cristina Botelho Galdino de. **Validade e eficácia da prova decorrente do reconhecimento fotográfico e a seletividade étnico-racial do direito penal.** 2021. 117 f. Monografia – Curso de Direito. UNIVALI, Universidade do Vale do Itajaí, Balneário Camboriú, 2021.

ALVES, Dina. Rés negras, juízes brancos: Uma análise da interseccionalidade de gênero, raça e classe na produção da punição em uma prisão paulistana. **Revista CS**, n. 21, p. 97-120, jan./abr. 2017.

ANDRADE, Vera Pereira Regina de. **Sistema Penal Máximo X Cidadania Mínima: códigos da violência na era da globalização.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade.** Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima. Coluna ponto e contraponto: Racismo no Processo Penal ou Processo Penal Racista. **Trincheira Democrática - Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal**, Salvador, ano 4, n. 15, p. 3-6, jun. 2021.

BISPO, Caroline. As vidas negras importam diariamente, inclusive antes de tombarem ao chão. **Trincheira Democrática - Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal**, Salvador, ano 3, n. 10, p. 7-8, ago. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 5 maio 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

CONTREIRA, Richardson Vieira. **Investigação preliminar conforme a teoria dos jogos.** 2016. 62 f. Monografia - Curso de Direito. UFSC, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

CURITIBA, Áyadne Costa. **A fragilidade do reconhecimento de pessoas no ordenamento jurídico processual penal brasileiro como meio de prova.** 2020. 64 f. Monografia - Curso de Direito. UFF, Universidade Federal Fluminense, Macaé, 2020.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. **Reconhecimento Fotográfico em Santa Catarina.** Centro de Estudos, de Capacitação, e de Aperfeiçoamento da Defensoria Pública de Santa Catarina – CECADep, 2021. Disponível em: <http://defensoria.sc.def.br/wp-content/uploads/2021/03/Relat%C3%B3rio-CECADEP-Reconhecimento-Fotogr%C3%A1fico-SC.pdf>. Acesso em: 5 maio 2022.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Análise dados agrupados RJ sobre reconhecimento fotográfico em sede policial.** Diretoria de estudos e pesquisas de acesso à justiça, 2020. Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/33e974efa1004184954c-c1b08ac2f253.pdf>. Acesso em: 5 maio 2022.

_____. **O reconhecimento fotográfico nos processos criminais no Rio de Janeiro.** Diretoria de estudos e pesquisas de acesso à justiça, 2022. Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/8522ade5dd614eef9176eb6109711b4f.pdf>. Acesso em: 20 maio. 2022.

_____. **Relatório consolidado sobre reconhecimento fotográfico em sede policial.** Diretoria de estudos e pesquisas de acesso à justiça, 2021b. Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/92d976d0d7b44b338a660ec06af008fa.pdf>. Acesso em: 5 maio 2022.

_____. **Relatório sobre reconhecimento fotográfico em sede policial.** Diretoria de estudos e pesquisas de acesso à justiça, 2021a. Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/54f8edabb6d0456698a068a65053420c.pdf>. Acesso em: 5 maio 2022.

DIAS, Camila Cassiano. “Olhos que condenam”: uma análise autoetnográfica do reconhecimento fotográfico no processo penal. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 47, n. 148, p. 329-356, jun. 2020.

DUARTE, Evandro Piza; AVELAR, Laís da Silva; GARCIA, Rafael de Deus. Suspeitos? Narrativas e expectativas de jovens negros e negras e policiais militares sobre a abordagem policial e a discriminação racial em Brasília, Salvador e Curitiba. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 04, p. 3316-3336, 2018.

FENED BR. **Prova Penal e Falsos Reconhecimentos.** 2021. (1h34m35s). Publicado pelo canal Federação Nacional das e dos Estudantes de Direito. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=5UuJcbADRx8>. Acesso em: 5 maio 2022.

FERREIRA, Lígia Fonseca Ferreira (org.). **Lições de resistência:** artigos de Luiz Gama na imprensa de São Paulo e do Rio de Janeiro. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2020.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2021.** FBSP, 379 p., São Paulo, ano 15, 2021.

GÓES, Luciano. **A “tradução” de Lombroso na obra de Nina Rodrigues:** o racismo como base estruturante da criminologia brasileira. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

GONZALEZ, Lélia. **Por um feminismo afro-latino-americano:** Ensaios, intervenções e diálogos. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio:** Uma Visão Minimalista do Direito Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

INNOCENCE PROJECT BRASIL. **Prova de Reconhecimento e Erro Judiciário.** 1ª. ed. São Paulo, 2020.

KILOMBA, Grada. **Memórias da plantação:** episódios de racismo cotidiano. Tradução de Jess Oliveira. Rio de Janeiro: Cogobó, 2019.

KOROCOSKI, Luana Esteche Nunes. et. al. Validade do reconhecimento por fotografia como meio de prova no processo penal. **Revista Sodebras** – Soluções para o desenvolvimento do país, [s.l.], v. 15, n. 174, p. 70-73, jun./2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

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

LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6. ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Forense, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Memória não é Polaroid**: precisamos falar sobre reconhecimentos criminais. Revista Consultor Jurídico, 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-nov-07/limite-penal-memoria-nao-polarid-precisamos-falar-reconhecimentos-criminais>. Acesso em: 5 maio 2022.

LOPES, Mariângela Tomé. **O reconhecimento como meio de prova**: necessidade de reformulação do direito brasileiro. 2011. 209 f. Tese (Doutorado em Direito - área penal e processual penal) - Faculdade de Direito. USP, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

MAGALHÃES, Marina Trindade. O reconhecimento pessoal e a psicologia judiciária: falibilidade do testemunho como reforço do etiquetamento e violação ao in dubio pro reo. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 3, p. 1699-1731, set./dez. 2020.

MAROCCO, Beatriz. Linhas paralelas: os negros e os jornais na fotografia do século XIX. **Revista QUADERNS-E - l'Institut Català d'Antropologia**, [s.l.], n. 16 (1-2), p. 103-115, 2011.

MATIDA, Janaina; CECCONELLO, William Weber. **O que há de errado no reconhecimento fotográfico de Michael B. Jordan?** Revista Consultor Jurídico, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-08/opiniao-errado-reconhecimento-fotografico-michael-jordan>. Acesso em: 16 maio 2022.

_____. **Outra vez sobre o reconhecimento fotográfico**. Revista Consultor Jurídico, 2021b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-01/limite-penal-outra-vez-reconhecimento-fotografico>. Acesso em: 5 maio 2022.

_____. Reconhecimento fotográfico e a presunção da inocência. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 7, n. 1, p. 409-440, jan./abr. 2021a.

MATIDA, Janaina. **Considerações epistêmicas sobre o reconhecimento de pessoas: produção, valoração e insatisfação do standard probatório penal**. In: Código de Processo Penal: Estudos comemorativos aos 80 anos de vigência, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 2, p. 141-155, 2021.

MELLO, Kamilla Faria. O caso do Luiz violoncelista e o constante estado de risco vivido por pessoas negras. **Trincheira Democrática - Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal**, Salvador, ano 3, ed. especial 1, p. 15-16, nov. 2021.

MELLO, Maria Cecília Pereira de; GERVITZ, Luiza Cobra. A influência da imagem sobre a memória e a reconstrução dos fatos: o desafio do reconhecimento fotográfico. **Revista de Direito e Medicina**, [s. l.], v. 4, p. 1-14, out./dez., 2019.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA; SECRETARIA DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS. Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses. Série Pensando o Direito, n. 59. Brasília: Ipea, 2015.

NEWTON, Eduardo Januário; GONÇALVES, Gina Bezerra Ribeiro; ROCHA, Jorge Bheron. O procedimento do reconhecimento fotográfico como garantia. **Revista Síntese – Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 22, n. 129, p. 30-41, ago./set., 2021.

NICOLITT, André. Coluna ponto e contraponto: o pardo, o fardo e a indistinção: vida parda, a farda não erra não! **Trincheira Democrática - Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal**, Salvador, ano 3, ed. especial 1, p. 4-6, nov. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. **Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos**. 2013. 323 f. Tese (Doutorado em Direito – área penal) – PUC-RJ, Pontifícia Universidade Católica de Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

SOUZA, Jessé. **A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato**. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

STREVA, Juliana Moreira. **Corpo, raça, poder: extermínio negro no Brasil: uma leitura crítica, decolonial e foucaultiana**. Rio de Janeiro: Editora Multifoco, 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (6. Turma). **Habeas Corpus 598.886/SC**. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, julgado em 27/10/2020, DJe 18/12/2020.

TANFERRI, Andressa Silveira; GIACOIA, Gilberto. A estigmatização do criminoso sob a perspectiva da criminologia crítica: a seletividade do sistema na abordagem do labelling approach e a da inibição reintegradora. **Revista Jurídica Cesumar**, Paraná, v. 19, n. 2, p. 497-519, maio/ago. 2019.

THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos**. O crime e o criminoso: entes políticos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

VALENÇA, Manuela Abath. Por um processo penal a partir da margem. **Trincheira Democrática - Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal**, Salvador, ano 3, n. 9, p. 14-16, jun. 2020.

VIEIRA, Antônio. **Reconhecimento de Pessoas: provas testemunhais em foco**. 2020. (30m45s). Publicado pelo canal Instituto Baiano de Direito Processual Penal. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=PVowM74ATso>. Acesso em: 5 maio 2022.

_____. Riscos epistêmicos no reconhecimento de pessoas: contribuições a partir da neurociência e da psicologia do testemunho. **Trincheira Democrática - Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal**, Salvador, ano 2, n. 3, Edição Especial, I Seminário Regional, p. 13-16, jun. 2019.

RECONHECIMENTO DE PESSOA

PERSPECTIVAS A PARTIR DO HC 598.886/SC E DA INTERPRETAÇÃO DO TJSP

RECOGNITION OF PERSONS: OUTLOOK FROM THE HC 598.886/SC AND THE INTERPRETATION OF TJSP

Lucas Andreucci da Veiga¹ e Bruna Moraes da Conceição²

Resumo: O objetivo deste artigo é investigar se o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo aderiu ao novo paradigma da Corte Superior. Para tanto, realizou-se pesquisa empírica quantitativa das decisões judiciais do referido Tribunal Estadual, método nomeado “jurimetria”. A pesquisa se mostra relevante ao demonstrar, em específico quanto às formalidades do art. 226 do CPP, o grau de adesão da Corte Paulista à decisão do Tribunal responsável pela unificação da interpretação da lei federal. De forma mais ampla, o respeito que se confere à ritualística processual e às formalidades processuais que visam, na lógica de um processo penal acusatório, o resguardo do direito de defesa. Ao final, analisa-se a possibilidade de se realizar o reconhecimento de pessoa como produção antecipada de prova.

Palavras-Chave: Reconhecimento de pessoa; falsas memórias; formalidades; jurimetria; *habeas corpus* 598.886/SC.

Abstract: The objective of the article is to investigate whether the Court of Justice of the State of São Paulo adhered to the new paradigm of the Superior Court (nº 598.886/SC) In order to do so, a quantitative empirical research was carried out on the judicial decisions of the aforementioned State Court, a method named “jurimetry”. The research proves to be relevant when demonstrating, specifically regarding the formalities of art. 226 of the CPP, the degree of adhesion of the Paulista Court to the decision of the Court responsible for the unification of the interpretation of the federal law. More broadly, the respect given to procedural rituals and procedural formalities that aim, in the logic of an accusatory criminal procedure, to protect the right of defense. At the end, the possibility of carrying out the recognition of person as an anticipated production of evidence is analyzed.

Keywords: recognition of person; false memories; formalities; jurimetry; *habeas corpus* 598.886/SC.

.....

1 Doutorando em Direito Processual Penal na PUC-SP, Mestre em Direito Penal pela USP. E-mail: lucas@vsadvogados.com

2 Graduada em Direito na UNESP. E-mail: bruna.ajm@gmail.com

INTRODUÇÃO

O oitentenário Código de Processo Penal, mesmo com o influxo da Carta de 1988 e leis esparsas posteriores, somente explicitou sua vocação acusatória com a inserção do art. 3º-A pela Lei 13.964/2019³.

Remanesce, no entanto, grande parte da redação original, como o art. 226, que trata do reconhecimento de pessoa. Conquanto se preveja ali um procedimento para tal atividade probatória – cujo questionamento não é objeto desta investigação – a própria imposição da observância à prescrição legal não é tema pacífico.

Historicamente prevaleceu o entendimento de que o art. 226 do CPP seria mera recomendação legal, portanto não haveria nulidade quando autoridades policiais ou judiciais desprezassem o procedimento determinado por lei. Por outro lado, episódios recentes alertam que se poderia evitar erros de reconhecimento se as formalidades⁴ legais fossem cumpridas. A questão é posta, ainda à guisa de introdução neste trabalho, sob a perspectiva da diferenciação das etapas probatórias.

O ponto de partida será a decisão prolatada pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Habeas Corpus número 598.886/SC, ocasião na qual a Corte promoveu mudança paradigmática: o reconhecimento de pessoa realizado na fase do inquérito policial somente seria capaz de determinar a autoria delitiva quando seguisse as etapas e forma no art. 226 do CPP, e isso desde que corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Estabelecida a base teórica e fática, avaliou-se se o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) aderiu ao paradigma estabelecido pela 6ª Turma do STJ, mediante pesquisa empírica quantitativa baseada em decisões judiciais, método nomeado “jurimetria”. Os resultados da pesquisa, convertidos em dados estatísticos, indicam tendências. E a partir da sua análise, exsurge a proposta de se enfrentar a temática com a realização do reconhecimento de pessoa em etapa de produção antecipada de prova.

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

4 O termo “formalidade” utilizado neste artigo está relacionado ao sentido de garantia.

O PROCEDIMENTO PARA RECONHECIMENTO DE PESSOA DISPOSTO NO ART. 226 DO CPP

Reconhecimento de pessoa é procedimento no qual se leva a vítima ou testemunha a descrever alguém, possível responsável pela prática delitiva, e, em seguida, mediante a comparação visual com outrem, identificá-lo. O intuito é verificar uma coincidência entre a recordação do indivíduo e a nova experiência, em juízo ou na polícia (BADARÓ, 2021). Coincidindo as experiências, o ato de reconhecimento é positivo (LOPES Jr., 2022). As diretrizes a tanto estão no art. 226 do Código de Processo Penal, válido tanto para a fase de inquérito como para a fase instrutória.

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

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

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

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

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

Parágrafo único. O disposto no III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento (BRASIL, 1941).

Trata-se de procedimento tripartite: descrição, comparação e indicação (BADARÓ, 2021).

Inicia-se pela descrição da pessoa com o máximo de características possíveis. Nesse ponto a memória pode sofrer influência na reconstituição dos fatos pretéritos, pois sujeita a influxos internos ou externos, aptos a modificar a percepção do evento passado e até mesmo resultar em falsas memórias, informações não verdadeiras que se entremeiam nas lembranças, (con)fundindo-se com a experiência concreta. Essa distorção da realidade fá-tica pode se imiscuir nas recordações de tal maneira que o sujeito acredita genuinamente naquela projeção que descreve. Esse fenômeno pode decorrer de recriações pelo próprio

indivíduo, preenchendo as lacunas nas reminiscências sem necessária compatibilização com a realidade (SACKS, 2015 apud GUARAGNI; TANAKA, 2020). Ao vivenciar evento envolvendo a prática de um delito, o indivíduo pode ter sua capacidade de codificação de informações limitada⁵. Além disso, as falsas memórias também podem ser induzidas por terceiros, ao sugerirem informações que não são reais – ou mesmo que reais, não tenham sido presenciadas pelo indivíduo –, inconscientemente incorporadas. Nesse campo de estudo, uma das principais pesquisadoras é a psicóloga Elizabeth Loftus (2003, 2005). Em experimentos com mais de 20 mil voluntários, constatou que o simples diálogo com outras pessoas, a exposição massiva a reportagens ou interrogatórios tendenciosos e incisivos podem instigar a formação dessas ilusões.

Já na segunda fase do procedimento de reconhecimento, o cerne é a comparação. Indivíduos com características semelhantes àquelas descritas por quem fará o reconhecimento são colocados, se possível, lado a lado (fisicamente ou por fotografias). Por certo a atividade probatória será prejudicada se a pessoa descrever alguém ruivo, por exemplo, e apenas um dos avaliados possuir tal característica. Nesse sentido, William Cecconello e Lilian Stein (2020, apud Malpass et al., 2007) indicam que não-suspeitos e suspeitos devem, todos, atender às descrições antes fornecidas. Ademais, nenhum dos rostos selecionados para reconhecimento pode se sobressair em relação aos demais.

Por fim, a terceira fase diz respeito à identificação. Assim, feita a comparação, o possível autor do delito será apontado. Este ato deverá ser lavrado em auto pormenorizado nos termos do inciso IV, art. 226, CPP⁶.

Todas essas etapas, especificadas no art. 226 do CPP, são relevantes para a constituição de um conjunto probatório confiável. “Não se pode desrespeitar o rito para a realização do reconhecimento, pois todas as suas fases existem para evitar erros judiciais que podem levar a condenações injustas, cujas consequências serão irreversíveis” (LOPES; DEZEM, 2021).

.....

5 Se há mais de um criminoso, por exemplo, a atenção torna-se dividida entre as diferentes faces, prejudicando a codificação e aumentando a probabilidade de um falso reconhecimento, se comparado a crimes cometidos por apenas um criminoso (Bindemann, Sandford, Gillatt, Avetisyan & Megreya, 2012). O estresse ocasionado durante o crime também dificulta a capacidade da testemunha manter foco atencional por muito tempo e conseqüentemente prejudica a codificação do rosto do criminoso (Deffenbacher, Bornstein, Penrod & Mcgorty, 2004; Morgan III et al., 2004). Se o criminoso porta uma arma, esta pode ao mesmo tempo evocar estresse e dividir a atenção da testemunha, o que também prejudica a codificação do rosto do criminoso – i.e., *weapon focus effect* – (Fawcett, Russell, Peace & Christie, 2013). A distância entre a testemunha e o criminoso também pode dificultar a codificação, sendo que criminosos observados em uma distância de 40 metros ou mais têm pouca chance de serem reconhecidos corretamente (Lampinen, Erickson, Moore & Hittson, 2014; Lindsay, Semmler, Weber, Brewer & Lindsay, 2008) (CECCONELLO; STEIN, 2020).

6 É importante recordar o mencionado no inciso III do dispositivo em debate: caso haja receio que a pessoa ao realizar o reconhecimento possa se sentir intimidada ou influenciada diante do indivíduo que deve ser reconhecido, as autoridades devem evitar o contato visual entre os dois.

O alerta dos autores não é retórico. Quando se fala de prisões injustas, decorrentes de erros judiciários por se desconsiderar o procedimento do art. 226 do CPP, é possível citar casos notáveis, como o de A.L.M.B.C., conduzido pela polícia após vítima de abuso sexual anotar a placa de seu carro, acreditando ser o mesmo veículo do agressor. Na delegacia foi apontado, sem as formalidades devidas, por sete outras mulheres como sendo o agente de delitos análogos contra si, levando-o a ser preso preventivamente. Com a divulgação de sua imagem na mídia, mais duas vítimas de violência sexual também disseram reconhecê-lo. Porém, perícia de exame genético comprovou que os nove reconhecimentos eram falsos. Após quase sete meses em prisão preventiva, A.L.M.B.C. foi solto e posteriormente absolvido em decisão da 2ª Vara Criminal de Belford Roxo⁷. Não é episódio isolado do Estado do Rio de Janeiro⁸, tampouco exclusividade do Brasil⁹.

A organização *Innocence Project* desenvolveu pesquisa nos Estados Unidos para avaliar prisões indevidas descobertas após exame de DNA: dessas, 69% tiveram origem em erros de reconhecimento das testemunhas ou vítimas¹⁰.

Tornando ao Brasil, na fundamentação do HC 598.886/SC, o relator cita situação análoga à do *writ*: o caso de L.M.S, que foi condenado a quase oitenta anos de prisão por alegado envolvimento em série de assaltos. Contudo, após dois anos e dez meses preso, foi inocentado pela Corte do Distrito Federal em virtude de inconsistências na investigação. Note-se que a decisão de primeira instância fora fundamentada exclusivamente em reconhecimento impreciso, feito sem os critérios do art. 226 do CPP¹¹.

.....
7 Disponível em: <https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2014/10/aprendi-ter-fe-diz-inocentado-apos-7-meses-pre-so-por-estupros-no-rio.html>. Acesso em 19 de janeiro de 2022.

8 “Mesmo considerando os possíveis vieses e imperfeições na coleta de dados, o presente exame permitiu concluir que há muitas pessoas presas submetidas ao reconhecimento sem que se faça observar as regras previstas no art. 226 do Código de Processo Penal. A pesquisa revelou que 48% das pessoas atendidas pelo IDDD foram submetidas a reconhecimento pessoal. As amostras, por sua vez, sugerem que em 80% desses casos essa prova foi colhida informalmente” (PRADO, 2016).

9 “De acuerdo a Wells, Greathouse y Smalarz (2012), em estas mismas investigaciones un promedio de 33% no escoge a um sospechoso de la rueda. Dicho comportamiento no puede estimarse como error ya que no es posible determinar si no se escogió a alguien porque el verdadero autor no estaba em la rueda o simplemente debido a que estando ahí no fue reconocido. Eliminados estos de la muestra, el porcentaje de elección de personas inocentes (cebos o rellenos) se eleva a 33%, es decir, uno de cada tres casos. El porcentaje promedio de elección de la persona sospechosa en estos mismos estudios es de 47%, aún cuando eso no significa que la persona identificada sea necesariamente el verdadero autor” (DUCE, 2017).

10 Disponível em: <https://innocenceproject.org/dna-exonerations-in-the-united-states/>. Acesso em 19 de janeiro de 2022.

11 Disponível em <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/df2/video/jovem-de-26-anos-e-absolvido-apos-ficar-quase-3-anos-preso-por-crimes-que-nao-cometeu-8962529.ghtml>. Acesso em 19 de janeiro de 2022.

Mais do que analisar casos individuais, pretende-se neste artigo propor caminhos a partir das constatações extraídas de um estudo sistêmico da repercussão do HC 598886 no TJSP. Até porque, no processo penal, forma é garantia¹².

O RECONHECIMENTO DE PESSOA COMO MEIO DE PROVA

Há, como pressuposto ao entendimento da prova, de se recordar da clássica lição de Elio Fazzalari, de que processo é procedimento em contraditório ou, em acepção mais ampla a partir de tal conceituação, “processo é o procedimento realizado mediante o desenvolvimento da relação entre seus sujeitos, presente o contraditório” (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2020). É no âmbito do processo, ao se reconstituir historicamente os fatos penalmente relevantes, que as partes formulam e produzem a prova, que tem como finalidade o convencimento do juiz (GRECO FILHO, 2013).

Prova, por sua vez, é vocábulo com acepções plúrimas. Pode designar a atividade probatória, o meio (instrumento) pelo qual se a realiza, além do resultado de tal atividade (LIMA, 2022. BADARÓ, 2022). Distinguem-se ainda “fonte de prova”, “meio de prova”, “elemento de prova” e “resultado probatório”. Ademais, não se deve confundir “meio de prova” e “meio de obtenção de prova”¹³, importando o primeiro para este estudo.

Por fim, é preciso fixar que realidade e verdade, no âmbito do processo penal, não são sinônimas. Realidade “é fruto da nossa experiência, a *realidade* é o presente e esta é a *sua realidade*” (PRADO, 2021), enquanto verdade “cumpre a função de um indicador epistêmico e serve ao propósito de distinguir [...] um tipo de processo baseado na pesquisa e demonstração dos fatos penalmente relevantes, sob a inspiração de limites éticos [...]” (PRADO, 2021). Nessa perspectiva, o reconhecimento de pessoa deve ser encarado

.....

12 “No processo penal, o procedimento, nas palavras de Carrara, serve como um freio para o juiz. Existe, portanto, nessa dimensão, um fim político das formas processuais: a forma não é tão somente uma garantia de justiça, mas uma garantia de confiança dos cidadãos no direito. Assim é que a legitimidade de um processo encontra na forma sua matriz. Como se vê, a cláusula *due process of law* poderia ser arguida para justificar a importância da forma. A mesma coisa valeria para o princípio do contraditório, como assevera Fazzalari na concepção do “processo como procedimento em contraditório” (GLOECKNER, 2017).

13 “A diferença é que, enquanto os meios de prova são aptos a servir, diretamente, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática (por exemplo, o depoimento de uma testemunha, ou o teor de uma escritura pública), os meios de obtenção de provas (por exemplo, uma busca e apreensão) são instrumento para a colheita de elementos ou fontes de provas, estes sim, aptos a convencer o julgador (por exemplo, um extrato bancário [documento] encontrado em uma busca e apreensão domiciliar). Ou seja, enquanto o meio de prova se presta ao convencimento direto do julgador, os meios de obtenção de provas somente indiretamente, e dependendo do resultado de sua realização, poderão servir à reconstrução da história dos fatos” (BADARÓ, 2021).

enquanto projeção da realidade do sujeito, não na condição de verdade. Isso justifica a vedação a se prestar o ato como isolado elemento apto à condenação de outrem.

Estabelecidos os pressupostos, resta claro que a testemunha ou vítima é fonte de prova, ao passo que o reconhecimento de pessoa é o meio de se obter, da fonte, o elemento de prova, “o dado bruto [...] ainda não valorado pelo juiz”. Findo o ato, definirá o magistrado o resultado probatório, a conclusão “sobre a credibilidade da fonte e a atendibilidade do elemento obtido” (BADARÓ, 2021).

Todo e qualquer meio de prova¹⁴, uma vez aceita a sua produção, transplanta-se ao processo através da observância dos rituais inerentes à sua produção, que devem ser “idôneos e adequados, bem como formalmente corretos” (GRECO FILHO, 2013). Não é diferente com o reconhecimento de pessoa.

A doutrina explicita serem cinco os momentos em que se desenvolve o direito à prova, quais sejam: 1) investigação; 2) propositura; 3) admissão; 4) produção; 5) valoração (BADARÓ, 2021). Sob a perspectiva do inculpado, considerando que o reconhecimento pode ocorrer na fase policial (inquisitiva), restaria relegada sua atuação apenas à derradeira etapa, quando da valoração.

A aceitação de uma prova, produzida em desacordo com a prescrição legal, em momento em que ausente um mínimo de contraditório – ou, quando no bojo do processo, desconsiderando potenciais influências de antanho sobre a fonte de prova – não é viciada somente pelo desrespeito à forma, mas sim pela impossibilidade do acusado em verificar como se estimulou o depoente na (re)construção da lembrança, da realidade por si vivenciada, a partir do momento em que se o identificou como fonte de prova.

Pior: o apontamento da autoria positivado em autos próprios, sintético relato incapaz de reproduzir a completude e complexidade do ato, realizado ainda por autoridade responsável pela formação de caderno de matiz inquisitória – pois destinado o inquérito não à prova no processo, mas à formação do convencimento do Ministério Público quanto aos indícios de autoria – aporta no processo de maneira acrítica, como se verdade fora. E é firmemente defendido pelas autoridades persecutoras, afinal, no embate processual, “os locutores pretendem ser acreditados e tudo o que dizem tem valor enquanto os destinatários crerem. Os resultados dependem de variáveis relacionadas aos aspectos

.....
14 Os meios de prova são os instrumentos com os quais se leva ao processo um elemento útil para a decisão. São os instrumentos por meio dos quais as fontes de provas são conduzidas ao processo: o depoimento da testemunha, a perícia no instrumento do crime etc. Com exceção das provas pré-constituídas (por exemplo, os documentos), os demais meios de prova, em especial os decorrentes de fontes orais (testemunhas e vítimas), deverão ser produzidas em contraditório judicial, na presença das partes e do juiz. (BADARÓ, 2021).

subjetivos e emocionais do ato de julgar (crer=fé)” (LOPES JR, 2022)¹⁵. No entanto, não basta (a)creditar algo para que se torne verdade: a crença pressupõe a higidez do caminho, a ausência de vícios, a rastreabilidade dos atos para que possa o inculpado aceitar ou questionar o itinerário, apontando influência explícita ou implícita, intencional ou ocasional, dos intervenientes na justiça criminal, antes ou no curso do ato probatório. Daí porque não podem desprezar as formalidades, afinal “a observância da forma tende a três finalidades fundamentais: desenvolver regularmente a atividade processual, impedir surpresas e favorecer a lealdade” (FERNANDES; FERNANDES, 2002).

A problemática é complexa. Se repetido o ato em juízo, não há como desprezar que a fonte de prova já foi influenciada. Aliás, é possível que os atores de justiça, como policiais, delegados e juizes, contaminem-na, levando aos erros de reconhecimento (ÁVILA; CECCONELLO; STEIN, 2018). Isso ocorre quando determinadas ações desses agentes, mesmo não intencionais, incentivam a formação de falsas memórias nas vítimas e testemunhas¹⁶. São exemplos: interrogatórios com perguntas fechadas que direcionam a resposta do entrevistado, como “ele tinha tatuagem, certo?”; fornecimento de instruções e informações, como “ele já cometeu outros crimes”; repetições do procedimento de reconhecimento e procedimentos como o show-up¹⁷, notadamente quando o único ponto em comum é a exibição, física ou em imagem, do mesmo suspeito.

A confiança exacerbada dos intervenientes na justiça criminal¹⁸ na memória da vítima ou testemunha, sujeita às vicissitudes referenciadas e outras tantas, impõe que exigir o procedimento do art. 226 do CPP seja uma das únicas maneiras do acusado se antepor à prova resultante de tal meio probatório. Até porque, quanto ao remanescente, não possui ingerência, afinal “o que é codificado na memória depende de como a pessoa entende o

.....
15 “Uma presunção genérica de boa-fé dos envolvidos no processo de arbitramento da responsabilidade penal é incompatível com as legítimas expectativas de proteção das pessoas *no e pelo* processo penal” (PRADO, Geraldo. 2021)

16 “Entretanto, os procedimentos utilizados pelo sistema de justiça também podem aumentar a probabilidade de um falso reconhecimento, como as instruções dadas à testemunha no momento do reconhecimento. Estes fatores são chamados variáveis de sistema, pois podem ser controlados pelo sistema de justiça (Wells, 1978). Nesse sentido, a literatura da Psicologia do Testemunho pode fornecer bases acerca do que seria esperado de uma testemunha, bem como controlar vieses no procedimento de reconhecimento de suspeitos” (CECCONELLO; STEIN, 2020).

17 “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” (MATIDA; CECCONELLO, 2021).

18 “A divergência entre estudos científicos sobre memória e as crenças mantidas por juristas pode repercutir em erros e injustiças nos processos judiciais. Evidências de memória parecem estar sendo consideradas a partir de crenças divergentes da literatura científica. E as decisões envolvendo memória estão sendo tomadas por profissionais que parecem não ter conhecimento aprofundado sobre como a memória realmente funciona” (SCHMIDT; KRIMBERG; STEIN, 2020).

evento, assim como de suas expectativas, necessidades e estado emocional no momento do armazenamento das informações”¹⁹.

Se a apreensão da realidade já em si pode influir na sua posterior reprodução, o decorso do tempo e as intervenções na psique da fonte pessoal de prova sobremaneira degradam sua higidez. Prejudica ainda mais o cenário a constatação de que os julgadores possuem conhecimentos ordinários sobre a psicologia do testemunho, prestigiando a *praxis* em detrimento da ciência própria, o que conduz a resultados assemelhados ao de leigos quando postos a avaliar a credibilidade do testemunho. Exaltam, por exemplo, uma testemunha confiante, ao passo que a literatura especializada refuta tal confiança do interlocutor como indicativo da confiabilidade da sua contribuição para a elucidação do fato histórico (SCHMIDT; KRIMBERG; STEIN, 2020).

Se os julgadores ainda resistem em conferir a devida importância do procedimento previsto no art. 226 do CPP, considerando-o mera recomendação legal, o que era e é objeto de crítica da doutrina²⁰, é tema dos tópicos subsequentes.

PARADIGMA DO STJ: O HC 598886 – SC

No *habeas corpus* número 598.886, a defesa solicitou a absolvição do paciente Vânio da Silva Gazola, condenado a cinco anos e quatro meses de reclusão pelo crime de roubo com emprego de arma de fogo. Alegou-se que a condenação teve base exclusivamente em reconhecimento fotográfico sem respeito às formalidades legais, sem corroboração outra. Observou-se que, no caso dos autos, as vítimas relataram que teriam descrito o suspeito como medindo altura de 1,70 m, sendo que o Paciente Vânio possuía 1,95 m de altura.

A alegação de insuficiência probatória não foi acolhida pelo juiz singular, tampouco pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, admitida apenas pelo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do *writ*.

Segundo o ministro Rogerio Schietti Cruz, relator do *habeas corpus*, não há dúvidas de que o reconhecimento fotográfico foi induzido. O relatório policial revelou que, no próprio

.....
19 SCHMIDT; KRIMBERG; STEIN, 2020. Continuam os autores: “Sendo assim, a memória não pode ser considerada como uma filmadora ou uma máquina fotográfica, visto que envolve um processo de reconstrução e está sujeita a distorções”.

20 “Tem prevalecido o entendimento de que o reconhecimento pessoal não é ato probatório obrigatório na instrução da causa, ficando sujeito ao ‘prudente arbítrio do juiz’. Discorda-se, pois assim considerar é violentar flagrantemente o direito à prova. O reconhecimento pessoal é medida eficaz e, sem dúvida, pertinente, tanto para que o Ministério Público comprove a autoria delitiva, quanto para que a defesa demonstre a negativa de autoria” (BADARÓ, 2021).

local do roubo, os policiais militares mostraram imagens que previamente possuíam de Vânio, tendo duas das vítimas o apontado como um dos autores do crime. As autoridades sequer tentaram realizar o reconhecimento com fulcro no procedimento previsto no art. 226 do CPP ou justificaram a impossibilidade de se seguir as diretrizes.

Além disso, destacou-se que Vânio foi condenado exclusivamente com base no reconhecimento fotográfico, sequer confirmado em Juízo. Tampouco constaria qualquer tipo de prova que pudesse oferecer amparo ao reconhecimento.

Diante de tais fatos, o ministro Relator apontou desrespeito ao procedimento previsto no art. 226 do CPP. Assim, com um meio de prova ilegítimo, a consequência deveria ser a nulidade do ato de reconhecimento de pessoa²¹. Afirmou ainda que, perante os possíveis riscos de erro judiciário, remanesceria inválido o reconhecimento do suspeito, inclusive se confirmado em juízo. Explicitou ser admissível que o juiz se convencesse da autoria do crime a partir de outras provas, desde que não possuíssem relação de causa e efeito com o meio de prova viciado²².

O STJ, até então, interpretava o art. 226 do CPP como “mera recomendação legal”, como demonstram o REsp nº 1.853.401/SP (Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª T. DJe 4/9/2020) e o AgRg no AREsp nº 1.340.162/SP (Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, 6ª T., DJe 12/9/2019). Hoje se observa movimento favorável à adesão ao paradigma tanto na 6ª quanto na 5ª Turma do STJ, como se verifica de recentes decisões de ambas as turmas.

.....

21 “Por isso, 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 vê na condição de suspeito da prática um crime, não se tratando, como se tem compreendido, de ‘mera recomendação’ do legislador. Em verdade, a inobservância de tal procedimento há de ensejar a nulidade da prova e, portanto, não pode servir de lastro para sua condenação, ainda que confirmado, em juízo, o ato realizado na fase inquisitória, a menos que outras provas, por si mesmas, conduzam o magistrado a convencer-se da autoria delitiva” (LIMA, 2022).

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

(...)12. Conclusões: 1) O reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime; 2) À vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo; 3) Pode o magistrado realizar, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório, bem como pode ele se convencer da autoria delitiva a partir do exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento; 4) O reconhecimento do suspeito por simples exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo (...). (HC 598.886/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2020, DJe 18/12/2020).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO SIMPLES. NEGATIVA DE AUTORIA. RECONHECIMENTO PESSOAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CPP. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. SUPORTE PROBATÓRIO INSUFICIENTE À CONDENÇÃO EM 2º GRAU. CERTEZA NÃO DEMONSTRADA. NULIDADE RECONHECIDA. ABSOLVIÇÃO QUE DEVE SER RESTABELECIDADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Em recente revisão a orientação jurisprudencial, ambas as Turmas Criminais que compõem esta Corte Superior de Justiça, a partir do julgamento do HC n. 598.886/SC (Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz), realizado em 27/10/2020, passou-se a ter nova interpretação do art. 226 do CPP, segundo a qual a inobservância do procedimento descrito no mencionado dispositivo legal torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo. Definiu-se que “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, o reconhecimento falho se revelará incapaz de permitir a condenação, como regra objetiva e de critério de prova, sem corroboração independente e idônea do restante do conjunto probatório, produzido na fase judicial” (HC 648.232/SP, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 18/5/2021, DJe 21/5/2021). Na hipótese, não há certeza sobre a autoria do delito, fundada unicamente em questionável reconhecimento fotográfico feito pela vítima em sede policial, sem o cumprimento do rito processual previsto em lei. Acresça-se que esta (vítima) ainda disse que o autor do roubo a proibiu de olhar para trás, tendo afirmado ainda que viu o rosto durante a fuga, mas não esclareceu se conseguiu vê-lo de frente. Nessa ordem de ideias, na esteira da decisão de primeiro grau (sentença absolutória de fls. 22/24) deve ser reconhecida a ilegalidade do reconhecimento que serviu para fundamentar a condenação. 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 664.916/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 22/06/2021, DJe 24/06/2021).

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONDENÇÃO FUNDAMENTADA EM RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. IMAGENS ENCAMINHADAS À VÍTIMA VIA WHATSAPP. INOBSERVÂNCIA, NO CASO, DO DISPOSTO NO ART. 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. FRAGILIDADE PROBATÓRIA. AUSÊNCIA DE OUTRA FONTE MATERIAL VÁLIDA E INDEPENDENTE DE PROVA. LEADING CASE DA SEXTA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: HC 598.886/SC, REL. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ. CONDENÇÃO QUE DEVE SER AFASTADA. LIMINAR RATIFICADA. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA. (...) 3. A condenação está embasada, fundamentalmente, no reconhecimento fotográfico dos Réus por imagens encaminhadas ao Whatsapp da Vítima, sem a devida indicação de outra fonte material independente de prova (independent source). É de suma relevância, a propósito, consignar que no próprio acórdão hostilizado, por duas vezes, ressaltou-se que as regras de reconhecimento não foram seguidas. 4. Em conclusão, o Juízo condenatório

proferido pelo Tribunal a quo, fundado tão somente no reconhecimento fotográfico que não observou o devido regramento legal – e dissociado de outros elementos probatórios suficientes para lastrear idoneamente a condenação –, está em desconformidade com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Inobservância do devido regramento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, nos termos da orientação consagrada no julgamento do HC n. 598.886/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ (STJ, SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2020, DJe 18/12/2020). 5. Liminar ratificada. Ordem de habeas corpus concedida para absolver os Pacientes, com fundamento no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. (HC 697.790/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 09/11/2021, DJe 18/11/2021).

O STJ divulgou, no início do ano de 2022, pesquisa sobre o reconhecimento formal, realizada pelo gabinete do Ministro Rogerio Schietti Cruz, com objetivo de identificar as decisões dos Ministros da 5ª e da 6ª Turma do STJ sobre a temática. Os critérios adotados foram: decisões julgadas entre 27/10/2020 e 19/12/2021, pertencentes às classes processuais: REsp, AREsp, HC e RHC, tanto decisões monocráticas como colegiadas, cujo resultado do julgamento fosse absolvição ou revogação da prisão²³.

A pesquisa jurisprudencial resultou em vinte e oito acórdãos das duas turmas de direito penal do tribunal, além de sessenta e uma decisões monocráticas que absolveram o réu ou revogaram a prisão preventiva, tendo como fundamento o reconhecimento de pessoa feito em desconformidade às exigências previstas no art. 226 do CPP.

Isso revela que, a partir do HC 598886/SC, o Superior Tribunal de Justiça passou a atribuir consequências processuais quando do desrespeito ao procedimento previsto no art. 226 do CPP. Lógico seria que, após a pacificação da nova orientação na Corte Superior, os tribunais estaduais passassem a aplicar o entendimento normativo no caso concreto. E é justamente nesse ponto que se debruça o estudo sobre a submissão da Corte Paulista à orientação advinda da instância superior.

ANÁLISE JURISPRUDENCIAL NO TJSP

Por questões metodológicas, optou-se por eleger os julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) como objeto de estudo, verificando se a Corte Paulista, a maior do país, aderiu ao novo paradigma do STJ na interpretação do art. 226 do CPP. Realizou-se

.....
²³ <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/STJ%20Pesquisa%20sobre%20reconhecimen-to%20formal.pdf> Acesso em 23 de abril de 2022.

pesquisa empírica, promovendo-se após análise estatística dos dados das decisões judiciais obtidas, método nominado “jurimetria”²⁴.

A consulta de jurisprudência foi feita no sistema e-saj do TJSP, com os filtros na ementa: “226” “CPP” “STJ”, delimitando-se temporalmente o intervalo aos julgamentos havidos entre 27/10/2020 e 19/12/2021, obtendo-se oitenta e quatro acórdãos. Os filtros “226” e “CPP” foram selecionados com a finalidade de encontrar decisões que discutissem a respeito do dispositivo legal que contém as regras para o reconhecimento de pessoa, ao passo que a aplicação do filtro “STJ” visou a localização de julgados que mencionassem o precedente atual ou mesmo a persistência em adesão à anterior posição da Corte Superior, estampada nos arestos de antanho. O lapso temporal tem início na data do julgamento do HC 598.886-SC (27/10/2020), e acompanha a data utilizada pelo STJ em sua pesquisa.

Na análise das decisões foram registradas as seguintes informações: número do processo; câmara; crime; observância às formalidades do art. 226 do CPP; se corroborado o reconhecimento por outras provas; se o paradigma do STJ foi aplicado.

Feito o apanhado quantitativo, promoveu-se a análise qualitativa dos dados. Dos oitenta e quatro acórdãos encontrados, nove não traziam discussão sobre o art. 226 do CPP, conquanto o mencionassem. Dessa forma, restaram setenta e cinco decisões judiciais relevantes para a investigação.

No ponto inicial de análise, verificou-se a presença de julgados em treze das dezesseis câmaras do TJSP (faltando as câmaras 10^a, 11^a e 14^a), aos quais se somaram acórdãos da câmara especial da Corte. Em doze colegiados houve unanimidade no entendimento adotado para interpretar o art. 226 do CPP.

Por outro lado, a 12^a câmara no processo 0000139-43.2018.8.26.0382, na sessão de 12/05/2021, anulou o reconhecimento sem as formalidades normativas previstas em lei; todavia, no processo 0000424-57.2020.8.26.0514, julgado em 13/08/2021, considerou-se a prescrição legal mera recomendação. Logo, como as datas de julgamento demonstram, mesmo com o passar do tempo, não houve adesão unânime daquele colegiado à interpretação do art. 226 feita pelo STJ no HC 598886/SC. Isso se repete na 13^a câmara, com

.....
24 Qualquer estudo cujo objeto faz parte das ciências jurídicas – no caso específico aqui, decisões judiciais – que se valha de dados coletados empiricamente, e cuja análise se baseie de alguma forma em conceitos estatísticos (por mais simples que sejam) é exemplo de trabalho jurimétrico. (...) A contribuição deste tipo de estudo é compilar, em um só trabalho, dados que ajudem a mostrar evidências de algum fenômeno ou de alguma tendência em decisões judiciais. Com base em estatísticas simples, como participações percentuais, médias, medianas, etc., é possível chegar-se a conclusões preliminares acerca de algum tema, e até mesmo sair de evidências anedóticas (YEUNG, 2017).

apenas um dos cinco arestos alinhado ao paradigma da 6ª Turma do STJ: o processo 1500178-44.2020.8.26.0592, julgado em 08/09/2021.

Em termos percentuais, em 22,66% das decisões foi constatado que o reconhecimento se submeteu ao procedimento previsto no art. 226 do CPP, mas na maioria dos casos (77,33%) não houve cumprimento das formalidades legais. Em três processos sequer houve a realização do procedimento de reconhecimento. O dado evidencia que as autoridades responsáveis cumpriram as formalidades previstas em lei aproximadamente em apenas um a cada cinco casos nos quais se reconheceu alguém como o pretense autor de fato ilícito.

De outro lado, há de se ponderar que somente em três acórdãos o reconhecimento de pessoa não foi corroborado por provas presentes nos autos, importando dizer, ainda, que escapa ao alcance proposto no estudo constatar se as demais provas são ou não derivadas do ato de reconhecimento, circunstância que poderia levar à respectiva invalidação por derivarem de outra maculada pelo desrespeito à norma²⁵. Cabe assim destacar que os dados não são conclusivos, pois não se pretendeu nesta pesquisa apreciar a validade das demais provas ou se, juridicamente, referidos elementos constituem o conceito doutrinário de prova²⁶, ou ainda se a defesa teve direito a contraditar o ato.

A análise das decisões verificou, isto sim, que em alguns casos apenas provas colhidas durante o inquérito, sem o crivo do contraditório e da ampla defesa, foram utilizadas para condenar, ou ainda solitários depoimentos de policiais e mesmo a simples repetição do reconhecimento em juízo²⁷.

O que se viu foi que, das setenta e cinco decisões judiciais apuradas, somente duas citaram o novo entendimento proposto pelo STJ quanto ao art. 226 do CPP.

Ação Penal – Tráfico de Drogas – Sentença condenatória – Apreensão de 8,75 gramas de cocaína em poder de usuários – Inconformismo do acusado – Reconhecimento do réu sem observância aos ditames do art. 226, II, CPP - Durante anos prevaleceu o entendimento jurisprudencial no sentido de que as disposições do art. 226, CPP configurariam uma mera “recomendação legal”, e não uma

.....
25 “Art. 157 do CPP: São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais” (BRASIL, 1941).

26 A prova é apontada como o meio pelo qual o juiz chega à verdade, convencendo-se da ocorrência ou inoocorrência dos fatos juridicamente relevantes para o julgamento do processo (BADARÓ, 2021).

27 “A materialidade delitiva está comprovada pelo boletim de ocorrência (fls. 03/04) e auto de reconhecimento fotográfico (fls. 06 e 09/11), bem assim decorre de toda a prova oral concatenada no decorrer da instrução” (TJSP; Apelação Criminal 1500171-64.2019.8.26.0082; Relator (a): Camilo Léllis; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Boituva - 2ª Vara; Data do Julgamento: 28/04/2021; Data de Registro: 28/04/2021).

exigência absoluta, não se cuidando, portanto, de nulidade quando praticado de forma diversa da prevista em lei. Em recente julgado (HC nº 598.886-SC), a Sexta Turma do Col. STJ, perfilhou nova interpretação, ou seja, de que o reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase de inquérito policial, apenas é apto, para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observadas as formalidades previstas no art. 226, CPP e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório – Preliminar de nulidade que fica acolhida para absolver o réu, nos termos do art. 386, VII, CPP – Recurso provido. (TJSP; Apelação Criminal 1500178-44.2020.8.26.0592; Relator (a): Xisto Albarelli Rangel Neto; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Osvaldo Cruz - 2ª Vara; Data do Julgamento: 08/09/2021; Data de Registro: 08/09/2021).

Furto qualificado – Fragilidade do reconhecimento – Identificação fotográfica efetuada sem as formalidades do art. 226 do CPP e não repetido em juízo – Recente entendimento do C. STJ – Acervo probatório duvidoso – Absolvição – Recurso provido. (TJSP; Apelação Criminal 0000139-43.2018.8.26.0382; Relator (a): Vico Mañas; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Neves Paulista - Vara Única; Data do Julgamento: 12/05/2021; Data de Registro: 12/05/2021).

O dado permite inferir resistência do TJSP ao recente paradigma do Tribunal Superior, havendo preferência por referir a acórdãos que ainda interpretavam as formalidades previstas no art. 226 como mera recomendação legal.

APELAÇÃO CRIMINAL – Roubo e extorsão – Condenação – Recurso da defesa – Nulidade do reconhecimento pessoal – Inobservância do art. 226 do CPP – Não acolhimento – Norma que constitui mera recomendação legal – Ausência de nulidade – Precedentes do C. STJ – Autoria e materialidade demonstradas – Reconhecimento dos réus – (...) (TJSP; Apelação Criminal 0005732-52.2016.8.26.0405; Relator (a): Roberto Porto; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Osasco - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 18/05/2021; Data de Registro: 18/05/2021).

Roubo majorado pelo concurso de agentes e corrupção de menores – Alegação de nulidade do ato de reconhecimento por não observância do art. 226 do CPP – Preliminar afastada – Artigo que expressa mera recomendação, somente devendo ser atendido quando possível – Precedentes do STJ – Prova segura – (...) (TJSP; Apelação Criminal 1500517-28.2020.8.26.0228; Relator (a): André Carvalho e Silva de Almeida; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 13ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 15/07/2021; Data de Registro: 15/07/2021).

Insista-se: a pesquisa possui limites impostos pelo parâmetro científico adotado, ou seja, na busca jurisprudencial, com os filtros aplicados. Assim, certamente não foram abar-

cados todos os acórdãos do TJSP que discutem sobre o ato descrito no art. 226 do CPP com fundamentação nos precedentes do STJ. Porém, a discrepância numérica encontrada permite concluir, com as necessárias ressalvas, que o TJSP não aderiu à interpretação proposta pelo STJ sobre o procedimento de reconhecimento especificado no art. 226 do CPP, tratando o dispositivo legal como mera recomendação.

O RECONHECIMENTO DE PESSOA ENQUANTO PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA

Nota-se, ao longo do estudo, serem três os problemas centrais: a ausência de conformação do ato de reconhecimento de pessoa à prescrição legal, a dilação temporal até a produção da prova sob o crivo do contraditório e a própria repetição contínua, tendente à homogeneização, que não é sinônima de “garantia de que as informações recordadas são verdadeiras” (AVILA; CECCONELLO; STEIN, 2018)²⁸.

A formação da memória perpassa algumas etapas: codificação (da experiência, ou seja, durante a apreensão da realidade dos fatos), armazenamento e recuperação. O direito não tem como se preocupar com a primeira etapa, mas deve cuidar das demais. No armazenamento, mitigando o natural esquecimento²⁹, inevitável consequência do decurso do tempo, reduzindo o intervalo entre o evento testemunhado e o ato probatório de reconhecimento; na recuperação, limitando as influências externas³⁰, até porque toda vez que um indivíduo é instado a relembrar um evento, não somente perante uma autoridade mas também no seu cotidiano, a recuperação daquela lembrança é permeada pelo que ocorre no presente e com os interlocutores de agora. Poucas vezes há como se rastrear

.....
28 Os autores indicam caso emblemático: “O problema associado à repetibilidade da prova advinda da memória humana pode ser observada no caso de John Jerome White, em 1979, nos EUA, acusado de assalto decorrido de estupro 2. A vítima, uma senhora de 74 anos, realizou o reconhecimento fotográfico na delegacia, indicando, sem muita certeza, ter sido Jerome o responsável pelo crime. Visando a uma evidência mais fidedigna, a polícia solicitou um novo reconhecimento fotográfico, apresentando uma nova foto de Jerome, na qual ele aparecia alinhado juntamente com outros cinco homens. Nesse segundo reconhecimento, novamente a vítima identificou Jerome, agora com maior confiança. Jerome foi a julgamento, e, quando solicitada para reconhecer o responsável em juízo, a vítima, novamente, o reconheceu, dessa vez sem hesitação. Jerome, que sempre alegou não ser o estuprador, foi mantido em cárcere durante 22 anos até um teste de DNA provar sua inocência. Por meio dessa amostra de DNA, a polícia conseguiu chegar até o real perpetrador, revelando um aspecto emblemático desse caso: o perpetrador era um dos quatro homens alinhados à Jerome, na foto apresentada à vítima no segundo reconhecimento.”

29 “O esquecimento ocorre para que a memória seja armazenada em meio a conexões de diversos neurônios, em vez de em um local específico no cérebro, como uma fotografia ou filmagem” (AVILA; CECCONELLO; STEIN, 2018).

30 “Em vez de uma recordação de informações estáticas, a memória humana é maleável, e, durante a recuperação, além de reforçadas novas informações, podem ser agregadas à recordação original do fato” (AVILA; CECCONELLO; STEIN, 2018).

ou quantificar, tal como em relação aos vestígios protegidos pela cadeia de custódia da prova material, os influxos havidos até a produção da prova oral.

Uma alternativa para diminuir a margem de influência, até porque já afastado pela doutrina contemporânea a pretensão de se atingir a “verdade real”, conformando-se o juízo dos homens com a máxima probabilidade, seria a adiantar o ato, não como atividade inquisitória de investigação, mas sim enquanto produção antecipada de prova.

A produção antecipada de prova, procedimento incidente conduzido por um juiz – atualmente, pelo próprio destinatário da prova –, é ato processual típico, impondo o contraditório e a possibilidade de se exercer a ampla defesa. Cinge-se às provas urgentes e relevantes, por um juízo de necessidade, adequação e proporcionalidade³¹, que se reputa congruente com os cuidados concernentes ao reconhecimento de pessoa. Há necessidade, pois confere ao Ministério Público maior grau de confiança quanto à autoria do fato pela pronta coleta das impressões da testemunha ou vítima com menor dose de influência na memória pelo diminuto lapso temporal, além de não impedir a atuação da defesa e a discussão futura quanto à valoração do ato; há adequação, pois se garante ao averiguado ou meramente suspeito a realização do procedimento em consonância com os princípios constitucionais, permitindo inclusive sua participação ativa, pela defesa técnica; por fim, revela-se proporcional, uma vez que se impõe o respeito às formas – e o defensor ali está para assegurar isto –, conferindo maior probabilidade à efetividade do ato, com mais fidedigna reconstituição da realidade pelo indivíduo posto a reconhecer outrem.

A alternativa não é estranha ao sistema processual penal pátrio. O Código de Processo Penal, em seu art. 156, inciso I, contém permissão expressa, consignando-a ainda nos arts. 225 e 366 do *codex*³². A legislação complementar também dá conta de tal realidade, a exemplo da Lei 13.431/2017, que prevê a produção antecipada do depoimento especial da criança ou adolescente menor de 7 (sete) anos ou vítima de violência sexual³³. Trata-se de pontuais exceções, até porque, “no Brasil, a prova penal dependente da memória hu-

.....
31 “*Urgentes* são as provas que necessitam ser produzidas de imediato sob pena total ou parcial. *Relevantes* são as que possuem grande valor para a apuração da verdade real no processo penal. [...] *Necessário* é algo indispensável; *adequado*, algo apropriado a certo aspecto ou estágio da investigação; *proporcional* significa situação equilibrada, diante da antecipação e gravidade de produção de uma prova antes de iniciada a ação penal” (NUCCI, 2011).

32 Art. 225. Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento.
(...)

Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.

33 Art. 11. O depoimento especial reger-se-á por protocolos e, sempre que possível, será realizado uma única vez, em sede de produção antecipada de prova judicial, garantida a ampla defesa do investigado.

mana é considerada repetível, o que significa que pode ser coletada múltiplas vezes sem que, em tese, houvesse algum prejuízo” (AVILA; CECCONELLO; STEIN, 2018). Em comum, denotam o fator tempo como cerne das preocupações. O que aqui se propõe é a efetivação do reconhecimento de pessoa como meio de prova a ser realizado antecipadamente.

Deverá o Magistrado, na presidência do ato instrutório, delimitá-lo ao reconhecimento em si, cingindo-se as perguntas prévias apenas à confirmação de que o indivíduo posto a reconhecer outrem estava presente no local quando da ocorrência do evento e à verificação de possíveis influências que se possa ter exercido sobre a sua memória até sua apresentação em juízo. Cuidado maior precisa permear a formulação das indagações, pois na inquirição de uma vítima ou testemunha, esta “acessa o conteúdo armazenado acerca do fato e deve transformá-lo em palavras. Nesse processo, cada pergunta feita pelo entrevistador implica a possibilidade de interferir não apenas no relato, mas também na memória original do fato” (AVILA; CECCONELLO; STEIN, 2018). Daí porque, acrescentam os autores, “O reconhecimento de um suspeito é uma prova irrepetível, pois é em si um processo sujeito a alterar memória original”.

Há vantagem, igualmente, em se evitar a repetição do ato e as consequências inerentes à reiteração, notadamente as falsas memórias, como já antes se discorreu.

Ressalve-se que, embora seja controvertido o tema no que concerne ao reconhecimento de pessoa, não se pode olvidar do *nemo tenetur se detegere*, notadamente porque aquele sobre quem recai suspeita quanto à prática do fato ilícito sequer é acusado. Também fundamental firmar que o ato somente resultará em prova válida se permitida a ampla defesa e o efetivo exercício do contraditório, o que necessariamente implica, enquanto não revisada e atualizada a previsão normativa, na observância do disposto no art. 226 do Código de Processo Penal.

CONCLUSÃO

A partir do estudo do art. 226 do CPP e da compreensão sobre a necessidade de se cumprir as formalidades legais para a realização do reconhecimento de pessoa, identificou-se a baixíssima adesão do TJSP ao paradigma emanado do Superior Tribunal de Justiça. A pesquisa empírica demonstrou que na maioria das câmaras do TJSP persiste a adesão à antiga orientação do STJ, desprezando-se o paradigma do HC 598.886/SC e relevando quando houve cumprimento aos requisitos formais previstos em lei. Os dados quantitativos apontam que os reconhecimentos são alegadamente corroborados por provas presentes nos autos, no entanto, a leitura dos acórdãos revelou que tais provas

podem ser derivadas do reconhecimento, logo estariam viciadas. Em outros arestos não foi possível verificar a higidez do remanescente do conjunto probatório.

No decorrer do artigo, apontaram-se problemas decorrentes da burla à prescrição legal, notadamente o potencial aumento do risco de que pessoas sejam erroneamente identificadas como culpadas pela prática delitiva de outrem, inclusive pela interferência das chamadas falsas memórias.

À guisa de conclusão, demonstrou-se urgir a adesão ao paradigma do STJ: impõe-se que as formalidades legais para o reconhecimento de pessoa sejam observadas – no processo penal o respeito à forma é garantia do acusado e contribui para a paridade de armas entre as partes ao limitar o poder punitivo do Estado, além de confiar legitimidade e credibilidade ao processo –, diminuindo erros judiciais. Ademais, a prova, para ter valor jurídico, precisa ser produzida em consonância com as prescrições legais. E o produto do reconhecimento, enquanto prova, deve seguir a lei.

Por fim, frente às considerações teóricas, à baixa adesão da Corte Paulista ao entendimento de Brasília e aos riscos de um procedimento probatório não confiável, sugere-se como alternativa prestigiar a realização do reconhecimento de pessoa uma única vez, enquanto ato de produção antecipada de provas, conferindo maior segurança ao órgão acusador quanto àquele a quem porventura imputará um crime e permitindo ao ainda averiguado o exercício do contraditório e ampla defesa.

REFERÊNCIAS

AVILA, Gustavo Noronha de; CECCONELLO, William Weber; STEIN, Lilian Milnitsky. Novos rumos para o reconhecimento de pessoas no Brasil? Perspectivas da Psicologia do Testemunho frente à decisão HC 598.886-SC. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 177. ano 29. p. 359-368. São Paulo: Ed. RT, mar. 2021.

_____. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. n. 21, v. 8, ago. 2018. p.1057-1073.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 9. ed. rev. atual. ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em 19 de jan. de 2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**, 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>. Acesso em: 20 de jan. de 2022.

BRITO, Guilherme. 'Aprendi a ter fé', diz inocentado após 7 meses preso por estupros no Rio. **G1**, Rio de Janeiro, 09 de out. de 2014. Disponível em: <https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2014/10/aprendi-ter-fe-diz-inocentado-apos-7-meses-presos-no-rio.html>. Acesso em 19 de jan. de 2022.

CECCONELLO, William Weber; STEIN, Lilian Milnitsky. Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos. **Avances em Psicología Latinoamericana**. Volume 38(1). Bogotá, 2020. Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/apl/a.6471>.

DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Teoria Geral do Processo. 32ª. Ed. - Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

DNA exonerations in the United States. **Innocence Project**. Disponível em: <https://innocenceproject.org/dna-exonerations-in-the-united-states/>. Acesso em: 19 de jan. de 2022.

DUCE J., Maurice. Condena de inocentes y litigación en juicio oral: resultados de una investigación empírica sobre reconocimientos oculares y prueba pericial. **Sistemas Judiciales**. n. 21, v. 17, 2017. p. 16-30.

FERNANDES, Paulo Sérgio Leite; FERNANDES, Geórgia Bajer. Nulidades no processo penal. 5ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Nulidades no processo penal. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 10ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GUARAGNI, Fábio André; TANAKA, Caroline Mayumi. Falsas memórias no processo penal: a incidência de falsas memórias na prova testemunhal. **Revista Jurídica Unicritiba**. Curitiba.V.02, n.59, p.181-209, Abril-Junho. 2020

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal. Volume único. 8ª ed. - Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

LOFTUS, Elizabeth Fishman. "As falsas lembranças". Revista Viver Mente & Cérebro, p. 90-93, 2005.

_____. Our changeable memories: Legal and practical implications. *Nature Reviews: Neuroscience*, 4, 231-234. 2003.

LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 19. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2022.

LOPES, Mariângela Tomé; DEZEM, Guilherme Madeira. O procedimento previsto para a realização do reconhecimento não é mera recomendação legal. São Paulo: **Boletim IBCCRIM** - ano 29 - nº 347 - outubro de 2021.

MATIDA, Janaina; 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.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 10ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Arthur Sodré. A aplicação do reconhecimento de pessoas pela Polícia Civil do município de São Paulo. **Boletim IBCCRIM**. n. 284, v. 24, 2016. p. 06-08.

PRADO, Geraldo. Cadeia de Custódia da Prova. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021.

SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, 2022. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 19 de jan. de 2022.

SCHMIDT, Sabrina; KRIMBERG, Júlia Schneider; STEIN, Lilian M. Conhecimento dos magistrados sobre processos de memória nos relatos testemunhais e no reconhecimento de pessoas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 173, ano 28. p.201-243. São Paulo: Ed. RT, nov. 2020. Disponível em: <https://biblioteca.ibccrim.org.br/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMidia=105644&ilIndex-Srv=1>. Acesso em: 15 de mai. de 2022.

YEUNG, Luciana. Jurimetria ou análise quantitativa de decisões judiciais. In: MACHADO, Maíra Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

QUANDO O DIREITO PENAL DO INIMIGO ESTÁ À FRENTE DO RECONHECIMENTO DE PESSOAS

UMA ANÁLISE DO *LEADING CASE* HC 598.886

Isadora Souto Freitas¹ e Ingrid Viana Leão²

Resumo: O Código de Processo Penal brasileiro é nítido ao estabelecer os procedimentos a serem adotados quando do reconhecimento de pessoas e coisas. Contudo, a dinâmica processual adotada para fazer prova da autoria de um crime mostra-se perigosamente tortuosa, com reconhecimentos feitos em face de pessoas pré-selecionadas. O processamento sem formalidades no reconhecimento de pessoas é causa de nulidade, de acordo com o *leading case* da sexta turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), tratado neste artigo. Para a análise, o texto considera o contexto de racismo estrutural em que indivíduos negros são criminalizados. O elemento racial acompanha os casos públicos de reconhecimento irregular e não pode ser ignorado na elaboração de respostas institucionais e em uma visão mais ampla de direitos e garantias fundamentais.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Justiça Criminal. Violência Institucional. Racismo Estrutural. Criminologia.

Abstract: *The Brazilian Code of Criminal Procedure is clear in establishing the procedures to be adopted when recognizing people and things. However, the procedural dynamics adopted to prove the authorship of a crime proves to be dangerously tortuous, with recognitions made in the face of pre-selected people. Processing without formalities in the recognition of persons is grounds for nullity, according to the leading case of the sixth class of the Superior Court of Justice (STJ), dealt with in this article. For the analysis, the text considers the context of structural racism in which black individuals are criminalized. The racial element accompanies public cases of irregular recognition and cannot be ignored in the elaboration of institutional responses and in a broader vision of fundamental rights and guarantees.*

Keywords: *Human Rights. Criminal Justice. Institutional Violence. Structural Racism. Criminology.*

.....

1 Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul; isadorasouto@hotmail.com;

2 Doutora em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da USP. Docente na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS); ingrid.leao@uems.br.

POLÍTICA CRIMINAL NO BRASIL E A RELAÇÃO COM O DIREITO PENAL DO INIMIGO

A construção de um ordenamento jurídico depende de concepções ideológicas e críticas que reflitam as obrigações que o Estado se propõe a assumir. O sistema penal é o reflexo direto e explícito das políticas adotadas por um Estado, bem como da cultura de um país. Diz respeito, de acordo com Zaffaroni e Pierangelli (2004, p. 69), citado por Tiburtino (2009, n.p.), “ao controle social punitivo institucionalizado, que na prática abarca a partir de quando se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena”. Logo, deve dispor de mecanismos hábeis para exteriorizar as referidas políticas para além de uma mera forma de controle, mas também para garantir segurança jurídica e confiança da população para com o Estado. É o que se pode pensar sobre as etapas de um processo alicerçado no procedimento de reconhecimento de pessoas, objeto central do debate do HC 598.886, *leading case* da sexta turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2019).

As políticas criminais dispostas no âmbito penal, contudo, podem vir a motivar um campo de expectativas irreais no seio da sociedade. Tais expectativas se refletem no ideário de que o Direito Penal, com penas rígidas e intransigíveis é, por si só, a solução da criminalidade, ainda que essas “soluções” ignorem parâmetros de direitos humanos e democracia. Referidos ideais acabam por não levar em conta que as políticas criminais são apenas peças no bojo de um complexo sistema jurídico e estatal.

Trazendo tais questões aos dias atuais, não é difícil notar que vivemos um momento de crise no âmbito da Segurança Pública no Brasil. Criminalidade exacerbada, sistemas carcerários sucumbidos, punições que vão além da pena privativa de liberdade, ausência de confiança no Estado e uma população entregue ao medo são exemplos disso.

De fato, vivemos um tempo em que mesmo lotadas as prisões, nas quais sabidamente imperam condições intoleráveis definidas como o “inferno de Dante” por integrantes de nossa mais alta Corte ao assentar o “estado de coisas inconstitucional” no sistema carcerário brasileiro, vigora um sentimento social generalizado que demanda o recrudescimento penal com a criação de novos tipos penais, penas cada vez mais duras e a construção de novos e mais fortificados estabelecimentos prisionais. (MENDES; MARTINEZ 2020, p. 17).

E ainda,

A cultura do medo produz um sentimento de desconfiança universal e tem reflexos em todo o processo de criminalização. Como bem já alertou Alberto Silva Franco (2005) a criminalidade passa por um processo explícito de politização que se dobra ao peso de grupos de interesse ou do poder da mídia, para a qual o crime se torna um espetáculo rentável (MENDES; MARTINEZ 2020, p. 18-19).

Tal situação revela o preocupante estado emergencial que vivemos no que diz respeito às leis penais no Brasil. A população, diante de números e estatísticas que demonstram o rápido avanço da criminalidade do país, passa a demandar por leis cada vez mais rígidas no âmbito penal, em uma busca incessante por justiça. A partir daí, o Estado, buscando demonstrar uma aparente efetividade no âmbito processual penal, passa a escolher seus inimigos “a dedo”, de modo a romper com as balizas fixadas pelos próprios diplomas legais.

Nesse ínterim, vem à tona o paradoxo de seletividade penal com que lidamos hodiernamente, que faz com que, ainda que de forma não explícita nas nossas legislações, apenas grupos específicos sejam alvos da lei penal. O estudo acerca da violência institucional em face de grupos seletos faz com que percebamos que vivemos imersos em uma verdadeira ode à impunidade.

A respeito da seletividade penal, remonta Mendes e Mendonza (2020, p. 20):

De fato, percebe-se, nas últimas décadas, uma mudança de ênfase punitiva cujos efeitos são perceptíveis pelo número de pessoas encarceradas, em sua composição racial e, principalmente, no significado político e cultural da punição (GARLAND, 2008, p. 367). Tudo isso como resposta a uma demanda por mais controle penal prontamente apresentada pela justiça criminal, pelo legislativo e pelo executivo, estes últimos, sempre em busca de dividendos políticos de curto prazo.

Tal seletividade é melhor explicada pela teoria do Direito Penal do Inimigo, idealizada por Gunther Jakobs e conhecida doutrinariamente como a terceira velocidade do direito penal. Referida teoria caracteriza-se pelo ideal de que dentro de uma sociedade temos indivíduos a serem combatidos; estes, entendidos enquanto transgressores da norma jurídica, ao cometerem determinado delito, acabam por negar o Estado como um todo, e o negando, não possuem mais o direito de gozar da proteção e dos demais benefícios oferecidos pela norma jurídica, efetivamente garantidos aos “cidadãos de bem”. Devem ser tratados, portanto, enquanto seres que devem ser eliminados da sociedade (MORAES, 2009).

O Direito Penal do inimigo dirige-se àquelas pessoas que defraudam as expectativas normativas e, além disso, não oferecem garantias cognitivas suficientes de um comportamento pessoal adequado ao Direito e que, não só não podem ser tratados como pessoas, como também o Estado não deve tratá-los como tal, já que do contrário, vulneraria o direito de segurança das demais pessoas (HABIB, 2016, p. 6-7).

Para os aliados à teoria punitivista, a terceira velocidade do direito penal é a mais efetiva, uma vez que o Estado acaba por reprimir o crime de forma mais célere, consequentemente diminuindo a sensação de impunidade e aumentando o índice de efetividade penal. Entretanto, é notório que tal pensamento retrata a mais inconsequente falácia penal, vez que é notório que os problemas que a Segurança Pública enfrenta hoje não são apaziguados pelas punições exacerbadas.

Neste postulado de normas jurídico-penais não vigoram princípios de garantia e nem regras de imputação, avaliados elementos irrenunciáveis em um Estado de Direito aos infratores penais. O idealizador do Direito Penal do inimigo ampara que somente através da supressão das garantias fundamentais, da antecipação da punição do inimigo frente ao perigo que ele representa e não em virtude da sua culpabilidade, ou seja, somente com a adoção de um direito prospectivo e preventivo dotado de penas desproporcionalmente altas, é que seria possível eliminar o agente fático ou potencialmente ofensivo da quadra social (ALBUQUERQUE, 2011, p. 15)

As punições instantâneas as quais a terceira velocidade nos conduz refletem de maneira cristalina um cenário de injustiças e a flexibilização de direitos e garantias, ferindo os princípios mais estimados por um Estado Democrático de Direito, como a dignidade da pessoa humana, o devido processo legal, a ampla defesa etc. (ALBUQUERQUE, 2011). Dessa maneira, vale retomar as ideias de Prado (2009, n.p.), citado por Marques e Ribeiro (2018, p. 20)

O Direito Penal compatível com um Estado Democrático de Direito deve ser liberal, democrático e garantista. Logo, uma teoria que se fundamente na separação entre pessoas e não-pessoas, a partir de um conceito meramente normativo, descartando flagrantemente o aspecto ontológico da condição de ser responsável e capaz de se portar conforme ou contra o preceito normativo inerente a todo ser humano, criando, dessa forma, uma “pessoa normativizada”, não possui qualquer reflexo positivo. De outro lado, essa discussão não teria relevância em um Estado totalitário, em que o Direito Penal como um todo é voltado para o combate aos “inimigos” do Estado. Todavia, não se pode afirmar que todas as formas de delinquência devam ser tratadas da mesma forma. O Estado pode utilizar os próprios mecanismos para possibilitar persecução e punição mais

eficazes a determinadas formas de criminalidade, sem rechaçar os preceitos lhe fundamentam, por meio do fortalecimento de medidas de prevenção, aparelhamento e modernização de instituições já existentes, dificultar a concessão de certos benefícios processuais e de execução penal com base em requisitos objetivos, sem que isso implique a supressão de tais benefícios, etc.

No Brasil, o direito penal do inimigo se exterioriza por meio da criminalização da pobreza e do racismo estrutural, em que a raça e a condição social passam a ser marcadores determinantes de desigualdades. Nesse sentido:

A definição dos critérios de quem são e quais são aqueles portadores de direitos; ou de quais são os considerados perigosos ou inimigos, desde sempre na história é perpassada por relações informais de poder e minorias dominantes que sempre se utilizaram do aparato repressivo do Estado para conter tudo aquilo que lhes preocupa. O Estado, que neste momento se apresenta focado diretamente para as políticas de segurança pública e outras alternativas de combate à violência, continua a fornecer o mesmo tratamento parco aos direitos básicos (BARROS, 2011, p. 07).

Com o decorrer do tempo, a noção da hierarquização de raças, engendrada pelo racismo institucional, criou respaldo e um “terreno fértil” para a chegada de teorias como a do Direito Penal do Inimigo, e isso porque a própria noção de hierarquização de raças nos mostra que o racismo enxerga determinados indivíduos como inferiores e não merecedores dos direitos e garantias que são inerentes a todos os cidadãos, ideário esse sustentado pelo Direito Penal do Inimigo, que concede a condição de seres detentores de direitos a apenas parcela da sociedade. Dessa maneira, a prática de criminalização não se restringe à elaboração de leis que tornam atos crimes, mas ao uso de normas com o fim de punir o inimigo de forma arbitrária. Um dos elementos fortes a guiar o arbítrio é o racismo, porque não avalia ações e sim o ser, a existência.

O que não percebemos, contudo, é que a neutralização dos ditos “inimigos do Estado” pode se dar de diferentes maneiras, e em sua grande maioria com respaldo legal e institucional, como acontece no procedimento de reconhecimento de pessoas, previsto no Código de Processo Penal. Devemos nos atentar a que a deturpação interpretativa de procedimentos previstos em lei, prevendo-os como mera recomendação legal, e não como medidas impositivas que devem ser seguidas, trata-se de evidente tentativa de negar a condição de sujeito de direitos a grupos seletos da sociedade, exteriorizando, a partir daí, a teoria de Gunther Jakobs. A responsabilidade na melhor aplicação constitucional de regras processuais não se restringe a atividades de policiamento e perpassa às instituições de segurança e justiça.

A VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL NO PROCEDIMENTO DE RECONHECIMENTO DE PESSOAS

Embora a notícia de condenação injusta seja em si uma violação de direitos humanos, o ato violento pode também se externar de diversas outras maneiras: pelo meio físico, psicológico, social, e, principalmente, institucional. Basta uma breve busca nos meios informatizados de pesquisa jurisprudencial para se visualizar a externalização da violência institucional em grande parte do Poder Judiciário sobre inúmeras decisões judiciais advindas de processos permeados pela fragilidade probatória e pela ausência do *standard* probatório mínimo exigido para uma condenação.

Tais decisões passaram a ser anuladas pelos Tribunais Superiores, justamente por demonstrar de forma evidente a escassez de provas, e, para além da fragilidade probatória, por demonstrar a grave violação à condição de ser humano dos sujeitos que permanecem “sentados” no banco dos réus, à mercê de uma justiça morosa e que acaba por os condenar antes mesmo do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Entretanto, o que foge à concepção da maioria das pessoas é que tais erros não se iniciam no judiciário, mas sim na instauração de inquéritos policiais. A atuação investigativa a ser seguida no bojo de um inquérito policial tem como parâmetro procedimentos majoritariamente expressamente previstos em lei, como é no caso do reconhecimento de pessoas ou coisas, etapa crucial em uma investigação.

O reconhecimento de pessoas e coisas se encontra disciplinado nos artigos 226 a 228 do Código de Processo Penal, que assim dispõem:

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

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

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

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

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

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

Art. 227. No reconhecimento de objeto, proceder-se-á com as cautelas estabelecidas no artigo anterior, no que for aplicável.

Art. 228. Se várias forem as pessoas chamadas a efetuar o reconhecimento de pessoa ou de objeto, cada uma fará a prova em separado, evitando-se qualquer comunicação entre elas.

Acerca do reconhecimento de pessoas e coisas, o escólio doutrinário de Renato Brasileiro Lima (2010, p. 726) assim dispõe acerca de suas características:

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 praticado perante a autoridade policial ou judiciária, segundo o procedimento previsto em lei.

Ressalta-se, portanto, que referido meio de prova necessita seguir os procedimentos previstos em lei que, como já supramencionado, deve seguir as seguintes etapas: descrição da pessoa a ser reconhecida; a pessoa a ser reconhecida deverá ser colocada, se possível, ao lado de outras pessoas que com ela tiverem qualquer semelhança, de modo que o reconhecedor deverá apontá-la; caso necessário, a autoridade providenciará que a pessoa a reconhecer não seja vista pela pessoa a ser reconhecida e, por fim, do ato do reconhecimento deverá ser lavrado auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa reconhecidora e por duas testemunhas presenciais.

Entretanto, tal procedimento raramente é obedecido. Isso se deve também ao antigo entendimento jurisprudencial de que tais formalidades não passavam de recomendações legais, desobrigando as autoridades policiais a seguirem o estabelecido em lei (STJ, 2016). Com isso, a prática policial frágil encontrava respaldo jurídico no Judiciário. E isso gera diversas consequências, se por um lado os investigados se vêem na condição de suspeitos de crimes que sequer cometeram, tudo isso em virtude da não obediência de um procedimento previsto em lei, por outro lado o procedimento não é visto como uma garantia processual importante.

Neste artigo não há oportunidade suficiente de aprofundar os casos de violência institucional no âmbito do judiciário, entretanto, antes de prosseguir, destacamos situações que, por suas características em comum, chamam a atenção e ainda precisam ser lembradas e divulgadas.

O primeiro caso é o relatado no HC nº 712.781 - RJ (2021/0397952-8), de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz (STJ), que absolveu o paciente Wanderson da Conceição Silva em relação à prática dos delitos de roubo e de corrupção de menores em razão de ter sido o processo lastreado unicamente em reconhecimento fotográfico feito em desconformidade com o modelo legal. No caso, Wanderson foi apontado pela vítima como autor do crime por ter sido identificado em uma reportagem jornalística de um latrocínio ocorrido dias antes. A vítima se dirigiu à delegacia e, ao lhe ser mostrada a fotografia de Wanderson, acabou por o reconhecer, sem sombra de dúvida, como autor do crime.

O segundo caso é o tratado no HC nº 619.327 - RJ (2020-0271528-8), de relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior (STJ), que concedeu, de ofício, ordem de *Habeas Corpus* ao paciente Tiago Vianna Gomes, a fim de absolvê-lo da prática do crime de roubo majorado, em virtude de ter sido seu reconhecimento feito de forma extremamente errônea, uma vez que suas características em nada se assemelhavam com a descrição feita pela vítima, bem como por não existir nenhum outro elemento que corroborasse com a tese da acusação.

O caso de Tiago Vianna Gomes é ainda mais emblemático quando se verifica que este, por ter sua imagem colacionada no “álbum de suspeitos” feito pelas autoridades policiais, foi denunciado por roubo em oito situações diferentes, sempre com base nos reconhecimentos fotográficos feitos em sede policial. A notícia foi veiculada pelo Jornal Rede Brasil Atual (2020), que em matéria acerca do caso menciona que Tiago foi absolvido em primeira instância em todos os casos, justamente pela forma errônea com que o procedimento de reconhecimento de pessoas era conduzido.

Outro forte exemplo de erro judicial advindo de falso reconhecimento é o caso Héberson Lima de Oliveira, condenado por estupro de vulnerável em que o único elemento probatório foi o reconhecimento feito pela vítima, reconhecimento este feito por esta última ao dar uma volta no bairro em que morava, em companhia da autoridade policial. Héberson permaneceu encarcerado por dois anos e sete meses e, neste período, foi estuproado por cerca de 60 (sessenta) vezes no presídio e adquiriu o vírus da AIDS. Anos depois, foi inocentado ante a elaboração de um laudo que atestou que Héberson não possuía as características indicadas pela vítima, bem como pela fragilidade das demais provas colacionadas aos autos (PRAZERES, 2017).

Tais casos revelam o descaso do Poder Judiciário quando o assunto são os erros judiciais advindos de reconhecimentos feitos irregularmente no âmbito das delegacias de polícia. O famigerado “álbum de suspeitos”, feito pelas autoridades policiais, mostra-se como poderoso instrumento fomentador de uma estigmatização criminal já fortemente enraizada na sociedade, que reverbera ao inconsciente quais são as características físicas do criminoso.

Ademais, a existência de referido álbum torna-se ainda mais perigosa quando consideramos a falibilidade da memória humana, campo fértil para a criação de falsas memórias quando diante de comportamentos indutivos, como na amostragem de suspeitos de um crime através de álbuns com pessoas pré-selecionadas, geralmente já indiciadas por crimes anteriores.

Buscar a regulamentação de diretrizes no que tange o procedimento de reconhecimento de pessoas implica necessariamente na visualização dos problemas sociais que o circundam. Considerar ilegal a existência de álbum de suspeitos no âmbito das delegacias de polícia mostra-se, enquanto conduta, imprescindível para amenizar a estigmatização social que grupos seletos da sociedade sofrem diariamente, inclusive dentro de um contexto de racismo estrutural fortemente enraizado na nossa sociedade e demonstrado por meio dos casos expostos acima.

AVANÇO JURISPRUDENCIAL QUANTO AO RECONHECIMENTO DE PESSOAS: ANÁLISE DO LEADING CASE HC 598.886

Não obstante o oscilante caminho jurisprudencial quanto ao tema do reconhecimento de pessoas, eivado de decisões teratológicas e de erros muitas vezes irreversíveis, é importante ressaltar o avanço do assunto no âmbito dos tribunais superiores.

Por muito tempo, referidos tribunais divergiam quanto ao valor desse elemento probatório e, só após o julgamento do *leading case* HC 598.886 pode-se ver uma mudança de perspectiva para lidar com o assunto.

Durante um longo período, o procedimento legal previsto no artigo 226 do Código de Processo Penal era visto enquanto mera formalidade legal, de modo que seu descumprimento não ensejaria qualquer nulidade. Era o entendimento majoritário da jurisprudência até meados de 2019, vejamos:

APELAÇÃO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO A ROUBO CIRCUNSTANCIADO. RECONHECIMENTO PESSOAL. INOBSERVÂNCIA DAS FORMALIDADES (ARTIGO 226, CPP). DISPOSITIVO QUE CONTÉM MERA RECOMENDAÇÃO LEGAL. NULIDADE NÃO CARACTERIZADA. **A norma compendiada no artigo 226, do Estatuto Processual Penal configura uma recomendação legal, mas não uma exigência absoluta, não se cuidando, portanto, de nulidade quando praticado o ato processual (reconhecimento pes-**

soal) de forma diversa da prevista em lei, sobretudo quando firme o ofendido na convicção de que a pessoa apresentada protagonizou o ato delitivo. (TJGO, 2019, grifo nosso)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INOBSERVÂNCIA DO ART. 514 DO CPP. NULIDADE RELATIVA. NECESSIDADE DE ARGUIÇÃO EM MOMENTO OPORTUNO E DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. ART. 226 DO CPP. RECONHECIMENTO PESSOAL. MERA RECOMENDAÇÃO LEGAL. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. QUESTÃO JÁ DECIDIDA. IMPOSSIBILIDADE DE NOVA ANÁLISE. AGRAVO DESPROVIDO. (...) **2. Considerando que o disposto no artigo 226 do CPP configura, aos olhos deste Tribunal Superior, mera recomendação legal, a inobservância das formalidades legais para o reconhecimento pessoal do acusado não enseja nulidade quando o ato for formalizado de forma diversa da normatividade prevista.** (...) (STJ, 2019, grifo nosso)

Percebe-se, a partir daí, o perigoso precedente que foi formado nos Tribunais Superiores, onde uma previsão legal, que regula o procedimento a ser seguido no reconhecimento de pessoas e coisas, certamente para evitar qualquer barbárie na formação dos meios de prova, passou a ser vista como mera recomendação legal.

Após longos anos de divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o valor probatório do reconhecimento de pessoas, bem como sobre os pressupostos de validade desse meio de prova, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) percebeu a necessidade de adotar um posicionamento conciso acerca do tema, que veio a ocorrer quando do julgamento do *Habeas Corpus* (HC) 598.886.

Selecionado como um recurso representativo de constantes controvérsias judiciais, qualificado no âmbito jurídico enquanto “leading case”, o HC 598.886, sob a relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, teve como objetivo uniformizar a jurisprudência acerca de um tema que, além de gerar constantes debates, era responsável por inúmeros erros judiciais. Não havia outra saída.

O precedente formado a partir do referido julgamento denota que a aplicação do artigo 266 do CPP está acompanhado das garantias processuais constitucionais:

O reconhecimento de pessoas, 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 (STJ, 2019, p. 01).

A importância de assentar tal entendimento foi tamanha que, desde o julgamento do mencionado *Habeas Corpus*, foram mais de 90 (noventa) decisões de absolvição e

revogação de prisão preventiva determinadas pelo STJ, ante a fragilidade probatória dos autos e a inobservância do procedimento estipulado em lei quanto ao reconhecimento de pessoas e coisas, conforme matéria veiculada pelo próprio Tribunal em seu site de notícias (STJ, 2022). Entretanto, mais do que uniformizar a jurisprudência pátria, se faz necessário observar o cerne do problema.

De acordo com o relator desse importante julgamento, “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” (STJ, 2019, p 36.). Geralmente, as provas que acabam por dar validade ao reconhecimento produzido fora dos ditames legais são as testemunhais, com alto grau de falibilidade, como já visto em tópicos anteriores.

Deixar que as disposições legais que regulam o procedimento a ser seguido no reconhecimento de pessoas ou coisas sejam vistas como meras recomendações legais é permitir que processos judiciais se firmem em bases evidentemente ilegais, ensejando um amontoado de decisões irregulares e uma lista gigantesca de erros judiciais, com consequências muitas vezes irreversíveis a quem se encontra “do lado mais fraco da corda”, e que revelam bastante sobre a nossa justiça, como afirma Aury Lopes Jr:

Os tribunais brasileiros – com meritórias exceções, obviamente – ainda possuem um ranço autoritário e uma mentalidade inquisitória já tantas vezes por nós denunciada aqui (e nos livros) que precisa ser superada para evoluirmos. No processo penal, a forma é legalidade, é garantia, é limite de poder. A erroneamente importada teoria das nulidades relativas e do prejuízo é o maior câncer do processo penal brasileiro, uma verdadeira fraude processual a serviço do punitivismo populista e, no caso do reconhecimento pessoal, a serviço do racismo estrutural (LOPES Jr, Aury; OLIVEIRA, Jhonatan. 2022).

Por sorte, nos últimos anos a jurisprudência pátria, ainda que timidamente, vêm alavancando decisões que reconhecem a nulidade do reconhecimento de pessoas ou coisas feito fora dos procedimentos previstos em lei, e tudo isso graças ao “pontapé” dado pelo Superior Tribunal de Justiça. Vejamos:

APELAÇÕES CRIMINAIS. ROUBO SIMPLES. RECURSO DEFENSIVO. AUTORIA DUVIDOSA. PROVA INSUFICIENTE A SUSTENTAR O ÉDITO CONDENATÓRIO. RECONHECIMENTO REALIZADO EM INQUÉRITO. EM DESCONFORMIDADE COM O ARTIGO 226 DO CPP. E NÃO CORROBORADO POR OUTRO ELEMENTO DE PROVA. MEROS INDÍCIOS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO ‘IN DUBIO PRO REO’. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. RECURSO DEFENSIVO PROVIDO E RECURSO MINISTERIAL PREJUDICADO. - **Nos termos da decisão proferida pelo STJ no HC nº 598.886/**

SC, o reconhecimento realizado na fase de inquérito, em desconformidade com o art. 226 do CPP, e não corroborado por qualquer outro elemento de prova, não se presta a embasar uma condenação. - Não se colhendo da prova produzida em contraditório judicial a certeza necessária quanto à autoria dos fatos narrados na denúncia, subsistindo apenas indícios, deve ser proferida decisão absolutória com base no princípio do *in dubio pro reo*. - Diante da absolvição do acusado, fica o recurso ministerial prejudicado. (TJMG, 2022, grifo nosso)

Sendo assim, embora ainda exista um longo caminho a ser percorrido, o avanço na uniformidade de entendimento quanto ao tema é evidente, cabendo aos órgãos julgadores e, mais ainda, às autoridades policiais, atentar-se quanto ao cumprimento do procedimento estabelecido no Código de Processo Penal. O procedimento acerca do reconhecimento de pessoas e coisas não se trata apenas de recomendação legal, mas de obrigação legal a ser seguida e cumprida, e de garantia constitucional a ser assegurada.

INCITAÇÕES PARA UMA ADEQUADA REGULAMENTAÇÃO E FORMAÇÃO DE NOVAS DIRETRIZES QUANTO AO RECONHECIMENTO DE PESSOAS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O início da ilegalidade do reconhecimento de pessoas e coisas começa pela atuação das autoridades policiais, que adotam procedimentos estranhos ao legalmente previsto. Não raras vezes a identificação dos supostos autores do crime ocorre no próprio local da infração, ou, ainda que haja o devido deslocamento da vítima à delegacia de polícia, indivíduos são indicados pela autoridade policial à vítima através de “álbum de suspeitos”, com pessoas previamente escolhidas pelas autoridades, dando azo à famosa “autos-sugestão”, intrinsecamente interligada ao sistema de seletividade penal extremamente presente no âmbito penal.

Para frear a contaminação desse meio de prova, tornar ilegal a existência de “álbum de suspeitos” no âmbito policial é o primeiro caminho. Outrossim, uma nova regulamentação no sentido de exigir – e não mais sugerir (*vide* art. 226, inciso II do CPP) – que a pessoa a ser reconhecida deva ser colocada ao lado de pessoas com as quais ela seja semelhante, bem como na presença de advogado no ato do reconhecimento, mostra-se um importante avanço para conter ilegalidades.

Ademais, reforçar o controle e a fiscalização dos atos policiais no reconhecimento de pessoas e coisas apresenta-se como meio subsidiário adequado no caso. Ao Ministério Público, com a atribuição no controle externo da atividade policial, caberia essa tarefa.

Como fiscal da lei e titular da ação penal pública, caberia também ao *Parquet* a adoção de medidas para filtrar referido meio de prova, observando a adoção correta do procedimento previsto em lei e, caso haja resquícios de ilegalidade, e não contenha nenhum outro elemento apto a corroborar com a imputação atribuída ao investigado ou acusado, promover, desde logo, o arquivamento da investigação ou pleitear a absolvição do réu, caso já tenha sido deflagrada eventual ação penal.

Ao Poder Judiciário, por fim, caberia a reanálise da legalidade do reconhecimento de pessoas e coisas. Exigir que referido reconhecimento seja ratificado em juízo por vítimas e testemunhas de infrações penais reforçam a validade desse meio de prova.

Percebe-se, portanto, que a formação de novas diretrizes e regulamentações quanto ao procedimento do reconhecimento de pessoas exige uma atuação conjunta do Poder Legislativo, Judiciário, do Ministério Público e, principalmente, das autoridades policiais. A uniformização da jurisprudência pátria foi um importante avanço para diminuir os constantes erros judiciais, mas ainda há um longo caminho a ser percorrido. Para além da mudança regulamentar, sabe-se que a problemática posta aqui em questão envolve, sobretudo, um sistema de seletividade penal que se fortalece com o tempo e que necessita – ainda que a passos tímidos – ser reestruturado legal e socialmente.

CONCLUSÃO

O estudo acerca das problemáticas que circundam o procedimento de reconhecimento de pessoas e coisas, disposto no Código de Processo Penal brasileiro implica, inicialmente, uma análise acerca das políticas criminais adotadas no Brasil ao longo dos últimos anos. Percebe-se, através de observação mais acurada, que o sistema penal brasileiro possui enraizado em seu cerne práticas de criminalização da pobreza, de marginalização da população negra, bem como se constitui terreno fértil para o fortalecimento do racismo estrutural, que contamina os padrões de comportamento institucionais e sociais há séculos.

Nota-se, ainda, a característica pendular do nosso sistema penal, oscilando entre ideologias garantistas e punitivistas, sendo estas últimas as mais fortes e crescentes em nosso meio. Para os aliados das teorias punitivistas, a terceira velocidade do direito penal, concretizada pela teoria criminológica popularmente conhecida como Direito Penal do

Inimigo, é a mais efetiva, isso porque o Estado acaba por reprimir o crime de forma mais célere, conseqüentemente diminuindo a sensação de impunidade e aumentando o índice de efetividade penal. Entretanto, é notório que tal pensamento retrata a mais inconsequente falácia penal, uma vez que os problemas que a Segurança Pública e o sistema penal no geral enfrentam hodiernamente vão além das punições exacerbadas.

Todas essas problemáticas refletem de maneira direta na sociedade na forma de insegurança jurídica, em que a população não mais crê na efetividade das leis penais e na sua execução pelo Poder Judiciário, fazendo com que bradem cada vez mais pelo aumento do rigor penal, acreditando que tal irá gerar, conseqüentemente, a redução da criminalidade. Tais problemáticas dão brechas a ações do Estado que, buscando demonstrar efetividade perante a sociedade, escolhem os inimigos a serem combatidos “a dedo”, cujas características reforçam o sistema de seletividade penal que enfrentamos dia após dia.

Ademais, ao se abordarem os desafios que a Segurança Pública enfrenta, principalmente na maneira com que referidos órgãos atuam para a manutenção da ordem pública e da segurança da sociedade, chegamos, de forma intrínseca, até a questão racial. Isto porque, conforme foi analisado nesta pesquisa, há uma relação forte e direta de assuntos como o racismo, a criminalidade e Segurança Pública.

Foi possível notar, então, que desde os primórdios da história do Brasil, o racismo funcionou como condição estrutural e estruturante de todas as relações sociais e da formação dos sujeitos. A hierarquia de raças estampada no bojo do racismo faz com que até hoje relações de poder prevaleçam em todos os âmbitos, principalmente da Segurança Pública (ALMEIDA, 2018).

A sequência de ideias transpostas no presente artigo nos leva ao estudo do procedimento do reconhecimento de pessoas, disposto no Código de Processo Penal. Referido diploma legal é nítido e coeso quando trata do procedimento a ser seguido quando do reconhecimento de pessoas e coisas, entretanto, a prática destoa totalmente do estabelecido pela legislação. Os reconhecimentos feitos na delegacia de polícia ocorrem através de amostragem às vítimas de um “álbum de suspeitos”, composto de fotografias de jovens que, geralmente, já possuem antecedentes criminais, ou que possuem uma característica em comum: a cor da pele.

A forma ilegal com que os reconhecimentos são feitos são reforçados pelos atos de outros órgãos de justiça: pelo Ministério Público, titular da ação penal pública e que, por vezes, acaba por oferecer denúncias lastreadas unicamente em reconhecimentos feitos à míngua da lei, e pelo Judiciário, que prolata decisões teratológicas e sem qualquer respaldo probatório que corrobore com o reconhecimento feito de maneira ilegal.

A sequência de atos irregulares que tem início na delegacia de polícia e reverbera no âmbito do Ministério Público e do Poder Judiciário demonstra, de maneira evidente, a contaminação do sistema penal pelo racismo estrutural. As análises feitas ao longo do presente artigo revelam que grande parte dos acusados que tiveram sua absolvição determinada pelos Tribunais Superiores ante a ausência de lastro probatório suficiente para sua condenação são jovens, negros e periféricos. Tais indivíduos são condenados antes mesmo do trânsito em julgado de uma sentença condenatória, são condenados ao serem reconhecidos irregularmente, ao terem suas fotografias estampadas em um “álbum de inimigos”, e não mais de suspeitos, são condenados após ficarem, por vezes, anos enclausurados até o Estado reconhecer seu erro.

Sendo assim, o estudo de propostas de nova regulamentação e diretrizes para o reconhecimento pessoal em processos criminais e sua aplicação no âmbito do Poder Judiciário demanda, inevitavelmente, uma análise do elemento racial que acompanha os procedimentos feitos de maneira irregular. Entender que a questão vai além de mudanças meramente procedimentais é crucial, fazendo com que as novas regulamentações acerca do tema abarquem não apenas o campo teórico, mas também atinjam e modifiquem de maneira efetiva o modo de atuação das instituições que compõem o sistema de justiça brasileiro. Tornar ilegal a existência de um “álbum de suspeitos” no âmbito das delegacias de polícia, fiscalizar a atuação do *Parquet* na deflagração de ações penais, bem como a atuação do Poder Judiciário na prolação de decisões que envolvam esse meio de prova são alguns dos passos cruciais a serem seguidos.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Camila Menezes de. **O Direito Penal do Inimigo**. Boa Vista, 2011. 60 f. Orientador: Prof. Mauro José do Nascimento Campello. Monografia (Graduação) – Curso de Bacharelado em Direito. Universidade Federal de Roraima.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **O que é racismo estrutural?** Belo Horizonte/MG: Letramento, 2018.

BARROS, Lia Canejo Diniz. **Violência, criminalização da pobreza e os desafios para a constituição da cidadania**. 2011. Disponível em: <http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2011/CdVjornada/JORNADA_EIXO_2011/PODER_VIOLENCIA_E_POLITICAS_PUBLICAS/VIOLENCIA_CRIMINALIZACAO_DA_POBREZA_E_OS_DESAFIOS_PARA_A_CONSTITUICAO_DA_CIDADANIA.pdf>. Acesso em: 05 mai. 2022.

BRASIL, **Código de Processo Penal**, 1941. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 04 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Habeas Corpus nº 598.886**. Brasília/DF. Ministro Relator Rogério Schietti Cruz. Data do Julgamento: 27 de outubro de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1340162 SP 2018/0200667-2**. Relator: Ministro ANTÔNIO SALDANHA PALHEIRO, Data de Julgamento: 03/09/2019. Data de Publicação: DJe 12/09/2019).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Habeas Corpus nº 712.781 - RJ (2021/0397952-8)**. Brasília/DF. Ministro Relator Rogério Schietti Cruz. Data de julgamento: 18 de dezembro de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Habeas Corpus nº 619.327 - RJ (2020-0271528-8)**. Brasília/DF. Ministro Relator Sebastião Reis Júnior. Data do Julgamento: 15 dezembro de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 728.455/SC**. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Data do Julgamento: 28/06/2016.

GOIÁS. Tribunal de Justiça do Goiás (2ª Câmara Criminal). **Recurso de Apelação**, 03109849320188090011. Relator: João Waldeck Felix de Sousa, Data de Julgamento: 19/06/2019. Disponível em: <https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/729413187/apelacao-cpp-e-le-3109849320188090011>. Acesso em: 10 mai. 2022.

HABIB, Gabriel. **O direito penal do inimigo e a lei dos crimes hediondos**. Niterói/Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodvm, 2018.

LOPES Jr, Aury; OLIVEIRA, Jhonatan. **A influência do racismo estrutural no uso do reconhecimento fotográfico como meio de prova**. Conjur. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com>.

[br/2022-jan-14/limite-penal-racismo-estrutural-reconhecimento-fotografico-meio-prova](#). Acesso em: 24 mai. 2022.

MARQUES, Fernando Tadeu; RIBEIRO, Hugo Leça. A teoria do direito penal do inimigo: uma análise constitucional e legal à luz da história. **Revista Vertentes do Direito**, Vol. 5, nº 1, p. 213-235, 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (2ª Câmara Criminal). **Recurso em Sentido Estrito**, 0011946-33.2020.8.13.0647. Relator: Glauco Fernandes. Data de Julgamento: 03 de março de 2022. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1408247100/rec-em-sentido-estrito-10647200011946001-sao-sebastiao-do-paraiso/inteiro-teor-1408247240>. Acesso em: 04 mai. 2022.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo**: a terceira velocidade do direito penal. Curitiba: Juruá, 2009.

MENDES, Soraia da Rosa; MARTINEZ, Ana Maria. **Pacote Anticrime**: comentários críticos à Lei 13.964/2019. São Paulo/SP: Atlas, 2020.

PRAZERES, Leandro. **As 3 mortes de Heberson**. UOL, 2017. Disponível em: <https://www.uol/noticias/especiais/as-3-mortes-de-heberson.htm>. Acesso em: 20 mai. 2022.

REDE BRASIL ATUAL. **Jovem negro, acusado injustamente oito vezes, é absolvido no STJ após falso reconhecimento**. 2020. Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2020/12/reconhecimento-foto-condenacao-jovem-negro-stj/>. Acesso em: 10 de maio de 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Reconhecimento de pessoas**: um campo fértil para erros judiciais. 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portaip/Paginas/Comunicacao/Noticias/06022022-Reconhecimento-de-pessoas-um-campo-fertil-para-o-erro-judicial.aspx>. Acesso em: 15 mai. 2022.

TIBURTINO, Grace Fernandes de Sousa e. **Sistema penal**: Da deslegitimação à sua abolição. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/sistema-penal-da-deslegitimacao-a-sua-abolicao>. Acesso em: 24 mai. 2022.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro: Parte geral**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

O RACISMO INSTITUCIONAL DO SISTEMA JUDICIÁRIO BRASILEIRO

A INJUSTA PRISÃO SUSTENTADA APENAS NO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DO MÚSICO LUIZ CARLOS DA COSTA JUSTINO

THE INSTITUTIONAL RACISM OF THE BRAZILIAN JUDICIAL SYSTEM: THE UNFAIR PRISON SUSTAINED ONLY BY THE PHOTOGRAPHIC RECOGNITION OF THE MUSICIAN LUIZ CARLOS DA COSTA JUSTINO

Rita de Araujo Neves¹, Hélen Rejane Silva Maciel Diogo² e Rosélia de Moraes Falcão³

Resumo: Através da análise da prisão e soltura do jovem negro, Luiz Carlos da Costa Justino⁴, apresentamos nossa contribuição à discussão imposta no campo do Direito acerca do racismo institucional no Poder Judiciário, dando enfoque ao “reconhecimento fotográfico” usado como único meio de prova para fundamentar sua injusta prisão e demais implicações que carrega. Numa perspectiva teórico-metodológica descolonial, analisamos, também, a decisão que revogou sua prisão, proferida por um juiz negro. Ao final, contemporizamos como julgados de tribunais brasileiros têm se posicionado contrariamente à prática do reconhecimento único e exclusivamente fotográfico, e como a perpetuação da mesma levou o país ao inaceitável dado de que 83% das pessoas presas injustamente por reconhecimento fotográfico no Brasil são negras.

Palavras-chave: Direito Processual Penal; Hierarquias Raciais e Sociais; Polícia; Prisão; Racismo Institucional; Reconhecimento Fotográfico.

Abstract: *Through the analysis of the arrest and release of the young black man, Luiz Carlos da Costa Justino, we present our contribution to the discussion imposed in the field of Law about*

.....
1 Doutora e Mestre em Educação (UFPel) e Professora Adjunta na Faculdade de Direito (FADIR) da Universidade Federal do Rio Grande-FURG/RS/Brasil (profarita@yahoo.com.br) ORCID: 0000-0001-9958-0313.

2 Mestranda em Direito (PPGD-UFSC), Bacharela em Direito (FURG), Bacharela em Enfermagem (UFPEL), Especialista em Enfermagem do Trabalho (UNINTER), Especialista em História e Cultura Afro-brasileira e Indígena (UNINTER), Especialista em Ensino da Filosofia (UFPEL) e cursando Pós-graduação em Direito Processual Penal (CEI) e em Especialização e Curso Internacional Estudios Afrolatinoamericanos y Caribeños, Consejo Latino-Americano de Ciências Sociales (CLACSO). Vínculo Institucional: Universidade Federal de Santa Catarina/UFSC/Brasil (helendiogo@hotmail.com) ORCID: 0000-0001-6893-8060.

3 Bacharela em Direito (FURG), Bacharela em Comunicação Social: Jornalismo (UFMA), Especialista em Comunicação Pública (UNIBF). E-mail: roselia.falcao@gmail.com ORCID: 0000-0001-6244-0157

4 O episódio teve larga repercussão no noticiário nacional. Para mais sobre: Ponte Jornalismo: “Preso por ‘portar violoncelo’, músico negro da Orquestra de Grotas é libertado”: <https://ponte.org/preso-por-portar-violoncelo-musico-negro-da-orquestra-de-cordas-da-grota-e-libertado/>. FANTÁSTICO: Músico preso no RJ é solto após juiz considerar investigação “frágil”. Disponível em: <<https://globoplay.globo.com/v/8835454/>> Acesso em: 14 jun. 2021.

institutional racism in the Judiciary, focusing on the “photographic recognition” used as the only means of proof to support his unjust imprisonment and other implications that it carries. From a decolonial theoretical-methodological perspective, we also analyzed the decision that revoked his arrest, made by a black judge. Finally, we contemporize how judgments of Brazilian courts have positioned themselves against the practice of unique and exclusively photographic recognition, and how its perpetuation has led the country to the unacceptable given that 83% of people unjustly arrested for photographic recognition in Brazil are black.

Keywords: Criminal Procedural Law; Racial and Social Hierarchies; Police; Prison; Institutional Racism, Photographic Recognition.

INTRODUÇÃO

Imagine a cena: você está com seu instrumento musical junto ao corpo, acabou de sair de uma apresentação, parou em uma lanchonete para tomar um suco e comer um salgado e, ao sair, é abordado por policiais sob a alegação de que inspira “desconfiança”, e os policiais lhe pedem para mostrar documento de identidade e, sem nenhuma acusação formal, o levam preso. Se você acha a probabilidade da cena absurda, muito provavelmente você é branco e, talvez, negue o peso da racialização adscrito aos corpos negros. Para uma pessoa negra, infelizmente, as chances de uma abordagem e de uma prática policial desse tipo ainda são muito reais e frequentes.

Foi o que aconteceu com Luiz Carlos da Costa Justino, um jovem violoncelista negro, morador da comunidade da Grota, na cidade de Niterói (RJ), que na data de 02 de agosto de 2020 foi assim abordado, e quando levado à delegacia, surpreendeu-se com uma acusação de roubo de celular e mandado de prisão contra si, ambos datados de três anos antes, em 2017. No momento, o músico ouviu que estava preso preventivamente, sendo que a única prova existente para sustentar a acusação e o mandado de prisão era uma fotografia sua, que a vítima do roubo de celular “identificara” como sendo a do autor daquele crime. Até então, Luiz Justino nunca passara por uma delegacia ou tivera qualquer processo criminal contra si, e a polícia investigativa não explicou como, afinal, sua foto foi parar nos autos daquela investigação.

Certa vez, em um programa televisivo, o *rapper* Emicida⁵ lançou um desabafo e uma reflexão crítica sobre um problema secular no Brasil: o racismo. Ressaltou que os indiví-

.....

5 PORTAL UOL. Rapper Emicida critica racismo no Brasil: táxi não para, mas viatura para, 2015. Online. Disponível em: <https://televisao.uol.com.br/noticias/redacao/2015/09/20/rapper-emicida-critica-racismo-no-brasil-taxi-nao-para-mas-viatura-para.htm>.

duos racializados têm conhecimento de que o táxi não para quando os passageiros são negros, mas a viatura policial para. De pessoas escravizadas a sujeitos livres, os negros, ainda hoje, são objetificados, controlados e vitimados por um sistema que os lê como suspeitos e sem piedade os incrimina.

É a partir dessa lógica de suspeição que passamos a dissertar e analisar de forma crítica, com amparo na doutrina e na normativa Processual Penal, além da base teórica, a utilização da fotografia como único meio de prova para a imputação da autoria de um crime a alguém, além da violação a garantias constitucionais e princípios do Processo Penal que esse meio de prova tem gerado, especialmente para a população negra em nosso país.

Nessa perspectiva, elegemos uma metodologia de pesquisa que parte de investigação empírica a partir de uma decisão judicial⁶, consistente em amostra intencionalmente escolhida (GIL, 2008) porque representativa da problemática focalizada, uma vez que a revogação da injusta prisão foi realizada por um juiz negro, de quem se pressupõe uma leitura sociorracial distinta da que teria um juiz branco. Optamos por essa estratégia de pesquisa pois, através da análise do referido julgado, procuramos compreender como o Direito opera na realidade, ou seja, não nos ocupamos em observar como ele deveria ser, mas efetivamente como ele é: na nossa hipótese, institucionalmente racista.

Filiamo-nos ao entendimento de Gustavo Siqueira (2020, p. 96), para quem pesquisas empíricas “podem melhor contribuir para propostas de diagnósticos e projeções futuras da sociedade. [...] procuram compreender como o direito está repercutindo na vida das pessoas e as múltiplas formas como a lei se apresenta na sociedade”. Na análise do julgado, adotamos a denominada Teoria Social do Discurso (TSD) (FAIRCLOUGH, 2016), decorrente da clássica escola francesa da Análise do Discurso (AD) (MAINGUENEAU, 1993; 2010), mas que inova em relação àquela “quando propõe examinar em profundidade não apenas o papel da linguagem na reprodução das práticas sociais e das ideologias, mas também seu papel fundamental na transformação social” (FAIRCLOUGH, 2016, p.11), estando inserida, portanto, na vertente da Análise Crítica do Discurso (ACD).

No tocante à fragilidade do reconhecimento por foto, asseveramos que tal aspecto vem sendo enfrentado em recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ), como no Habeas Corpus nº 598886/SC (2020/0179682-3), julgado pela 6ª Turma sob a relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, que sustenta que apenas tal meio de prova não basta para condenação.

.....
6 Decisão Processo nº 0021082-75.2020.8.19.0004 - Trata-se da revogação de prisão preventiva de Luiz Carlos da Costa Justino. Disponível em: <https://ponte.org/wp-content/uploads/2020/09/Revogac%CC%A7a%CC%83o-Mu%CC%81sico-1.pdf> Acesso em 20 jun. 2021.

Desse modo, na primeira parte do texto, propusemos um aprofundamento do debate sobre o racismo institucional presente no Sistema Judiciário brasileiro e a construção das bases do nosso Direito sob uma perspectiva racial em sua gênese. Num segundo momento, apresentamos a narrativa do procedimento do pedido da prisão preventiva de Luiz Justino e seus principais pontos e falhas, que não se encerram só no reconhecimento fotográfico. Adiante, analisamos criticamente a decisão judicial revogatória da prisão e a importância de um letramento racial por parte da Justiça Brasileira. Finalmente, dialogamos acerca do recente entendimento jurisprudencial, com ênfase no antes referido Habeas Corpus julgado pelo STJ, fundamental na discussão do reconhecimento por foto.

A “FOTOGRAFIA” SECULAR DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Estamos em 2022 e ainda sob a vigência de uma lei penal que data de 1940, e de uma lei processual penal de 1941. No levantamento de 2020, apresentado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)⁷, foi divulgado que o Brasil possui uma população carcerária de 773.151 pessoas. Dessas, 64% são negras. Logo, há quase dois séculos a norma penal brasileira aprisiona, em sua grande maioria, a mesma cor de corpos.

Sobre as reformulações das leis criminais brasileiras ao longo do tempo, Juliana Borges (2020) afirma que em todas elas estão assinaladas as acomodações realizadas nos sistemas punitivistas sobre os corpos negros. A primeira lei criminal do país, que datava de 1830, assinalava um regime de penalização particularizado, ou melhor, discriminado entre negros e brancos, ainda que se tratasse de negros libertos. Do final do Brasil Colônia ao Brasil Contemporâneo, as “reformas” realizadas produziram novos dispositivos de controle sobre as camadas negras da população: o novo inimigo penal interno e perigoso do país. A afamada “lei da vadiagem”, por exemplo, até pouco menos de uma década atrás continuava sendo aplicada no país e novamente invocada, no mais das vezes, contra negros e pobres.

As normas penais de um Estado são reflexo dos valores que replicam os princípios de determinado período histórico. Para além disso, elas revelam a visão da figura do legislador (e da sociedade) acerca do criminoso e da penalidade a ser aplicada a este, bem como desenham a qualificação dos criminosos. Na perspectiva das doutrinas modernas há, portanto, um etiquetamento dos corpos negros que pode ser observado nas normas

.....

7 INFOPEN 2019. <https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/02/dados-sobre-populacao-carceraria-do-brasil-sao-atualizados>.

penais aplicáveis aos escravos que cometiam crimes. Ainda que pareça absurda essa interpretação do Sistema Penal direcionado ao indivíduo servil que se encontrava no Brasil, é fato manifesto que os debates nacionais daquela época, especificamente de segurança pública, eram direcionados sobre a escravidão (CAMPELLO, 2018).

Ao debruçar-se sobre um estudo crítico do Direito Penal Brasileiro, Nilo Batista (2007, p. 25) toma as palavras de Cirino dos Santos, que destaca que o sistema penal é “constituído pelos aparelhos judicial, policial e prisional, e operacionalizado nos limites das matrizes legais”, com intenção de ser um instrumento garantidor da ordem e da justiça social. Entretanto, o seu funcionamento efetivo opõe-se a esse conceito e imagem. O sistema penal não é igualitário, uma vez que atinge desproporcionalmente os indivíduos em razão de suas condutas (BATISTA, 2007).

Apesar das inequívocas constatações sobre o retrato racializado das vítimas ou clientes do sistema penal, isso não bastou para alavancar um debate com expressiva densidade sobre as problemáticas raciais do sistema penal, nem mesmo proporcionar um estreitamento dos laços entre o campo da criminologia crítica e as pautas do movimento negro, considerando as inúmeras denúncias de caráter estrutural do racismo no país (FREITAS, 2016).

Kabengele Munanga (2012), em *Negritude: Usos e Sentidos*, enfatiza porque o retrato do homem negro o aproximou do uso policial. O negro simbolizava um atrasado, cruel e desumano, um ladrão. Na prática, o negro era apresentado como um indivíduo não confiável, ao qual era impossível destinar responsabilidades ou funções de comando e gerência. Ao ser deficiente, o negro é um ser que deve ser conservado e “protegido”. Tal fato, justifica o uso da polícia e de uma justiça austera diante de um ser dado à imbecilidade, com instinto negativo e de roubo, pois é necessário defender-se de elementos perigosos e irresponsáveis.

Nessa esfera, Luciano Góes (2021) resume o controle racial do Estado, bem como das suas construções e proposta da morte negra, pois, segundo ele, é necessário entender que a prisão é uma espécie de morte, ou seja, de interrupção da vida. Para o autor, o controle foi reatualizado, ainda sob a égide escravocrata, e maquiado de democrático pela Criminologia Positivista, a qual forneceu ao indivíduo negro a credencial de criminoso nato, conformado pelo pensamento racista-etiológico, basilar do Direito Penal do autor. É neste bojo que se fomenta a seletividade racial no Direito Penal declarado, com vista a condicionar a massa preta a lugares predefinidos – instituições carcerárias – sem descartar outras formas de aniquilamento, como o genocídio por meio do Direito Penal paralelo, intensificado na política de “guerra conta as drogas”, iniciada em 1830 e positivada constitucionalmente.

Assim, a dinâmica sociorracial fundamentou estereótipos, os quais sempre tensionam e perseveram para a criminalização dos corpos negros. Até os dias de hoje, esses corpos são criminalizados, quando não pela esfera penal, pela simples vivência da cultura e da religiosidade. O negro, ao longo da história, foi construído pelo grupo social dominante – branco, patriarcal, classista e racista – como um “não ser”, um elemento de perigo e, por conseguinte, mais apto e suscetível a ações delituosas e a ser culpabilizado (GOES, 2021).

Para Borges (2020), o sistema de justiça criminal apresenta uma relação íntima com o racismo, otimizando um jogo de engrenagens que ativa a opressão, tornando-se um artefato importante na garantia da manutenção das iniquidades advindas da hierarquização racial. O colonialismo produziu muitas barbáries, sendo a mais nefasta o processo de escravização, exploração, subjugação, objetificação e desconstrução da identidade dos corpos negros, como parte de um projeto político catastrófico, utilizado como proposta de modernidade.

Passamos, então, a expor os infortúnios do racismo e as heranças que acompanham a população negra até as mazelas que a identificam, aprisionam e encarceram, muitas vezes, centradas no racismo do erro de reconhecimento e na política do genocídio.

A FALIBILIDADE DO RECONHECIMENTO FOTOGRAFICO NA INJUSTA IMPUTAÇÃO DA AUTORIA DE ROUBO ATRIBUÍDA A LUIZ JUSTINO

Preliminarmente, cumpre destacar que a expressão “reconhecimento fotográfico” não figura na letra da lei do Código de Processo Penal Brasileiro. O que o Código traz é o “reconhecimento de pessoas e coisas”. Senão, vejamos a dicção do artigo 226:

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

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

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

III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da

pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;

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

Parágrafo único. O disposto no III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento. (BRASIL, Código de Processo Penal)

Apesar disso, o reconhecimento por fotografia não é expressamente proibido pela legislação Processual Penal que, dentro do sistema brasileiro de regulamentação das provas, admite toda e qualquer prova, desde que não seja considerada ilícita ou ilegítima (art. 5º, LVI, CF C/C art. 157, *caput*, CPP). Portanto, esse sistema de regulamentação de provas não é taxativo, podendo ser aceitos, inclusive, meios de provas atípicos ou inominados (AVENA, 2020). E, assim é, que se naturalizou a existência dos chamados “catálogos fotográficos de suspeitos” em delegacias policiais.

Acerca do assunto, Janaina Matida e William Weber Ceconello (2021) observam que o reconhecimento fotográfico no Brasil pode se dar de duas maneiras: o *show-up* e o álbum de suspeitos. No primeiro, *é exibida à vítima e/ou à testemunha uma foto do possível suspeito, solicitando-lhe que seja confirmado, ou não, ser aquele o autor da prática delituosa. A problemática desse método é que a vítima pode, muitas vezes, reconhecer o(s) suspeito(s) como autor(es) por mera analogia. Outro ponto a ser destacado é que o show-up é um procedimento que imprime sugestão e não certeza, o que acarreta o risco de falsos reconhecimentos. No segundo, componente comum do cotidiano policial, o procedimento de reconhecimento envolve uma gama de suspeitos apresentada de forma simultânea (MATIDA; CECCONELLO, 2021). Os autores destacam que, no caso de uma vítima de roubo se dirigir a uma delegacia, “a ela será exibido um álbum com inúmeros indivíduos previamente selecionados pelas autoridades policiais” (Ibidem, 2021, p. 418).*

No caso em análise, o jovem violoncelista foi assim “reconhecido”, preso injustamente e acusado de uma prática delitiva que não cometeu. Entre a data do fato e o pedido de prisão preventiva passaram-se quase três anos, sendo que Luiz Justino nunca fora citado. Todavia, mesmo assim, em setembro de 2020 ele foi preso, ainda que constassem nos autos do processo⁸ prova de residência, atividade laboral lícita e reconhecida, boas referências como músico na comunidade de Niterói e nenhum registro na folha de antecedentes criminais. Não se observa no pedido de prisão o atendimento aos indícios mínimos de autoria, baseada em reconhecimento fotográfico, e também não há prova

.....
8 2ª Vara Criminal de Niterói/RJ/Processo nº: 0055889-35.2017.8.19.0002

do crime apresentada pela polícia. A fotografia do músico que foi “parar” em um álbum policial foi utilizada no procedimento de investigação criminal sem qualquer narrativa da correlação que levou à inclusão daquela imagem do violoncelista como um suspeito do delito investigado.

Recentemente, o instituto da cadeia de custódia foi sistematizado pelo Pacote Anticrime (Lei 13.964, de 2019), agora pormenorizado nos artigos 158-A a 158-F, no Código de Processo Penal, sendo a cadeia de custódia da prova todo o caminho percorrido pela prova. Em nosso entendimento, tal regramento constitui endosso à legalidade, pois ao sistematizar, o legislador reforçou que o instituto tem importância fundamental. Da nossa leitura, esses dispositivos assentam que a confiabilidade da prova dependerá do necessário oferecimento de um detalhado rastreamento, nos moldes definidos normativamente. Por isso, insistimos que a foto de Luiz Justino, um jovem negro de comunidade, não tem qualquer relação com o roubo que lhe foi injustamente imputado, tampouco com outra infração penal, nunca devendo constar de um catálogo em delegacia de polícia.

Embora a normativa vigente pareça insuficiente ou ineficaz para coibir a prática da quebra da cadeia de custódia, a Doutrina Processual Penal traz essa discussão e afirma que quebrar essa cadeia é constatar irregularidades cometidas no trajeto da prova desde o início da sua produção, significando que isso terá implicações na validade dos elementos de convicção produzidos e materializados em laudos periciais se esses forem demandados. Parcela doutrinária defende que a quebra da cadeia de custódia não vai acarretar nulidade do laudo pericial apresentado, mas só redução do seu valor probante.

Norberto Avena (2020) discorda dessa afirmação, e nós também, entendendo que essa quebra interfere na confiabilidade da prova e a compromete, pois um laudo pericial produzido a partir da inobservância dos seus procedimentos não pode ser utilizado para a convicção do juiz. Analogicamente, se para a elaboração de um laudo pericial numa investigação criminal a cadeia de custódia deve ser observada, também para a fotografia de um dito “suspeito de delito” essa quebra da cadeia de custódia poderá ser invocada, pois nada demonstrou a regularidade, a legalidade ou a licitude dos procedimentos adotados pela polícia no caso do uso da foto de Luiz Justino.

Nesse raciocínio, Janaina Matida (2020) ao defender a exclusão de um elemento que não está preservado pela cadeia de custódia da prova nos impõe as seguintes indagações: “Por que objetos merecem custódia e a memória não? Por que deve ser combatida a contaminação da cena do crime, mas não a manipulação da memória daqueles que contribuirão à determinação dos fatos?” (*Ibidem*, 2020, p. 7).

Nesse contexto, a preservação da cadeia de custódia da prova é condição necessária para a redução dos riscos de condenações de pessoas inocentes, sendo, sim, possível que “um elemento probatório não custodiado como deveria tenha o potencial lesivo de dar suporte a uma hipótese possivelmente falsa” (MATIDA, 2020, p.8). Não temos, no momento, exemplo mais pertinente a comprovar a incidência dessa hipótese do que o “reconhecimento” de Luiz Justino, que na investigação da polícia, sem detalhes, foi apontado em uma foto pela vítima do roubo de celular como autor do crime, “após analisar o álbum de fotografia de suspeitos”. Indício de autoria que absurdamente o Ministério Público também sustentou como único elemento probante para oferecer a denúncia contra o músico.

Oportunamente, destacamos que 70% das pessoas presas injustamente no Brasil por falhas no reconhecimento de autoria são pessoas negras. O dado é da campanha “Justiça para os Inocentes”, lançada pelo coletivo de artistas 342 Artes e Mídia Ninja, com a parceria da Comissão de Direitos Humanos e Assistência Judiciária da OAB/RJ⁹. E esse percentual alarmante só faz crescer: de acordo com levantamento realizado em 2021 e apresentado pelo Colégio Nacional de Defensores Públicos Gerais (CONDEGE), 83% das pessoas injustamente presas por reconhecimento fotográfico no Brasil são negras.¹⁰

O advogado criminalista e Diretor Nacional de Convênios do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), Gustavo Brito (2020), discorre sobre o reconhecimento fotográfico e violações ao devido processo legal. Com o conhecimento de causa de quem atua na área, ele traz à tona a informalidade com que o procedimento é feito, o termo que dele resulta e que, posteriormente, vai ser juntado às acusações ou denúncias:

O resultado do reconhecimento é um termo que contém uma narrativa fria sobre algo que deve ter acontecido e foi registrado em papel. Nele não constam informações sobre se existiram outras fotografias, se todas foram apresentadas ao mesmo tempo, se a posição das pessoas nas imagens era a mesma ou se algumas estavam de perfil e outras de frente, se estavam com a mesma roupa, ou, até mesmo se o autor do reconhecimento esteve em dúvida ou afirmou com plena certeza, entre outras questões de grande relevância e que também influenciam no resultado alcançado. Existe apenas o termo e a assinatura do suposto autor do reconhecimento, que não raras vezes nega, na fase judicial, ter indicado o reconhecido como autor do fato. A situação se mostra mais grave quando esta pessoa já sofre medidas cautelares como a de prisão, por exemplo (BRITO, 2020, p. 25).

.....
9 Projeto da OAB/RJ em conjunto com o coletivo de artistas 342 Artes e a Mídia Ninja pelo fim de prisões de inocentes com base unicamente em reconhecimento por fotografia. Disponível em: <http://ipeja.com.br/campanha-justica-para-os-inocentes-debate-a-validade-do-reconhecimento-fotografico-como-prova-unica/>. Acesso em: 14 jun. 2021.

10 CONDEGE. Relatórios indicam prisões injustas após reconhecimento fotográfico. Disponível em: <http://condege.org.br/2021/04/19/relatorios-indicam-prisoes-injustas-apos-reconhecimento-fotografico/>. Acesso em: 08 set. 2021.

As consequências dessa forma de reconhecimento fotográfico na fase preliminar vão se converter, sistematicamente, em violações das garantias que o investigado deveria (em tese) ter nesta fase e na fase seguinte, a processual. E vão macular, invariavelmente, os direitos à ampla defesa, ao contraditório, à igualdade das partes e ao devido processo legal da ação penal, o que não pode ser compatível com um sistema de Processo Penal justo e democrático.

Outro aspecto que não podemos deixar de destacar na injusta prisão de Luiz Justino – devidamente apontado na decisão de revogação – foi a não contemporaneidade do mandado de prisão. Há, inequivocamente, inoperância do sistema, tendo em vista que da decretação da prisão à sua efetivação transcorreu período de quase três anos. Assim, se está diante de uma demora estatal que configura, também, mais uma inobservância às garantias fundamentais do acusado, além das próprias normas processuais penais. Como afirmamos, fundamentadamente o juiz que revogou a prisão preventiva do músico joga luz sobre a inexistência da sua contemporaneidade. De acordo com o § 2º do Art. 312 do CPP, incluído pela Lei 13.964/19, “a decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada”. Ainda, a prisão só pode ser mantida diante desses mesmos requisitos.

Também não podemos normalizar a conduta do Ministério Público que, diante da fragilidade do único meio de prova apresentado e com todos os requisitos a favor de Luiz Justino para outras medidas, quando chamado a se manifestar no pedido de revogação da prisão do músico reiterou que subsistiam os requisitos ensejadores do decreto da prisão cautelar afirmando que estavam “**expostos de forma minuciosa e fundamentada nos autos**, havendo nos autos **fortes indícios da participação** do acusado na infração, conforme declarações colhidas em sede policial” [grifos nossos]. Assim atuando, em nosso sentir, desatendeu e inobservou o rito legal, pois deixou de pedir Medidas Cautelares diversas da prisão, como preconiza o CPP.

A DECISÃO DE REVOGAÇÃO DA INJUSTA PRISÃO DO MÚSICO POR UM JUIZ NEGRO E A SIMBOLOGIA DO RACISMO INSTITUCIONAL

Como anunciado, trabalhamos na perspectiva teórico-metodológica dos estudos descoloniais e nossa escolha pela Análise Crítica do Discurso (ACD) desse julgado implica dizer que precisamos conhecer, embora nos limites éticos e acessíveis à pesquisa, as

personagens envolvidas na relação processual observada naquela decisão. Justamente por isso, entendemos emblemático o fato do juiz prolator tratar-se de um homem negro. Afinal, o caso em análise trata exatamente de um homem igualmente negro, mas que teve seu corpo marcado e perseguido por um sistema judicial racista e excludente. Violação de direito essa que apenas cessou quando outro homem também negro, mas em lugar de poder, pois representante do Poder Judiciário naquela ocasião, adotou o acertado entendimento de revogar a injusta ordem de prisão cautelar.

A simbologia na revogação dessa prisão em decisão enunciada por um juiz negro, André Luiz Nicollit, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, suscita muitas questões e impõe tantas outras reflexões sobre a necessidade de conjugar Direito e letramento racial. Para além disso, pronuncia um erro judicial, talvez mais um entre inúmeros casos não noticiados, que com nenhuma benevolência acentua o aprisionamento de cidadãos negros.

O juiz, na revogação da prisão preventiva do músico, faz um contundente questionamento: **“por que um jovem negro, violoncelista, que nunca teve passagem pela polícia, inspiraria “desconfiança” para constar em um álbum?”** Como essa foto foi parar no procedimento?” [grifo nosso]. Tal fragmento é indagação componente da decisão de revogação da prisão de Luiz Justino, que encontra amparo na hermenêutica apregoada por Adilson Moreira (2017) ao discorrer **sobre o ser um jurista negro**, ressignificando as diferenças de leituras e interpretações de um jurista negro e de um jurista branco. Para aquele autor, ao passo que um jurista branco acorda com uma hermenêutica individualista, alinhada com a objetividade interpretativa e de viés universalista como suporte para análise do direito; de forma adversa, a figura do jurista negro, com a qual ele se identifica, visualiza e interpreta o direito a partir do campo focal de um subalterno.

Na sua pedagógica lição, no texto “Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica jurídica” (MOREIRA, 2017, p. 395, grifo nosso) esse autor nos ensina: **“Sou um jurista negro e penso como um negro”**, ao dizer que:

Estou afirmando que minha raça determina diretamente a minha interpretação dos significados de normas jurídicas e também minha compreensão da maneira como o direito deveria funcionar em uma sociedade marcada por desigualdades raciais (MOREIRA, 2017, p. 395).

É desse vértice, ou melhor, dessa racionalidade, que o Direito pode ser utilizado e manipulado para manter as estruturas de domínio e de exclusão, mas também, por outro lado, pode ser instrumento fecundo de transformação social (MOREIRA, 2017).

A partir da vertente teórico-metodológica da ACD perguntamos nós: por que numa decisão de 11 laudas o magistrado só registra e se refere a Luiz Justino como um homem negro uma única vez? (no excerto que destacamos anteriormente); por que um juiz, igualmente negro, não aponta de forma contundente o racismo institucional experimentado por aquele jovem negro, mas tão somente insinua isso? – para nós, de modo tênue.

Na perspectiva da ACD, são essas algumas das questões que direcionaram nossa análise e cumpre dizer que não nos cabe aqui julgar aquele magistrado, pois foi ele a única pessoa representante do Poder Judiciário que fez cessar a injustiça vivenciada pelo jovem músico negro, mas, sim, queremos problematizar a decisão a partir desses questionamentos críticos. Afinal, ao analisarmos seu julgado sob o enfoque da ACD, chama nossa atenção esse fato e tendemos a compreender que mesmo ele, embora um homem negro, inconscientemente repise no lugar do racismo institucional do Sistema Judiciário que integra, na medida em que não enfrenta abertamente no texto da sentença o racismo sofrido por Luiz Justino.

Enquanto na AD a compreensão é a de que o discurso emitido não esconde nada, mas diz o que pode dizer e foi efetivamente dito, gerando um significado naquele contexto de análise, na ACD os discursos constituem os sujeitos e as realidades e, além de os sujeitos não existirem em abstrato, os discursos estão na ordem dos regimes de verdade. Assim, pela ACD nos interessa a exterioridade da língua e o sentido que ela gera no contexto observado, o qual dá elementos para compreendermos que regras permitiram que tal discurso fosse ali emanado, a fim de entender o próprio sistema que autoriza esse discurso.

Definições fundamentais, como discurso e prática social, nos são apresentadas por Viviane de Melo Resende e Viviane Ramalho (2017), que lecionam que a ACD maneja conceitos oriundos tanto do campo da Linguística como das Ciências Sociais, reforçando que essas duas faces “não podem ser separadas no trabalho analítico, pois o objetivo da análise é justamente mapear conexões entre relações de poder e recursos linguísticos utilizados em textos” (RESENDE; RAMALHO, 2017, p. 9). Através da ACD, como modalidade de análise textual, podemos conhecer/entender o conteúdo político e ideológico dos discursos hegemônicos/dominantes que compõem determinada forma de linguagem, e, assim, desconstruir tais discursos, a fim de contemplar todas as pessoas porventura alijadas dele que, no caso da nossa pesquisa, são as pessoas negras, tendo em vista as evidências de que o discurso Estatal é racista e impõe violência a esses sujeitos quando autoriza e/ou naturaliza práticas racistas como o malfadado reconhecimento fotográfico.

Destacamos também a contribuição de Teun Van Dijk (2017), importante intelectual e criador da expressão *abuso de poder*, à qual chegou através do uso instrumental da ACD, para designar a dominação exercida pelas elites simbólicas com acesso privile-

giado aos discursos públicos que controlam a reprodução discursiva da dominação na sociedade. Ele prefere o uso do termo Estudos Críticos do Discurso (ECD) e nos ensina que as análises textuais feitas sob essa égide não são neutras, mas comprometidas e engajadas em favor dos grupos dominados na sociedade e, especialmente, que isso seja feito de modo confesso e explícito – exatamente como nós fazemos neste texto, no qual nos aliamos às pessoas negras e vítimas preferenciais do racismo instituído no Sistema Judiciário brasileiro.

Assim, na análise crítica do julgado que destacamos, precisamos entender que pensar o mundo dos negros exige pensar sobre os processos macro e micro, nos quais persevera o racismo. De acordo com Silvio Almeida (2019), torna-se fundamental compreender que os processos de formação nacional dos Estados modernos decorrem de um projeto político muito bem delineado. Dessa engenharia, pode-se dizer que as classificações raciais foram um importante assentamento para determinar as estruturas sociais e o domínio do poder estatal. O professor (ALMEIDA, 2019) indica três concepções de racismo: o individualista, o institucional e o estrutural, e alerta que o racismo institucional não pode ser equiparado ao racismo estrutural, pois trata-se de fenômenos diferenciados. Na concepção individualista, o racismo aponta um quadro patológico ou de anormalidade. Muitas vezes essa concepção inadmite o racismo e incorpora a ideia de preconceito, logo acentua a natureza psicológica e descarta o componente político. Diferentemente, na concepção institucional o racismo é produto do funcionamento e gerenciamento das instituições, as quais empregam dinâmicas de privilégios e desvantagens ao redor da categoria raça.

No campo estrutural, significa associar o racismo a uma estrutura sistêmica de práticas racistas, que são orientadas pela organização política, econômica e jurídica da sociedade. Assim sendo, o conceito de raça parte de um contexto de relação social, que se amplia, com atos concretos, desencadeados no núcleo da estrutura social, cujo desenho é assinalado por conflitos e oposições (ALMEIDA, 2019).

Densificando essa discussão, Júlia John *et al.* (2020) apontam uma questão específica conjugada ao racismo estrutural que se trata do racismo criminalizante, decorrente do temor de que os oprimidos invertam a lógica e busquem por sua emancipação. Ocupam-se os autores de destacar que a Revolução Haitiana (1791-1804) foi a gênese para a construção desse medo, de modo que tal revolta teve aproximações com os ideais da Revolução Francesa. Na íntegra, a revolução haitiana buscava a cisão do poder colonial e o *status* de independência.

Nessa seara, Mbembe (2018, p. 27), por sua vez, ao abordar a questão da raça refere que “vista em profundidade, a raça é ademais um complexo perverso, gerador de temores e tormentos, de perturbações do pensamento e de terror, mas sobretudo de infinitos

sofrimentos e, eventualmente, de catástrofes”. Infelizmente, a afirmação é verdadeira e o caso de Luiz Justino prova o quanto a racialização é objeto de premissas e posições equivocadas, as quais, muitas vezes, prosperam para a negritude ser um argumento de assentamento do critério de suspeita e, por conseguinte, culpabilização, acusação e aprisionamento injusto.

O episódio vivido por Luiz Justino escancara as catástrofes que perduram há séculos encarcerando indivíduos, muito mais pela cor do que pelo conjunto probatório, como revela outro excerto da decisão: “os elementos de investigação são frágeis para permitir a prisão de um jovem com tantos lastros positivos em sua biografia processual trazida ao processo”.

Prosseguindo na nossa análise, é necessário examinar e refletir, também, sobre a irrisória representatividade negra no Sistema de Justiça brasileiro, demonstrada na pesquisa “Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros”, realizada em 2018 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a qual desvela a baixa representatividade negra, o que significa que a maior parte, 80,3% declaram-se brancos e 18,1% negros, sendo que, desses, 16,5% pardos e 1,6% pretos. Esses dados representam não apenas números, mas sobretudo o quanto o Poder Judiciário alberga na sua estrutura o racismo institucional e estrutural.

Não é possível, porém, confundir representatividade com letramento racial, ou seja, não há uma relação linear, matemática e objetiva que garanta que a ascensão das pessoas negras aos postos de poder, como à condição de juízes, as faça desempenhar a ação esperada de quem tenha letramento racial. Contudo, as imbricações simbólicas de uma decisão sobre a história e vida de um homem negro ser enunciada por um juiz também negro, no nosso sentir, encontram diálogo com o que aponta o jurista Moreira (2017, p. 397), ao observar as dificuldades constantemente enfrentadas por negros e o desafio de “nos afirmarmos como sujeitos políticos, de sermos reconhecidos como pessoas que têm o exercício da cidadania constitucionalmente protegido, o que situa todos nós na condição de sujeitos subordinados”.

Assim, a resposta à indagação do magistrado, sobre a foto de Luiz Justino constar daquele “álbum de suspeitos” é pura e simples: porque se trata de um jovem negro! E exatamente por ser essa a resposta “correta” é que ela nunca foi dada àquele juiz pelo Estado. Este caso “ilustra a falta de transparência quanto ao que serve de critério para a inclusão da fotografia de alguém no álbum de suspeitos” (MATIDA; CECCONELLO, 2021, p. 418).

André Luiz Nicollit atuou do modo indicado por Moreira (2017), embora, no nosso sentir, pudesse ter se posicionado de modo mais enfático, mas não o faz justamente porque, mesmo sendo um homem negro, naquela relação discursiva íntegra e representa o

Poder Judiciário e, portanto, reproduz o discurso estatal hegemônico. Mas que, no caso em análise, não retira a importância da sua acertada decisão, nem tampouco afeta sua simbologia e representatividade, pois, de fato, mesmo em nome do Estado, foi preciso a atuação de um homem negro para fazer cessar a injustiça a outro homem negro.

O IMPASSE JURISPRUDENCIAL RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO VERSUS INADMISSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO POR FOTO PARA A CONDENAÇÃO

Ao longo dos anos, a jurisprudência dos nossos tribunais permitiu, para o reconhecimento de pessoas, a utilização da fotografia como elemento de prova em investigações e acusações, sendo recente a construção jurisprudencial que enfrenta o problema da exclusividade desse tipo de prova como fator para a condenação de pessoas. Eis, então, o paradoxo com o qual o Judiciário Brasileiro se depara, consequência da sua própria convivência com as irregularidades processuais cometidas pelas polícias judiciárias.

Decisões em julgamentos de Habeas Corpus, tanto pelo Supremo Tribunal Federal (STF) quanto pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), têm afastado a utilização exclusiva de fotografias como prova para embasar sentenças condenatórias no âmbito criminal. A manifestação mais recente foi uma decisão do STJ no HC nº 598.886 – SC (2020/0179682-3), em outubro de 2020, cujo relator foi o ministro Rogério Schietti Cruz. O voto para a absolvição do paciente foi unânime. O entendimento da 6ª Turma foi o de que não é possível condenar alguém exclusivamente com base em reconhecimento por foto.

No caso em questão, um homem estava preso, acusado de um assalto a um estabelecimento ocorrido em 2018, e as testemunhas que o teriam reconhecido em fotografia na delegacia na fase de investigação eram as mesmas que, em depoimento na fase processual, declararam que durante o assalto eram “ameaçadas para que não olhassem para seus rostos”. Além disso, as vítimas do crime conferiam ao assaltante a altura de 1,70m, mas o homem preso como autor do crime tinha 1,95m. Elementos esses que contraditavam a própria confirmação do reconhecimento e colocavam em dúvida, também, a confiabilidade da prova apresentada nos autos. Na decisão, o STJ trouxe exemplos de casos flagrantes de desrespeito à norma processual no que tange ao reconhecimento de pessoas, recordando um caso julgado no mesmo tribunal em que a vítima recebeu um e-mail do delegado de polícia com uma foto de quem ele [o próprio delegado] considerava ser o maior suspeito, pedindo para vítima apenas confirmar o reconhecimento.

Na decisão do julgado pesaram, também, os dados trazidos ao processo por representantes do *Innocence Project* Brasil, uma associação sem fins lucrativos voltada ao enfrentamento de questões sobre condenações de inocentes no país. Na decisão anunciando a absolvição do acusado, transmitida em uma plataforma da internet, o ministro Schietti destacou que a turma precisa exigir uma mudança de postura dos envolvidos e respeito ao CPP, sobretudo das polícias judiciárias, destacando que as formalidades “não são inúteis e são essenciais para a preservação da liberdade”.

A relevância do problema da não regulamentação dos procedimentos de reconhecimento, inclusive o fotográfico, está demonstrada no recente anúncio feito pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹¹ acerca da instituição de um Grupo de Trabalho formado por membros do Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública, da segurança pública, da advocacia e demais instituições, o qual será responsável por realizar estudos e elaborar proposta de regulamentação de diretrizes e procedimentos para o reconhecimento pessoal em processos criminais.

Esperamos, a partir dessa iniciativa do CNJ, somada ao novo entendimento jurisprudencial em construção, sejam, senão extintas, minimizadas as frequentes injustiças cometidas pelo Sistema Judiciário brasileiro nos procedimentos de reconhecimento que tanto prejuízo trazem, sobretudo às pessoas negras.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prisão “por engano” de Luiz Justino foi apenas uma amostra intencionalmente escolhida para tratar do tema do racismo institucional do Sistema Judiciário brasileiro, porque recente, com grande repercussão no noticiário nacional e, infelizmente, representativa das violências estatais sofridas pelas pessoas negras. O episódio deu-se à mesma época em que movimentos sociais brasileiros levantaram a bandeira “Vidas Negras Importam”, em adesão não só às ações geradas nos Estados Unidos após o assassinato de George Floyd, mas denunciando o recorrente e constante racismo e genocídio negro aqui dentro.

A lupa sobre a prisão desse jovem representa um olhar ampliado para os 83% de pessoas negras presas injustamente por reconhecimento fotográfico. Esse número é alarmante e o Judiciário, polícias brasileiras e Ministérios Públicos não podem ficar impassíveis diante dele. É preciso admitir que há um problema e uma prática de racismo institucional

.....
11 “Grupo vai aprimorar reconhecimento pessoal em processos criminais”. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/grupo-vai-aprimorar-reconhecimento-pessoal-em-processos-criminais/> Acesso em 08 set 2021.

entranhada nas estruturas do Sistema Judiciário e entidades de apoio à Justiça. Mais do que admitir, é preciso lutar para desmantelá-la. O reconhecimento fotográfico, à maneira como vem sendo feito nas delegacias brasileiras, é imprestável e inaceitável para o Processo Penal. Não obstante, este instrumento tem servido à perpetuação da prisão massiva e injusta de corpos negros.

Não é demasiado destacar a atenção que deve ser dada ao racismo institucional, presente dentro das polícias e também nas instituições que compõem o Sistema de Justiça criminal. As polícias merecem um olhar mais acurado, primeiramente, devido a estarem diretamente vinculadas ao atendimento e à apuração e investigação, sendo peças importantes na definição, detecção e autuação da criminalidade processada no âmbito jurídico. Ainda, são elas aparato que compõe a vida das comunidades, sobretudo das mais pobres e negras, prioritariamente miradas no campo da vigilância, do controle e da punição. O caso de Luiz Justino, associado a tantos outros, demonstra o quanto se culpabiliza esses sujeitos, respaldando-se em procedimento de reconhecimento fotográfico que é falho e gera insegurança e injustiça.

Pensamos que manifestações de letramento racial – ressalvada a sutileza já anteriormente destacada – como a do magistrado na decisão que revogou a injusta prisão do músico em um feriado, devem inspirar toda a corte de magistradas e magistrados brasileiros ao se depararem com fundamentações frágeis como o reconhecimento fotográfico como sustentação única de indício de autoria para a prisão de alguém. Os julgados recentes do STF e do STJ sobre o tema são também uma base importante para solidificar que a maneira como esse elemento vem sendo conduzido pelas polícias investigativas precisa ser revista e regulamentada, a fim de que não se legitime mais arbitrariedades como a que circundou o caso em tela, em especial para que indivíduos negros não sejam previamente (re)conhecidos pelo elemento cor, fazendo-os suspeitos antecipados do conjunto fático e probatório.

Moreira (2017) previne que a raça tem um papel primordial na vida dos indivíduos e na interpretação jurídica. Afinal, o letramento racial, apreciada a sua relevância, é um fundamento imprescindível ao conhecimento de negros e brancos, em que pese as suas repercussões sejam manifestadas de maneira distinta para cada pessoa.

Finalmente, registramos que durante esta escrita, Luiz Justino já tinha sido, na data de 09 de junho de 2021, declarado inocente da acusação de roubo. Nessa decisão, também foi determinada a retirada da foto do jovem músico do livro de suspeitos da Polícia Civil. Tratou-se, portanto, de um caso com desfecho positivo e, ousamos dizer, feliz. Luiz Carlos da Costa Justino, por hora, está livre da injusta e racista perseguição sofrida pelo Sistema Judiciário brasileiro. Porém, permanece estante a “fotografia secular” desse Sistema, onde a liberdade é para os negros uma incerteza e uma luta.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **O que é racismo estrutural?** São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** Rio de Janeiro: Revan, 11ª ed., 2007. 136p.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** Acessado em 04 de novembro de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus Nº 598886 - SC (2020/0179682-3).** Paciente: Vanio da Silva Gazola (preso); Paciente: Igor Tartari Felacio (preso). Relator: Rogério Schietti Cruz. Brasília (DF), 03 de agosto de 2020. Publicação 05 de agosto de 2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/27102020%20HC598886-SC.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2021.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros 2018.** Disponível em < https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a18da313c6fdbcb6f364789672b64fcef_c948e694435a52768cbc00bda11979a3.pdf>. Acesso em 07 set 2021.

BRITO, Gustavo Ribeiro Gomes. A fragilidade do reconhecimento fotográfico. **Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal.** Ano 2 - No 4, p. 25-26. 2019. Acessado em 04 de novembro de 2020. Disponível em: <<http://www.ibadpp.com.br/novo/wp-content/uploads/2019/09/boletim-trincheira-agosto-2019.pdf>>

BORGES, Juliana. **Prisões: espelhos de nós.** 1ª edição. Todavia Editora, 2020.

CAMPELLO, André Barreto. **Manual jurídico da escravidão: Império do Brasil.** 1ª. ed. - Jundiaí, [SP]: Paco, 2018.

DIJK, Teun A. Van. **Discurso e Poder.** Organização: Judith Hoffnagel e Karina Falcone. 2ed., 3ª reimpressão. São Paulo, SP: Contexto, 2017.

FAIRCLOUGH, Norman. **Discurso e mudança social.** 2ed. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 2016.

FREITAS, Felipe da Silva. Novas perguntas para criminologia brasileira: poder, racismo e direito no centro da roda. **Cadernos do CEAS: Revista crítica de humanidades,** [S.I.], n. 238, p. 488- 499, dez. 2016. Disponível em: <<https://cadernosdoceas.ucsal.br/index.php/cadernosdoceas/article/view/252/218>>. Acesso em: 13 jun. 2021.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social.** 6ª ed. São Paulo, SP: Atlas, 2008b.

GOES, Luciano. Ebó Criminológico: Malandragem Epistêmica nos cruzos da criminologia da libertação negra. **Boletim IBCCRIM,** Ano 29, Nº 339, fevereiro, 2021. Disponível em: <<https://ibccrim.org.br/publicacoes/visualizar-pdf/738/2>> Acesso em 15 jun. 2021.

JOHN, Júlia Castro; BRANDÃO, Clara Luísa Martins; CURY, Hector Soares. Genocídio negro brasileiro: notas sobre um racismo declarado. In: COSTA, José Ricardo Caetano; SERAU JUNIOR, Marco Aurélio; SOARES, Hector Cury (Org.). **O “estado de mal-estar social” brasileiro**. IEPREV: Belo Horizonte, 2020. p. 436-461.

MAINGUENEAU, Dominique. **Doze conceitos em análise do discurso**. SOUZA e SILVA, Maria Cecília Perez; POSSENTI, Sírio (Orgs.). Tradução: Adail Sobral [et al.]. São Paulo, SP: Parábola Editorial, 2010.

MBEMBE, Achille. **Crítica da razão negra**. Traduzido por Sebastião Nascimento. –

São Paulo: n-1 edições, 2018. 320 p.

MUNANGA, Kabengele. **Negritude: usos e sentidos**. 3ª. ed. 1ª reimp. Coleção Cultura Negra e Identidades. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012.

MATIDA, Janaina. **A cadeia de custódia é condição necessária para a redução dos riscos de condenação de inocentes**. In: Boletim IBCCRIM. São Paulo, Ano 28, nº 331, jun. 2020, p. 6-9. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/visualizar-pdf/51/2>. Acesso em: 14 jun. 2021.

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

MIGALHAS. **Reconhecimento por foto não basta para condenação, decide STJ**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/335558/reconhecimento-por-foto-nao-basta-para-condenacao-decide-stj>. Acesso em: 14 jun 2021.

MOREIRA, Adilson José. Pensando como um Negro: Ensaio de Hermenêutica Jurídica. **Revista de Direito Brasileira**, v. 18, n. 7, p. 393-420, dez. 2017. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3182>> Acesso em 13 jun. 2021.

PORTAL UOL. **Rapper Emicida critica racismo no Brasil: táxi não para, mas viatura para**, 2015. Online. Disponível em: <<https://televisao.uol.com.br/noticias/redacao/2015/09/20/rapper-emicida-critica-racismo-no-brasil-taxi-nao-para-mas-viatura-para.htm>> Acessado em 13 jun. 2021.

RESENDE, Viviane de Melo; RAMALHO, Viviane. **Análise de discurso crítica**. 2ed., 2ª reimpressão. São Paulo, SP: Contexto, 2017.

SIQUEIRA, Gustavo Silveira. **Pequeno Manual de Metodologia da Pesquisa Jurídica: ou roteiro de pesquisa para estudantes de Direito**. Belo Horizonte, MG: Instituto Pazes, 2020.

RECONHECIMENTO DE PESSOAS E SELETIVIDADE PUNITIVA NO BRASIL

APORTES PARA UM DEBATE

RECONOCIMIENTO DE PERSONAS Y SELECTIVIDAD PUNITIVA EN BRASIL:
CONTRIBUCIONES A UN DEBATE

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth¹ e Marcus Alan de Melo Gomes²

Resumo: O artigo analisa a temática do reconhecimento de pessoas no âmbito penal no Brasil sob a perspectiva da seletividade punitiva e do racismo estrutural. A partir de estatísticas que apontam para a confluência do perfil das vítimas de violência e da clientela preferencial do sistema carcerário nacional na figura do *homem, jovem, pobre e negro*, o estudo procura compreender o impacto do racismo estrutural no procedimento de reconhecimento de pessoas, a partir de dados já produzidos acerca do tema no país. Ao final, o texto avalia o conteúdo das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos Habeas Corpus nº 598.886/SC e nº 652.284/SC como *standards* com potencial para mitigar esses efeitos, por meio da observância rigorosa do procedimento estabelecido no art. 226 do Código de Processo Penal, considerando como garantia do acusado.

Palavras-chave: Reconhecimento de pessoas. Seletividade punitiva. Racismo Estrutural. Garantias processuais penais.

Resumen: El artículo analiza la cuestión del reconocimiento de personas en el ámbito penal en Brasil desde la perspectiva de la selectividad punitiva y el racismo estructural. A partir de

.....

1 Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal e Bacharel em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ). Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito – Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos – da UNIJUÍ. Professor do Curso de Graduação em Direito da UNIJUÍ. Pesquisador Gaúcho da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul (FAPERGS). Líder do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos, certificado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Membro da Rede Brasileira de Pesquisa Jurídica em Direitos Humanos. Coordenador do Projeto PROCAD/CAPES “Rede de cooperação acadêmica e pesquisa: eficiência, efetividade e economicidade nas políticas de segurança pública com utilização de serviços de monitoração eletrônica e integração de bancos de dados”.

2 Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor associado de Direito Processual Penal da Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor do Programa de Pós-graduação em Direito e do Programa de Pós-graduação em Segurança Pública da UFPA. Membro do Grupo de Investigação “Direito Penal e Criminologia” do Centro de Estudos Jurídicos, Econômicos e Ambientais (CEJEA) da Universidade Lusíada do Porto (Portugal). Pesquisador do Projeto PROCAD/CAPES “Rede de cooperação acadêmica e pesquisa: eficiência, efetividade e economicidade nas políticas de segurança pública com utilização de serviços de monitoração eletrônica e integração de bancos de dados”. Juiz de Direito em Belém-PA.

estadísticas que apuntan a la confluencia del perfil de las víctimas de violencia y la clientela preferencial del sistema penitenciario nacional en la figura del hombre, joven, pobre y negro, el estudio busca comprender el impacto del racismo estructural en el procedimiento de reconocimiento de personas, a partir de datos ya producidos sobre el tema en el país. Al final, el texto evalúa el contenido de las sentencias dictadas por el Superior Tribunal de Justicia en la sentencia de Habeas Corpus n° 598.886/SC y n° 652.284/SC como decisiones con potencial para mitigar estos efectos, mediante la estricta observancia de lo procedimiento establecido en el art. 226 del Código Procesal Penal, considerándolo como una garantía para el imputado.

Palabras clave: Reconocimiento de personas. Selectividad punitiva. Racismo estructural. Garantías procesales penales.

INTRODUÇÃO

Caso 1: Vinícius Romão de Souza, 26 anos, ator e vendedor. Preso após ter sido acusado de roubo, permaneceu 16 dias na Cadeia Pública de São Gonçalo, na região metropolitana do Rio de Janeiro. A soltura aconteceu em decorrência da concessão de ordem de Habeas Corpus pela 33ª Vara Criminal do Rio de Janeiro, após a vítima do roubo afirmar, em novo depoimento, que se enganara ao fazer o reconhecimento do suposto criminoso. Nenhum pertence da vítima foi encontrado com o ator por ocasião da prisão³.

Caso 2: Luiz Carlos Justino, 24 anos, músico. Preso em setembro de 2017 por assalto a mão armada após ter sido reconhecido pela vítima em um álbum fotográfico de uma delegacia de polícia em Niterói-RJ. Mesmo sem ter passagem pela polícia, Luiz Carlos passou cinco dias preso em decorrência da acusação, sendo absolvido sumariamente por insuficiência de provas após intensa campanha de familiares e amigos contra a prisão⁴.

Caso 3: Douglas Moreira, 26 anos, auxiliar de serviços gerais. Preso em 2014 sob acusação de roubo de um veículo em Nova Iguaçu, na Baixada Fluminense. Uma foto de seu perfil no *Facebook* foi apresentada à vítima que, equivocadamente, o reconheceu como autor do crime. Ele permaneceu 30 dias preso junto ao Complexo Penitenciário de Gericinó, na Zona Oeste. Após ter sido inocentado, sua fotografia permaneceu no banco de imagens da polícia, o que o levou a ser preso, novamente, em 2015, por tentativa de

.....

3 Notícia sobre o caso pode ser acessada em: <<https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2014/02/ator-presos-por-engano-e-solto-no-rj-depois-de-passar-16-dias-na-cadeia.html>>. Acesso em: 28 maio 2022.

4 Notícia sobre o caso pode ser acessada em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/06/10/justica-do-rj-absolve-musico-que-foi-presos-por-engano-por-assalto-a-mao-armada.ghml>>. Acesso em: 28 maio 2022.

homicídio contra policiais, quando ficou detido injustamente por quase dois meses. Durante o período em que esteve preso pela segunda vez, Douglas prestava concurso para a polícia militar do Rio, restando impedido de avançar para as etapas finais do certame. Atualmente, ele trabalha como motorista de aplicativo⁵.

Os três casos selecionados – dentre outros tantos congêneres – para iniciar a reflexão proposta neste estudo, retratam situações de reconhecimento equivocado de acusados por vítimas em sede inquisitorial ou processual penal que implicaram, por consequência, privação injusta de liberdade. Todos os episódios narrados envolvem o mesmo perfil de “suspeitos”: são *homens, jovens, pobres e negros*.

Esses traços comuns evidenciam a influência do racismo estrutural que marca a sociedade brasileira nas práticas punitivas, o qual pode ser compreendido como base fundante de uma política criminal que tem na população negra pauperizada do país seu alvo principal. No âmbito dos inquéritos policiais e processos criminais, o procedimento de reconhecimento de pessoas, conforme análise que será empreendida neste artigo, configura-se como um *locus* no qual essa influência torna-se cada vez mais evidente, a justificar um olhar atento ao assunto.

Nesse sentido, propõe-se uma reflexão acerca da imbricação entre o racismo estrutural e o reconhecimento de pessoas no âmbito penal, avaliando-se as recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema, a balizar a fixação de *standards* importantes – com supedâneo na leitura do artigo 226 do Código de Processo Penal (CPP) – para reduzir situações de condenações lastreadas em reconhecimentos influenciados por estereótipos.

RACISMO ESTRUTURAL E SEU IMPACTO NAS ESTATÍSTICAS PENAIS NO BRASIL CONTEMPORÂNEO

Quando se analisam as estatísticas relacionadas à vulnerabilidade, à violência no Brasil, bem como os números relacionados à atuação do sistema punitivo nacional, a “democracia racial”, que supostamente vigora no país, mostra-se bastante distante da realidade concreta, conforme denúncia que já encontra na obra de Florestan Fernandes (1965) um contraponto bastante contundente à perspectiva esposada por Gilberto Freyre (2002), a evidenciar, como propõe Lilia Schwarcz (2019, p. 20-21), que a ideia de “fusão de raças” e “democracia racial”,

.....
5 Notícia sobre o caso pode ser acessada em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2020/09/20/vida-travada-presos-com-base-em-foto-inocente-fica-ate-3-anos-na-cadeia.htm>>. Acesso em: 29 maio 2022.

no Brasil, cumpre com um papel de “mito fundante”, cujo objetivo era “produzir nos cidadãos o sentimento de pertencer a uma comunidade única, a qual permaneceria para sempre inalterada.” Para a referida autora, a construção de uma “história oficial” desempenha uma função estratégica nas políticas do Estado, na medida em que permite engrandecer certos eventos e suavizar “problemas que a nação vivenciou no passado, mas prefere esquecer, e cujas raízes ainda encontram repercussão no tempo presente.” Nesse sentido, a democracia racial, enquanto “mito fundante”, serviu como discurso oficial de ocultação das violências perpetradas contra a população escrava e seus espólios em solo brasileiro.

Quando se perscruta a realidade, percebe-se o quanto a escravidão moldou a sociedade brasileira, formatando condutas, arquitetando espaços urbanos alicerçados em uma lógica de diferença/exclusão e definindo desigualdades sociais, ao fazer da raça e da cor “marcadores de diferença fundamentais”, além de ordenar “etiquetas de mando e obediência”, criando “uma sociedade condicionada pelo paternalismo e por uma hierarquia muito estrita.” (SCHWARCZ, 2019, p. 27-28). Em outras palavras, Jessé Souza (2017, p. 9) refere-se à criação, no Brasil, de uma sociabilidade alicerçada em “uma singularidade excludente e perversa”, a partir da qual o preconceito racial contra a população brasileira afrodescendente não deve jamais ser visto como um episódio isolado, senão como um *continuum* histórico que ratifica a tese benjaminiana (2012) sobre o conceito de história.

Com efeito, desde a abolição da escravidão, em 1888⁶, as demandas de cunho social da população liberta seguem desacompanhadas de políticas públicas estatais. Nesse contexto, livres, porém sem assistência do Estado, essas pessoas foram automaticamente “posicionadas” em patamares de subalternidade e marginalização, de modo que o preconceito racial vai se transformando, paulatinamente, em um fator de *legitimação* da violência contra negros, sobretudo em se tratando de negros pobres.

De acordo com Octavio Ianni (1972, p. 49-50), “o negro cidadão não é o negro escravo transformado em trabalhador livre. O negro cidadão é apenas o negro que não é mais juridicamente escravo”, o que significa que “ele foi posto na condição de trabalhador livre, mas nem é aceito plenamente ao lado de outros trabalhadores livres, brancos, nem ainda se modificou substancialmente em seu ser social original”. Assim, trata-se “do escravo que ganhou a liberdade de não ter segurança; nem econômica, nem social, nem psíquica.”

.....

6 A Lei de 13 de maio de 1888 representou, na visão de Schwarcz (2019, p. 30), “uma solução de compromisso”, na medida em que “não ressarcia os senhores, que esperavam receber indenização do Estado por suas ‘perdas’”, mas da mesma forma “não previu nenhuma forma de integração das populações recém-libertas, inaugurando um período chamado de pós-emancipação, que teve data para começar mas não para terminar.” Negligenciados, os espólios da escravidão instalaram-se em locais precários, sem acesso à educação ou aos bens culturais – o que ainda é muito atual no cenário urbano brasileiro, marcado por cinturões de pobreza incommensuráveis.

Conforma-se, assim, uma sociedade pautada por uma concepção de racismo que ultrapassa a dimensão meramente *individualista* – de caráter psicológico individual ou coletivo – ou *institucional* – resultante do funcionamento das instituições que conferem, ainda que de maneira indireta, vantagens e privilégios com base na raça –, assumindo uma dimensão *estrutural*, ou seja, manifestando-se como decorrência da estruturação de uma determinada sociedade que, como a brasileira, normaliza e concebe como verdadeiros padrões e regras alicerçados em princípios discriminatórios de raça. Trata-se de uma concepção de racismo que integra um processo social, histórico e político responsável pela elaboração de mecanismos para que pessoas ou grupos sejam discriminados de maneira sistemática (ALMEIDA, 2021).

Na atualidade, dados estatísticos e corriqueiras divulgações midiáticas permitem afirmar que as vidas negras seguem aprisionadas nesse contexto. A violência contra negros, sobretudo a institucionalizada, desponta como um fator a ser explorado com a devida atenção. Segundo dados oriundos do site Nações Unidas Brasil (2018), sete em cada dez pessoas assassinadas no país são negras. Do mesmo modo, o racismo estrutural configura uma chave de compreensão para os dados apresentados pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, no Relatório Atlas da Violência relativo ao ano de 2018, os quais apontam que “71,5% das pessoas assassinadas a cada ano no país são pretas ou pardas.” (IPEA, 2018). Da mesma forma, o racismo estrutural ecoa no Índice de Vulnerabilidade Juvenil à Violência e Desigualdade Racial, o qual aponta que um jovem negro, no Brasil, apresenta chances de ser vítima de homicídio, em média, 2,5 vezes superior às chances de um jovem branco (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2017).

Esses dados são ratificados por pesquisa recentemente divulgada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública. De acordo com o relatório denominado “Anuário Brasileiro de Segurança Pública”, no ano de 2020 foram mortas, de modo violento e intencional, no país, 50.033 pessoas, o que representou um crescimento de 4% em relação aos números correspondentes ao ano anterior. No que diz respeito à cor da pele das vítimas, o relatório aponta que, do total das vítimas de homicídio, 76,2% são negras. Ainda de acordo com o Anuário, do total de mortes violentas apuradas no ano de 2020, 6.416 foram ocasionadas pela intervenção das polícias civil/militar, o que representou um aumento de 0,3% em relação ao número apurado no ano anterior⁷. Quanto ao perfil das pessoas vitimadas pelas polícias, o Relatório aponta que elas são, majoritariamente, homens (98,4%), jovens (76,2%) e negros (78,9%) (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2021).

.....

7 Entre os anos de 2009 e 2016, 21.892 pessoas perderam a vida em decorrência da atuação policial no Brasil (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2017).

Essas estatísticas colocam o Brasil no *ranking* das polícias que mais produzem mortes em sua atuação cotidiana no âmbito latino-americano, juntamente com a Colômbia (onde a polícia é responsável por 1,5% do total de homicídios), El Salvador (país no qual a polícia é responsável por 10,8% do total de homicídios, o qual, por sua vez, é 118% superior ao número de assassinatos do Brasil) e Venezuela (onde as forças policiais são responsáveis por 25,8% dos homicídios) (BUENO; MARQUES; PACHECO; NASCIMENTO, 2019).

A seletividade racial também repercute no número de pessoas negras presas no país. O Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Período de Janeiro a Junho de 2020 – indica que existem 702.069⁸ pessoas privadas de liberdade no Brasil. Essa cifra é inferior somente em relação ao número de custodiados nos Estados Unidos da América (EUA) e na China, que contabilizam, respectivamente, em torno de 2 e 1,6 milhões de reclusos. O perfil do segregado é um elemento importante a ser analisado – o que é viabilizado a partir dos dados produzidos pelas estatísticas oficiais: 97,01% da população carcerária é composta por homens; 41,91% são pessoas jovens; 66,31% são pardos e pretos; 60,65% têm ensino fundamental incompleto; 71,04% das incidências de infrações criminais são atinentes ao patrimônio e às drogas (BRASIL, 2021).

Tais dados apontam para o fato de que, seguindo uma tradição que tem origem no sistema escravocrata e que ganha contornos ainda mais evidentes na contemporaneidade, a população negra é a população que mais tem sofrido com a violência no Brasil e, reflexivamente, tem sido um alvo privilegiado quando da atuação das agências que integram o sistema punitivo brasileiro.

Isso permite concluir que a escravidão e a violência que a ela subjaz moldou o *modus operandi* das instituições brasileiras responsáveis pelo tema da segurança pública, direcionando seus alvos para aqueles estratos que representaram, ao longo da história, algum tipo de “risco” para aqueles que ocupam espaços privilegiados de poder (WERMUTH, 2018). Mesmo que o racismo não seja mais aceito como teoria científica, é possível observar que ele “continua plenamente atuante, enquanto ideologia social, na poderosa ‘teoria do senso comum’, aquela que age perversamente no silêncio e na convivência do dia a dia” (SCHWARCZ, 2019, p. 35). Nesse sentido, o racismo pode ser compreendido como base fundante de uma política criminal direcionada à população negra pauperizada do país, a qual também produz efeitos, no âmbito dos inquéritos policiais e processos criminais, no reconhecimento de pessoas, conforme análise que será empreendida na sequência.

.....

8 O referido número abarca os 23.563 reclusos do Patronato Central de Curitiba/PR onde não há estrutura física à custódia (BRASIL, 2021).

O RECONHECIMENTO DE PESSOAS EM UM CONTEXTO DE RACISMO ESTRUTURAL

O racismo estrutural repercute no modo como a população negra é representada, inclusive, nos meios de comunicação. Há poucos anos que as mulheres negras deixaram de ocupar papéis subalternizados nas grandes produções televisivas nacionais, mas ainda são poucas as protagonistas. Quanto aos homens, ainda é bastante destacada a representação do negro como “bandido”. O “bandido” da novela é preto. O “bandido” do filme mais assistido no país é preto. O “bandido” estampado nas notícias dos (tele)jornais é preto. Todos são pobres.

O impacto desse fenômeno na elaboração de um imaginário coletivo sobre a posição social do negro é determinante. Não se pode perder de vista que nos países onde a democracia política formal se desenvolveu a ponto de a conjuntura constitucional assegurar minimamente a liberdade de informação, os *mass media* (ainda) constituem a grande referência na construção da realidade das pessoas. A agenda pública é definida pelo conteúdo de matérias jornalísticas, de programas de entretenimento e de todas as produções midiáticas que, conjuntamente, moldam uma certa ideologia do consenso e sedimentam valores, opiniões e preconceções representativas do pensamento e dos interesses de determinados estratos sociais economicamente dominantes. Assim, o que se convencionou designar de *opinião pública* frequentemente não passa de uma opinião bem privada que, difundida de maneira expansiva, alcança ascendência sobre qualquer argumento contrário até se converter em *vox populi*, unicamente em virtude de “sua inculcação prévia através dos meio de comunicação” (BLÁZQUEZ, p. 33).

Desse modo, é inegável que os estereótipos em torno do negro no Brasil encontram explicação no próprio processo histórico do país marcado pela sua condição colonial que moldou uma sociedade secularmente comprometida com o patrimonialismo escravocrata e latifundiário (capitanias hereditárias).

A equiparação equivocada entre negritude, pobreza e criminalidade nas produções televisivas e nos meios de comunicação tradicionais ganha, em tempos de comunicação em rede, novos contornos. No relatório de pesquisa intitulado “Mídia, Sistema de Justiça Criminal e Encarceramento: narrativas compartilhadas e influências recíprocas”, o Centro Brasileiro de Análise e Planejamento – Cebrap (2021) destaca que, diante de um universo de informações disponíveis de modo gratuito nas redes, as mídias tradicionais também passaram a produzir materiais jornalísticos focados na captação da atenção do usuário, veiculando manchetes pouco vinculadas ao conteúdo da matéria, que reforçam estereó-

tipos de violência de raça e gênero, e que se utilizam, muitas vezes, do humor de pouca qualidade para noticiar fatos criminosos como forma de chamar atenção do público.

Ainda de acordo com o relatório mencionado, as notícias sobre crime/criminalidade no Brasil tendem, dentre outras características destacadas, a evidenciar uma “predominância da polícia como ator retratado, padrão que se repete, inclusive, em imagens ilustrativas, reforçando a centralidade da instituição policial como imaginário visual da persecução penal.” (CEBRAP, 2021, p. 352). Outra nota característica da atuação midiática relacionada à criminalidade é “a possibilidade de identificação do acusado (e, conseqüentemente, de seu reconhecimento)”, que se destaca como “uma das principais características das matérias que utilizam imagens ou vídeos”, fato que “reforça a importância do elemento visual na exibição midiática para o reconhecimento do acusado.” (CEBRAP, 2021, p. 351).

Sobre a temática do reconhecimento, o estudo sob análise salienta que em 60% dos casos analisados, “o reconhecimento pessoal, que teve como ponto de partida a exibição realizada pela mídia, foi a única prova no processo”, sendo que “o reconhecimento surgiu em 36% dos casos em que há condenação”. Em proporção inversa, o estudo aponta que “houve condenação em 86% dos casos de reconhecimento.” (CEBRAP, 2021, p. 365). Nesse sentido, o relatório destaca duas hipóteses:

[...] a mídia influencia o sistema de Justiça (hipótese 1) quando um processo penal é instaurado a partir de um reconhecimento que foi feito com base em matéria jornalística. De outro, o sistema de Justiça influencia mídia (hipótese 2) no próprio fornecimento de informações para as matérias divulgadas, afinal são policiais, promotores e promotoras, magistrados e magistradas e as próprias vítimas as principais fontes ouvidas pelas notícias. Houve inclusive sentenças que mencionaram o fato de a polícia ter divulgado imagens de circuitos e câmeras de segurança na mídia como estratégia de investigação e identificação de suspeito. (CEBRAP, 2021, p. 364-365).

O fato é que abundam os casos de erros em situações de reconhecimento de pessoas no país – conforme atestam os casos abordados na introdução. O estudo realizado pela Diretoria de Estudos e Pesquisas de Acesso à Justiça da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (2021), em âmbito nacional, em processos criminais iniciados entre 2012 e 2020, aponta para o dado segundo o qual em 60% dos casos de reconhecimento fotográfico equivocado em sede policial houve a decretação da prisão preventiva, com tempo médio de prisão de 281 dias. Entre os 32 acusados, dos 28 processos analisados no estudo, apenas 2 eram brancos (17%), sendo o restante negros (83%). Os casos analisados abrangem situações em que, por exemplo, as vítimas afirmam não ter condições de realizar um reconhecimento porque o local do crime estava escuro, contudo realizam

o reconhecimento fotográfico em sede policial, inclusive depois de transcorridos, em um dos casos, dois meses do fato. Outro caso destacado no relatório refere-se ao reconhecimento fotográfico realizado a partir do documento de identidade (RG) do suposto autor que, em juízo, não foi reconhecido pela vítima. Em outro caso destacado no estudo, um policial militar mostrou para vítima a fotografia de um suspeito que, segundo ele, operava do mesmo modo na região, sugerindo, portanto, um acusado para a vítima.

No contexto dos Estados Unidos, o *Innocence Project* – gerido por uma organização sem fins lucrativos independente ligada à Escola de Direito Benjamin N. Cardozo e que hoje se disseminou por várias Universidades norte-americanas e de outros países, incluindo o Brasil⁹ – tem utilizado testes de DNA com o propósito de provar a inocência de pessoas definitivamente condenadas. De acordo com dados do projeto, os reconhecimentos pessoais equivocados são a causa dos erros judiciais em 69% dos casos nos quais houve a revisão das condenações após a realização do exame genético (INNOCENCE PROJECT, 2022).

Referidos dados, somados ao contexto delineado no tópico precedente, indicam para a necessidade de fixação de parâmetros sólidos com o escopo de mitigar situações de condenações injustas decorrentes do reconhecimento de pessoas. Na sequência, o estudo analisa dois julgados paradigmáticos acerca do tema proferidos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, os quais estabelecem diretrizes importantes a respeito do tema.

O PROCEDIMENTO DE RECONHECIMENTO DE PESSOAS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: O ART. 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COMO GARANTIA

O contexto de seletividade punitiva que historicamente marca a atuação do sistema penal brasileiro – consoante análise empreendida na seção 2 – produz situações nas quais os estereótipos do “criminoso”, invariavelmente relacionados à cor da pele e à condição social do acusado – conforme abordagem realizada na seção 3 – influenciam o procedimento processual penal de reconhecimento de pessoas, produzindo condenações lastreadas em erros e, conseqüentemente, injustas. Considerando esse cenário, recentes decisões proferidas pela Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça determinam a observância das garantias mínimas previstas no art. 226 do CPP para a realização

.....
9 Para maiores informações sobre o Projeto, consultar: Loureço; Silva, 2021.

do reconhecimento de pessoas, de modo a se evitar a condenação de inocentes. Trata-se do Habeas Corpus nº 598.886/SC, de relatoria do Ministro Rogério Schietti, e do Habeas Corpus nº 652.284/SC, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, os quais serão analisados, nesta seção, em seus fundamentos.

O primeiro julgado (Habeas Corpus nº 598.886/SC) refere-se a um caso no qual os pacientes alegaram ser vítimas de coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina ao conhecer parcialmente Apelação Criminal contra eles, condenando, cada um, à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais multa, como incursos no art. 157, § 2º, II, do Código Penal (CP). Conforme a defesa, um dos pacientes foi condenado, exclusivamente, com base em reconhecimento fotográfico extrajudicial realizado pelas vítimas, não corroborado por outros elementos probatórios¹⁰, a justificar a sua absolvição.

Em seu voto, o Ministro Relator asseverou, no tocante ao reconhecimento de pessoas e coisas, que o art. 226 do CPP

[...] estabelece que o ato deverá ocorrer da seguinte forma: a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever o indivíduo que deva ser reconhecido (art. 226, I); a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la (art. 226, II); se houver razão para recear que a pessoa chamada para realizar o ato, por intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa a ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela (art. 226, III); do ato de reconhecimento lavrar-se-á termo pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais (art. 226, IV). (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2020, p. 18).

Nesse contexto, o Ministro entendeu que, no caso analisado, não houve cuidado com a observância do procedimento para o reconhecimento formal do primeiro paciente, o que acarreta a “nulidade de tal elemento informativo e, por conseguinte, de sua invalidade para amparar juízo de condenação” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2020, p. 19). Quanto ao valor probatório do reconhecimento de pessoas na jurisprudência do STJ, o Ministro destacou que o reconhecimento fotográfico, em fase de inquérito policial, constitui meio “apto para identificar o réu e fixar a autoria delitiva somente quando observadas as for-

.....
10 Observa que, “no caso específico dos autos, as vítimas relataram que teriam indicado o autor do assalto com altura de 1,70 m, sendo que o Paciente [...] possui 1,95 m de altura, ou seja, 25 centímetros a mais do que o afirmado pelas vítimas.” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2020, p. 8).

malidades legais e corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2020, p. 19).

A necessidade de observância do rito formal previsto em lei, bem como de que o reconhecimento seja corroborado por outras provas colhidas na fase judicial decorre, segundo o julgador, de “um fato certo e incontornável: a falibilidade da memória humana”, salientando que o reconhecimento nada mais é do que “um juízo psicológico de identidade estabelecido por alguém, mediante método comparativo entre uma percepção presente e outra ocorrida ou vivida no passado.” Tal mecanismo, no entanto, não é isento de erros, podendo ocorrer o que a ciência denomina como “falsas memórias”, as quais podem dizer respeito a distorções nas lembranças, recordações de coisas que não ocorreram ou de lugares jamais vistos, possibilidade de inserção de interpretações ou inferências sobre as situações, além da “convergência de lembranças verdadeiras e de sugestões vindas de outras pessoas”. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2020, p. 23-24).

Em razão disso, o Ministro destaca a necessidade de reserva na avaliação do valor probatório do reconhecimento, devido ao seu “alto grau de subjetividade e de falibilidade” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2020, p. 26), sendo que o reconhecimento equivocado – a exemplo dos casos abordados na introdução – “tem sido uma das principais causas de erro judiciário, com a consequência – deletéria e muitas vezes irreversível, diga-se – de levar pessoas inocentes à prisão”, fazendo menção ao *Innocence Project*, no contexto estadunidense, e a alguns casos emblemáticos envolvendo o assunto em solo brasileiro (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2020, p. 26-27).

O Ministro tratou, ainda, da seletividade do sistema penal, ressaltando o relatório apresentado, em 2020, pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro – já mencionado no tópico precedente –, o qual apontou que “53 pessoas foram acusadas com base em reconhecimento fotográfico falho ao longo dos últimos seis anos”, tendo em comum o fato de “o(a) acusado(a) haver sido reconhecido(a) por meio fotográfico na fase inquisitiva”. Sobre o relatório em questão, o Ministro destacou que, “quanto à cor da pele, apenas 20% dos indivíduos eram brancos [...], o que sugere algo até intuitivo, o racismo estrutural.” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2020, p. 30-31).

Em análise ao caso concreto objeto do Habeas Corpus nº 598.886/SC, o Ministro salientou que, em relação ao primeiro paciente, houve falhas no procedimento de reconhecimento fotográfico, compreendendo que o caso versado se ajusta “plenamente aos relatos das falhas e das inconsistências do reconhecimento fotográfico anteriormente mencionados”, na medida em que, além disso, a autoridade judiciária “se contentou” apenas com a prova “frágil e eivada de vícios” ao formular o juízo de culpabilidade (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2020, p. 32).

De acordo com o Ministro, “a polícia não realizou nenhuma medida para tentar fazer um reconhecimento fotográfico nos moldes do art. 226 do CPP.” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2020, p. 35). Nesse sentido, destacou que não se trata de

negar a validade integral do depoimento das vítimas; mas sim, de negar validade à condenação baseada em elemento informativo colhido em total desacordo com as regras probatórias e nem sequer confirmado em Juízo mediante exibição de novas fotos aos sujeitos passivos do crime, distante, portanto, da possibilidade de refutação pelo exercício do contraditório das partes. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2020, p. 37).

Diante desse contexto, o Ministro elenca os requisitos mínimos para a validade do reconhecimento de pessoas, nos termos do art. 226 do Código de Processo Penal, salientando a necessidade de revisão da interpretação do dispositivo como “mera recomendação” – conforme entendimento da jurisprudência de parte dos Tribunais pátrios –, salientando a necessidade de que o descumprimento dos requisitos formais previstos no referido dispositivo legal ensejem a nulidade da prova.

No entendimento do Ministro,

[...] ao mover a ação penal pública, como parte acusadora, o órgão do Ministério Público não se despe do dever de fiscalizar e, mais do que isso, respeitar as liberdades públicas, eis que, por serem elas indisponíveis e por comporem a ideia de uma ordem jurídica sedimentada em um regime democrático, reclamam a tutela do próprio Ministério Público.

Este Superior Tribunal de Justiça, a seu turno, ao conferir nova e adequada interpretação do art. 226 do CPP, sinaliza, para toda a magistratura e todos os órgãos de segurança nacional, que soluções similares à que serviu de motivo para esta impetração não devem, futuramente, ser reproduzidas em julgados penais.

Mais ainda, é preciso que se determine, doravante, a invalidade de qualquer reconhecimento formal – pessoal ou fotográfico – que não siga estritamente o que determina o art. 226 do CPP, sob pena de continuar-se a gerar uma instabilidade e insegurança de sentenças judiciais que, sob o pretexto de que outras provas produzidas em apoio a tal ato – todas, porém, derivadas de um reconhecimento desconforme ao modelo normativo – autorizariam a condenação, potencializando, assim, o concreto risco de graves erros judiciários. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2020, p. 46-47).

À título de conclusões, o Ministro asseverou:

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 mera 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. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2020, p. 51).

Diante do arrazoado ora analisado, o Ministro Relator concedeu a ordem para ratificar a liminar que determina a expedição imediata de alvará de soltura em favor do primeiro paciente. Os demais Ministros da Sexta Turma seguiram os termos do voto do Relator, concedendo, por unanimidade, a ordem de habeas corpus pleiteada.

O segundo julgado analisado foi proferido no HC nº 652.284/SC impetrado pela Defensoria Pública contra um acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina no julgamento de Apelação Criminal. O paciente havia sido condenado, em 2017, à pena de quatro anos e oito meses de reclusão e onze dias-multa, em regime semiaberto, com direito a recorrer em liberdade, pela prática de roubo. O paciente interpôs apelação, buscando absolvição por ausência de provas, aplicando o princípio *in dubio pro reo*. Em 2020, a Segunda Câmara Criminal do TJSC, por unanimidade, negou provimento ao recurso e, de ofício, afastou a valoração da circunstância judicial da personalidade, fixando a pena privativa de liberdade em quatro anos de reclusão e multa, mantendo os demais termos da sentença. Contra o acórdão proferido, a Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina opôs embargos de declaração, entendendo haver omissão indireta por parte da Corte ao não verificar, de ofício, a nulidade do reconhecimento realizado pela vítima, baseando-se no julgado da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no HC nº 598.886/SC. Pleiteou-se, portanto, a nulidade do ato e a absolvição do embargante por inexistência de prova autônoma produzida judicialmente.

Em dezembro do mesmo ano, o TJSC, através da Segunda Câmara Criminal, rejeitou os embargos de declaração, asseverando inexistência de omissão, precedentes do STJ e da própria Câmara sobre o assunto, inexistência de constrangimento ilegal, além de considerar incabível a concessão de *habeas corpus* de ofício. Nesse contexto, impetrou-se o *Habeas Corpus* ora analisado, o qual, segundo o Ministro Relator, é substitutivo de recurso próprio e no qual a Defensoria Pública insistiria na nulidade da condenação, devido ao fato de a autoria delitiva ter por base apenas:

(a) reconhecimento fotográfico, realizado em sede policial, no qual não foram apresentadas fotos de outras pessoas com características semelhantes e a vítima afirmou ter dúvida quanto à identificação do réu como o autor do delito, assim como filmagem (com imagens de depoimento do “suspeito” colhidas em outro processo), e (b) reconhecimento pessoal realizado um ano após o fato pela mesma vítima na delegacia. A vítima confirmou o ato de reconhecimento na audiência de instrução. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2021, p. 3).

A defesa também alegou que, mesmo que tenha havido reconhecimento do acusado pela vítima, não teria sido respeitado o disposto no art. 226 do CPP, além da existência de “elevada carga de indução/sugestionamento, que teve origem na dúvida manifestada no primeiro reconhecimento fotográfico e teria sido reforçada pela apresentação de filmagem à vítima”, em que o réu teria sido “identificado como suspeito do cometimento de delito em outro processo”. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2021, p. 3). Nesse sentido, a defesa postulou a aplicação de entendimento estabelecido no Habeas Corpus nº 598.886/SC, pedindo a suspensão liminar dos efeitos da condenação até o julgamento definitivo, bem como, no mérito, a concessão de ordem para absolver o paciente da imputação do crime de roubo.

O Ministro Relator indeferiu a liminar. Ademais, de acordo com ele, ao pedir-se a manifestação do órgão do Ministério Público Federal que atua na Corte, opinou-se pelo “não reconhecimento do writ”, alegando-se não cabimento de habeas substitutivo de recurso, salvo em casos de “flagrante ilegalidade no ato judicial”, além de utilização de acórdãos para firmar o entendimento no sentido de que “o remédio do habeas corpus não se presta para a apreciação de alegações que buscam a absolvição do paciente” e que “a validade do reconhecimento do autor de infração não está obrigatoriamente vinculada à regra contida no art. 226 do Código de Processo Penal”, dado que este veicularia “meras recomendações à realização do procedimento, mormente na hipótese em que a condenação se amparou em outras provas colhidas sob o crivo do contraditório”. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2021, p. 4).

Quanto ao reconhecimento fotográfico e pessoal, de acordo com o disposto pelo Ministro Relator, a jurisprudência da Corte

[...] vinha entendendo que a eventual inobservância das formalidades previstas no artigo 226 do Código de Processo Penal para o reconhecimento não é causa de nulidade, uma vez que não se trata de exigências, mas de meras recomendações a serem observadas na implementação da medida. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2021, p. 6).

Compreendia-se que o reconhecimento de acusado por fotografia em sede policial, quando ratificado em juízo e sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, poderia constituir “meio de prova apto a fundamentar até mesmo uma condenação” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2021, p. 6). Todavia, tal posição jurisprudencial, que era majoritária, foi rompida pela Sexta Turma da mesma Corte, ao julgar o HC nº 598.886/SC, quando se propôs “nova interpretação do art. 226 do CPP”, de acordo com a qual “a inobservância do procedimento descrito no mencionado dispositivo legal torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2021, p. 6-7).

O Ministro Relator destacou pontos que considerou relevantes do julgado acima descrito, considerando que a tese, ao final fixada, abarcou os seguintes aspectos:

1 – Tanto o reconhecimento fotográfico quanto o reconhecimento presencial de pessoas efetuados em sede inquisitorial devem seguir os procedimentos descritos no art. 226 do CPP, observada a ressalva, contida no inciso II do mencionado dispositivo legal, de que 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.

2 – O reconhecimento fotográfico constitui prova inicial que deve ser referendada por reconhecimento presencial do suspeito e, ainda que o reconhecimento fotográfico seja confirmado em juízo, não pode ele servir como prova isolada e única da autoria do delito, devendo ser corroborado por outras provas independentes e idôneas produzidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

3 – O reconhecimento de pessoas em juízo também deve seguir o rito do art. 226 do CPP.

4 – A inobservância injustificada do procedimento previsto no art. 226 do CPP enseja a nulidade da prova e, portanto, não pode servir de lastro para a condenação do réu, ainda que confirmado, em juízo, o reconhecimento realizado na fase inquisitorial, a menos que outras provas, por si mesmas, conduzam o magistrado a convencer-se acerca da autoria delitiva. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2021, p. 16-17).

Nessa mesma esfera, o Relator entendeu pertinente destacar que “em consonância com tais teses, em julgamento posterior, a Sexta Turma deste Tribunal Superior reconheceu a validade de reconhecimento fotográfico efetuado em sede inquisitorial por estar ele amparado em outras provas colhidas em juízo” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2021, p. 17). Por conseguinte, o Relator reconheceu as considerações acerca dos fatores passíveis de comprometer a confiabilidade do reconhecimento fotográfico ou presencial de autor de delito, bem como da falibilidade da memória das partes envolvidas, havendo a necessidade de observância dos procedimentos apontados no art. 226 do CPP.

Além disso, o Ministro relembrou decisão monocrática por ele proferida em 2021, na qual verificou contradição entre o reconhecimento fotográfico feito por uma única testemunha em sede policial e seu depoimento sobre os fatos em juízo, de modo que na ocasião, o Ministro concedeu a ordem, de ofício, “para absolver tanto o paciente quanto o corréu do crime a eles imputado” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2021, p. 18).

De fato, o Ministro alinha-se com o reconhecimento da Sexta Turma da mesma Corte, no que diz respeito à necessidade de ratificação do reconhecimento fotográfico por meio de 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, o reconhecimento falho se revelará incapaz de permitir a condenação, como regra objetiva e de critério de prova, sem corroboração independente e idônea do restante do conjunto probatório, produzido na fase judicial. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2021, p. 19).

O Ministro analisou o caso concreto, compreendendo que:

De início, transparece nítido que nem o reconhecimento fotográfico, nem o reconhecimento pessoal observaram os preceitos do art. 226 do CPP, posto que a vítima admite que somente lhe foi mostrada uma única foto antiga do acusado e que, quando efetuou o reconhecimento pessoal, um ano depois, em sede policial, apenas o réu lhe foi apresentado. Como se não bastasse, a descrição do suspeito efetuada pela vítima somente fez referência às roupas que ele usava no momento do delito, à sua tez morena, aos cabelos arrepiados e aos olhos “esbugalhados”, características essas que podem ser comuns a um sem número de pessoas. Não houve menção à altura do autor do delito, eventuais marcas características, peso aproximado, detalhes específicos da face ou do corpo.

Pesa, ainda, contra a confiabilidade da identificação efetuada, o fato de que foi 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. Tal circunstância delineia certo grau de induzimento a uma falsa memória. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2021, p. 21).

O Min. Relator assevera que a foto inicialmente mostrada à vítima em 2002, “é de pessoa bastante diferente da foto da pessoa identificada, em 2011”, contendo características que “não costumam mudar substancialmente no período de 10 anos”, como o formato do nariz, o queixo e o formato da boca, tendo até mesmo o Ministério Público

estadual pedido esclarecimentos sobre isso à autoridade policial (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2021, p. 22).

Ademais, “a imprecisão do reconhecimento fotográfico inicial se confirma quando se verifica que, no curso da instrução probatória, se chegou à conclusão de que o réu havia se identificado com o nome de seu irmão” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2021, p. 22).

Com base nisso, o Min. Relator concluiu que:

Tampouco o reconhecimento pessoal em sede policial pode ser reputado confiável pois, além de ter sido efetuado um ano depois do evento e de ter sido mostrada à vítima apenas o 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.

Diante desse quadro, é forçoso concluir que não há certeza sobre a autoria do delito, fundada unicamente no questionável reconhecimento fotográfico e pessoal feito pela vítima, o que enseja a absolvição do paciente.

Ante o exposto, não conheço do habeas corpus. Concedo, entretanto, a ordem de ofício, para absolver o paciente CLÁUDIO DA SILVA SOUZA da condenação a si imposta na ação penal n. 0024663-27.2011.8.24.0020, com amparo no art. 386, V, do Código de Processo Penal.

Deverá ser expedido alvará de soltura em favor do Paciente, se não estiver detido por outras razões. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2021, p. 23, grifos do original).

O reconhecimento de pessoas é um meio de prova muito particular, uma vez que depende de processos mnemônicos para resgate de informações armazenadas na memória com a finalidade de identificar alguém a quem se imputa a prática de um delito. Diversamente do que se dá com as declarações de testemunhas, o reconhecimento exige um exercício comparativo de memória em que a pessoa é submetida a um estímulo (apresentação de imagens ou de outras pessoas) de modo a evocar uma informação sensorialmente armazenada muitas vezes em circunstâncias de tensão emocional. Assim, a credibilidade do reconhecimento como prova se vê condicionada por fatores que incidem em todas as etapas do processo de memorização (codificação, armazenamento e recuperação), e que podem ser endógenos (v.g., estado anímico da pessoa no momento do fato e do reconhecimento) e exógenos (duração do contato visual, luminosidade, proximidade, etc.).

O Código de Processo Penal, ao estabelecer, em seu art. 226, um procedimento formal para o reconhecimento de pessoas, busca assegurar a confiabilidade dessa prova, no sentido de reduzir ao máximo possível o risco de erros. O descumprimento da forma do ato, quer no reconhecimento pessoal, quer no reconhecimento fotográfico, tende a fra-

gilizar, sem sombra de dúvidas, a credibilidade da prova, pois submete o reconhecedor a estímulos indevidos que interferem na evocação da informação memorizada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das reflexões empreendidas neste estudo, sintetizam-se algumas conclusões:

- 1 – As estatísticas produzidas a respeito da violência no país e do perfil da população carcerária indicam uma prevalência da população jovem, negra e pauperizada na condição de vítimas e de clientela do sistema penal, respectivamente;
- 2 – Tais dados levam a inferir que a escravidão e a violência que a ela subjaz conformam uma sociedade atravessada pelo racismo estrutural, que molda o *modus operandi* das instituições responsáveis pelo tema da segurança pública;
- 3 – Esse *modus operandi*, no âmbito dos inquéritos policiais e processos criminais, produz significativos efeitos no procedimento de reconhecimento de pessoas, os quais são reforçados por estereótipos gerados a partir de um imaginário coletivo sobre a posição social do negro, influenciado pela atuação dos meios de comunicação e mídias sociais, estabelecendo uma equiparação conceitual equivocada entre *pobreza, negritude e criminalidade*;
- 4 – Tal equiparação conceitual equivocada, em sede de reconhecimento de pessoas, pode produzir falsas representações da realidade, culminando em injustas privações de liberdade e, reflexamente, violação ao princípio da dignidade humana;
- 5 – Neste cenário, as decisões recentemente proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos Habeas Corpus nº 598.886/SC e nº 652.284/SC podem ser analisadas como importantes *standards* para mitigar os efeitos do racismo estrutural e da seletividade punitiva sobre o procedimento do reconhecimento de pessoas, por meio da observância rigorosa do rito estabelecido no art. 226 do CPP, que deixa de ser uma “mera recomendação” à autoridade policial/julgador e passa a ser verdadeira garantia do acusado;
- 6 – Como garantia, a inobservância do procedimento previsto no art. 226, CPP, invalida o reconhecimento da pessoa suspeita, de modo que não poderá lastrear eventual condenação, ainda que confirmado o reconhecimento em juízo;
- 7 – O reconhecimento fotográfico deve seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, com a particularidade de que seja compreendido como etapa antecedente ao reconhecimento pessoal, não podendo, *per si*, servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo estrutural**. São Paulo: Jandaíra, 2021.

BENJAMIN, Walter. **Sobre o conceito de história**. Tradução de João Barrento. Belo Horizonte: Autêntica, 2012.

BLÁZQUEZ, Niceto. **Ética e meios de comunicação**. São Paulo: Paulinas, 1999.

BRASIL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias** – Período de Janeiro a Junho de 2020. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>. Acesso em: 21 mar. 2022.

BUENO, Samira; MARQUES, David; PACHECO, Dennis; NASCIMENTO, Talita. Análise da letalidade policial no Brasil. In. FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**, 2019, p. 58-65. Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf. Acesso em: 26 mar. 2022.

CENTRO BRASILEIRO DE ANÁLISE E PLANEJAMENTO (Cebap). **Mídia, sistema de justiça criminal e encarceramento**: narrativas compartilhadas e influências recíprocas. Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Cebap); Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD). Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2021.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Relatório sobre reconhecimento fotográfico em sede policial**. 2021. Disponível em: <https://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/54f8edabb6d0456698a068a65053420c.pdf>. Acesso em: 25 maio 2022.

FERNANDES, Florestan. **A integração do negro na sociedade de classes**. Vol. 1. São Paulo: Dominus; Edusp, 1965.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Índice de Vulnerabilidade Juvenil à Violência e Desigualdade Racial. São Paulo, 2017. Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/10/FBSP_Vulnerabilidade_Juveni_Violencia_Desigualdade_Racial_2017_Relatório.pdf. Acesso em: 26 mar. 2022.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**, 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/07/anuario-2021-completo-v4-bx.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2022.

FREYRE, Gilberto. **Casa grande & senzala**: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. Edição crítica de Guillermo Giucci, Enrique Larreta, Edson Fonseca. Paris: Allca XX, 2002.

IANNI, Octavio. **Raças e classes sociais no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1972.

INNOCENCE PROJECT. **DNA Exonerations in the United States**. 2022. Disponível em: <https://innocenceproject.org/dna-exonerations-in-the-united-states/>. Acesso em: 27 maio 2022.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Atlas da violência 2018**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/180604_atlas_da_violencia_2018.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2022.

LOURENÇO, Aline A.; SILVA, Erick S. C. Considerações sobre as condenações injustas fundamentadas em provas periciais: análise do Innocence Project, do National Registry of Exoneration e mecanismos para redução de erros periciais. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 7, n. 1, 2021. Disponível em: <<https://preprints.scielo.org/index.php/scielo/preprint/download/1825/2926>>. Acesso em: 27 maio 2022.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **No Rio, pesquisadores aponta, que herança da violência colonial contra os negros continua até hoje**. 2018. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/no-rio-pesquisadores-apontam-que-heranca-da-violencia-colonial-contra-os-negros-continua-ate-hoje/>>. Acesso em: 21 maio 2022.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SOUZA, Jessé. **A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato**. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus nº 598.886/SC**. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Julgamento em: 27 de outubro de 2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001796823&dt_publicacao=18/12/2020>. Acesso em: 31 maio 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus nº 652.284/SC**. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Julgamento em: 27 de abril de 2021. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?valor=202100769343>>. Acesso em: 31 maio 2022.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Biopolítica e polícia soberana: a sociedade escravocrata como chave de compreensão da violência e da seletividade punitiva no Brasil. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 23, n. 3, p. 284-309, set./dez. 2018.

A COR DO SUSPEITO

O EFEITO DA RAÇA CRUZADA NA IDENTIFICAÇÃO DE PESSOAS PELO SISTEMA CRIMINAL.

Gustavo Ribeiro Gomes Brito¹ e Luís Eduardo Lopes Serpa Colavolpe²

Resumo: O presente estudo busca promover uma reflexão sobre a incidência do fator raça no procedimento de identificação de suspeitos de práticas criminosas, avaliando as consequências, abordando possíveis causas e apresentando soluções identificadas em estudos científicos realizados sobre o tema em outros países.

Palavras-chave: identificação – suspeitos – raça – injustiça – soluções.

Keywords: *identification – culprits – race – injustice – solutions.*

INTRODUÇÃO

Era uma quarta-feira. A primeira do mês de novembro de 2020. Luiz estava com três amigos quando foi abordado por policiais em uma blitz em Niterói. Ninguém poderia imaginar as trágicas consequências desse episódio na vida do jovem violoncelista.

Luiz Carlos Justino, à época com 23 (vinte e três) anos de idade, e que, desde os 6 (seis) integra a Orquestra de Cordas da Grota de Niterói, no Estado do Rio de Janeiro, naquele momento fora surpreendido com a informação de uma prisão preventiva decretada contra si, por suposta prática de roubo qualificado mediante o uso de arma de fogo e em concurso de pessoas, delito que teria ocorrido no domingo, 5 de novembro de 2017ⁱ.

Os indícios de autoria do decreto prisional consistiam exclusivamente em um reconhecimento fotográfico feito pela vítima do crime em Delegacia e a decisão sustentava a necessidade de garantir a tranquilidade de quem o reconhecera, sem qualquer esclarecimento sobre como teria sido realizado o procedimento.

.....

1 Mestrando em ciências criminais pela PUCRS.

2 Mestrando em administração pública pelo IDP e Professor de Direito Penal e IED na Faculdade Filos, Águas Lindas de Goiás.

Mas, por qual motivo existiria no álbum de suspeitos de uma Delegacia de Polícia a fotografia de um jovem negro, músico, sem qualquer antecedente criminal?

Esse e outros questionamentos chamaram a atenção dos olhares atentos do magistrado André Luiz Nicolitt, durante o plantão do Poder Judiciário no fim de semana. Foram identificadas diversas falhas e fragilidades no reconhecimento fotográfico realizado, o qual estava em total desconformidade com a legislação vigente, as orientações das pesquisas científicas e jurisprudência sobre temaⁱⁱ, conduzindo, assim, a decisão de restituição de liberdade de Luiz Carlos Justino.

A Polícia Civil e o Ministério Público não conseguiram trazer informações sobre a forma de realização do procedimento de identificação de Luiz Carlos Justino, o qual ainda assim foi denunciado por roubo com uso de arma de fogo e em concurso de pessoas. Por outro lado, a defesa comprovou que naquele dia ele estava se apresentando em uma padaria, pois possuía um contrato fixo para tocar violoncelo durante as manhãs de domingo, circunstância que evidenciava a sua ausência de participação e representou o álibi que justificou a sua absolviçãoⁱⁱⁱ.

O caso de Luiz Carlos Justino, apesar das grotescas circunstâncias que demonstram a precariedade do sistema de justiça brasileiro, não representa uma situação isolada, porém algo muito frequente e representa uma das consequências do problemático modelo do procedimento de identificação de suspeitos adotado no Brasil.

Um dos problemas é o chamado *efeito da raça cruzada* (ERC), fenômeno estudado pela psicologia do testemunho há muitas décadas e que consiste em uma falha no registro da memória e sua captação, quando existe uma diferença de raça/etnia entre o reconhecedor e o reconhecido.

Segundo pesquisas científicas, se ignorado, esse fenômeno pode ensejar 40% (quarenta por cento) de falsos reconhecimentos (MARCON, MEISSNER & MALPASS, 2007). Ademais, dados do *Innocence Project* apontam que entre as décadas de 70 a 90, nos EUA, 70% (setenta por cento) das exonerações decorrentes de uso de perícia por DNA, referentes a condenações por crimes sexuais lastreadas em reconhecimento fotográfico (WEST & METERKO, 2015), se referem a suspeitos negros e a possível incidência do efeito da raça cruzada.

Então, considerando que a população brasileira é o fruto de uma complexa mistura de pessoas dos mais variados países, muitos dos quais vieram a residir aqui desde as origens e formação do nosso país, alguns como imigrantes e a grande maioria sequestrados na condição de escravos, é evidente que não se admite que os atores do sistema de justiça continuem a ignorar o efeito da raça cruzada.

EXISTE RACISMO NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO?

O sistema prisional brasileiro está superlotado. O déficit de vagas é elevado e as disparidades sociais e econômicas que se identificam fora dele reverberam lá, especialmente, quando se trata de questões referentes à raça.

É sempre importante lembrar que *“o racismo é uma decorrência da própria estrutura social, ou seja, de modo ‘normal’ com que se constituem as relações políticas, econômicas, jurídicas e até familiares, não sendo uma patologia social e nem um desarranjo institucional. O racismo é estrutural”* (ALMEIDA, 2019).

Em que pese a lenta atualização de dados pelo DEPEN^{iv}, cuja atual disponibilização de acesso público se refere somente ao período de julho a dezembro de 2020, é possível constatar que o racismo se encontra dentro e fora das grades.

É o que também se pôde concluir durante o seminário “Questões Raciais e o Poder Judiciário”, realizado no ano de 2019 pelo CNJ, oportunidade na qual o magistrado Edinaldo Cesar Santos Junior sustentou que o *encarceramento tem cor^v*, apresentando dados e fundamentos para balizar essa assertiva.

Essa compreensão se coaduna com os dados estatísticos identificados nas unidades prisionais, pois, ainda naquele ano de 2019, os negros representavam 66,7% (sessenta e seis vírgula sete por cento) dos presos, segundo o 14º Anuário da Segurança Pública^{vi}. Em algumas unidades, como a Papuda, a situação chega a ser ainda mais crítica, pois população negra representa aproximadamente 83,8% (oitenta e três vírgula oito por cento) dos encarcerados^{vii}.

Além disso, não se pode olvidar que a população brasileira não é homogênea, sendo formada por pessoas oriundas de muitos países diferentes, ante o forte movimento migratório ocorrido na formação do Brasil, bem como pelo absurdo sequestro de pessoas escravizadas trazidas de suas nações originárias, circunstâncias que ensejaram a elevada diversidade de raças que compõem a sua população.

Porém, a questão racial aparenta não estar sendo devidamente observada, afinal esse tema não se apresenta com a constância proporcional à gravidade e à complexidade do problema na doutrina brasileira de processo penal ou nos ementários de jurisprudência dos tribunais pátrios.

Apesar de ser evidente a elevada quantidade de negros encarcerados, bem como a elevada diversidade de etnias existentes no país, tem sido desconsiderado o fator raça, mesmo com pesquisas científicas apontando a capacidade de o ERC ensejar um percentual de aproximado de 40% (quarenta por cento) de falsas identificações de suspeitos (MARCON, MEISSNER & MALPASS, 2008).

O certo é que, por diversos motivos, a população negra predomina nas unidades carcerárias, não sendo possível acreditar que tais indivíduos possuam maior propensão à prática de delitos, especialmente pela conhecida precariedade do sistema investigativo penal brasileiro.

Podemos destacar, por exemplo, a política criminal adotada após a abolição da escravidão, que visava manter os escravos submissos e tipificava condutas praticadas, em sua maioria, pela população negra, o que culminou com o histórico encarceramento da população deste grupo racial^{viii}.

Diversos erros acontecem diariamente, especialmente quanto à indicação de autores de delitos, o que contribui para a elevação da presença de negros nas cadeias e presídios, agregado ao fato de o racismo estrutural, que é uma realidade, também influenciar nesse sentido.

O presente trabalho, outrossim, busca refletir especificamente sobre um dos fatores que contribuem para este tipo de erro judiciário, que seria o efeito da raça cruzada.

O EFEITO DA RAÇA CRUZADA.

O efeito da raça cruzada (ERC), também denominado viés da própria raça ou efeito da outra raça, é um fenômeno do reconhecimento facial no qual indivíduos mostram um performance superior em identificar faces da própria raça quando comparada com a memória para outra face, de uma raça menos familiar (MALPASS, MARCON, & MEISSNER, 2008).

O primeiro estudo sobre o tema realizado (MALPASS & KRAVITZ, 1969), concluiu que as estratégias diferentes de codificação influenciam no processamento de características, que quando se trata de própria raça é mais eficiente. Por isso que os processos de codificação e registro da memória podem ser os maiores responsáveis pelas diferenças nos reconhecimentos causadas pelo ERC, pois, os indivíduos de raças diferentes, aparentemente, observam tipos diferentes de características faciais (MARCON, MEISSNER & SUSA, 2009). É que, quando um indivíduo observa pessoas da própria raça, tem o hábito de codificar as informações de maneira diferente – com maior profundidade –, com atenção

para diferentes detalhes do que quando observa indivíduos de outras raças. As pessoas, geralmente, possuem “maior experiência” em codificar e distinguir faces de pessoas da própria raça (BORNSTEIN, LAUB, MEISSNER & SUSA, 2013).

Pesquisas apontam que a distância entre olhos e narizes de faces vistas anteriormente pela vítima ou testemunha cria um padrão cerebral, no qual qualquer outra face de uma raça diferente se torne semelhante (BERNSTEIN, HUGENBERG & WILSON, 2013).

Diversas são as causas apontadas para a ocorrência desse fenômeno, a exemplo de vieses implícitos como: estereótipos associados à criminalidade e violência (EBERHARDT, GOFF, PURDIE & DAVIES, 2004), fatores implícitos na crença de magistrados e demais atores do sistema de justiça (RACHLINSKI, JOHNSON, WISTRICH & GUTHRIE, 2009), uma falsa ideia de que a dúvida quanto à culpa poderia legitimar um convencimento de condenação (LEVINSON, CAI & YOUNG, 2010), ou até mesmo o pouco contato existente entre a pessoa do reconhecedor e a raça que pertence ao suspeito da prática criminosa (KOVERA, 2019).

Além disso, pesquisadores sustentam que, levando-se em conta que o cérebro humano é habituado a aprender e não a registrar detalhadamente informações como uma câmera fotográfica, por exemplo, os seres humanos possuem maior capacidade de identificar e distinguir faces dos grupos sociais de seu convívio (KOVERA, 2019).

Para reduzir a incidência do ERC, é importante, durante o procedimento de reconhecimento de pessoas, serem apresentadas instruções prévias quando existe uma diferença entre a raça da vítima/testemunha e o suspeito, com o intuito de estimular uma análise mais cautelosa e permitir a redução da incidência do efeito e consequente mitigação de falsos reconhecimentos (BORNSTEIN, LAUB, MEISSNER & SUSA, 2013; KOVERA, 2019).

Os estudos sobre o tema realizados nas últimas décadas apontam que ele apresenta implicações práticas em casos de falsas identificações de suspeitos, particularmente nas situações em que houve oportunidade deficitária na decodificar as faces de pessoas de outras raças.

Pesquisadores dos Estados Unidos verificaram que pessoas negras possuem maiores chances de serem paradas em uma blitz (LAGTON & DUROSE, 2013), porém, ainda assim, nessas mesmas diligências, o percentual de indivíduos brancos encontrados em posse de drogas é consideravelmente maior (BAUMGARTNER, EPP, & SHOUB, 2018; ROSS, 2017).

As disparidades também são encontradas em processos judiciais, já que pessoas brancas possuem mais chances de receber propostas de concessão de liberdade mediante o

pagamento de fiança e em valor inferior do que as propostas apresentadas à indivíduos de cor negra (SCHLESINGER, 2005).

O mesmo problema se verifica em acordos judiciais. Indivíduos de cor branca recebem mais propostas de cumprimento de penas alternativas do que os negros (KUTATELADZE, ANDILORO & JOHNSON, 2016), sendo que o percentual de negros que recebe propostas de prisão é maior, assim como é mais elevado o tempo de cumprimento de pena oferecido (KUTATELADZE, ANDILORO, JOHNSON & SPOHN, 2014).

Essa situação também se identifica no tocante às prisões de inocentes. Em crimes sexuais, os negros possuem 3,5 (três vírgula cinco) mais chances de serem injustamente presos/condenados do que brancos, 7 (sete) vezes mais nos homicídios e 12 (doze) vezes mais nos crimes relacionados a entorpecentes (GROSS, POSSLEY & STEPHENS, 2017).

Apesar de as pesquisas referidas destacarem uma comparação maior relacionada a brancos e negros, é relevante frisar que o fenômeno ocorre sempre que existe uma diferença de raças entre a pessoa do identificador (vítima ou testemunha) e o suspeito de uma prática criminosa, sendo plenamente possível ocorrer se tais indivíduos forem um alemão e um japonês, por exemplo.

Estudos realizados no Canadá, Grã-Bretanha, Alemanha, Turquia, África do Sul, partes do Oriente Médio e da Ásia mostram que ocorre ERC entre negros, brancos, asiáticos, hispânicos, indianos, judeus, árabes e outras raças (KLEEBE, STEPHEN & WONG, 2020).

O que se percebe, dessa forma, é que o fator raça possui uma elevada capacidade a induzir falsos resultados no reconhecimento de suspeitos, motivo pelo qual não pode ser ignorado, devendo-se recorrer aos estudos e práticas científicas descobertas pela psicologia do testemunho para mitigar as chances de erro judiciário.

Algumas sugestões muito eficientes têm sido apresentadas buscando mitigar ou reduzir que esse fator possa implicar a prisão de inocentes, e que poderiam ser adotadas no Brasil.

Em diligências policiais, como paradas ou blitz, por exemplo, o registro de todas as informações e circunstâncias (gênero, raça, idade, sexo, identificação ou não de prática criminosa com a sua especificação, quais as características que a polícia leva em conta para realizar uma parada, etc.), bem como a divulgação dos resultados das análises poderia estimular uma maior cautela dos policiais (EPP, MAYNARD-MOON, HAIDER & MERKEL, 2017).

Já na identificação de suspeitos por reconhecimento de pessoas, uma série de medidas podem ser adotadas, o que necessitará de uma prévia apresentação do modelo brasileiro, com as respectivas sugestões de aprimoramento.

O SISTEMA BRASILEIRO DE RECONHECIMENTO DE PESSOAS E AS FORMAS DE APRIMORAMENTO

A identificação de pessoas no Brasil está regulamentada pelo Art. 226, do CPP, cujo dispositivo exige uma prévia descrição pelo reconhecedor acerca da pessoa a ser reconhecida e que o suspeito seja colocado – *se possível* – ao lado de outros indivíduos que possuam com ela qualquer semelhança. Outrossim, apesar de amplamente utilizado, facilmente se percebe a ausência de previsão legal acerca da utilização do reconhecimento fotográfico, o que não significa que ele seja pior ou possa produzir uma colheita de prova de má qualidade ou que deva ser ignorado.

O Código de Processo Penal Brasileiro foi implementado em 1941, durante um período de governo totalitário, no qual a prova testemunhal tinha um valor consideravelmente elevado e a busca pela verdade *real* era uma das prioridades do processo penal^{ix}, cuja origem de pensamento remonta à época da Santa Inquisição realizada pela Igreja Católica.

Outrossim, os avanços dos estudos científicos promovidos por experts da psicologia do testemunho em todo mundo têm demonstrado a falibilidade da memória humana, a qual está sujeita a diversos fatores intrínsecos e extrínsecos que podem ensejar falsas memórias e reconhecimentos equivocados (WELLS & OLSON, 2002; BREWER, DOUGLASS, KOVERA, MEISSNER, WELLS & WIXTED, 2020; CECCONELLO & STEIN, 2020).

No entanto, pesquisa realizada pelo IPEA^x, em conjunto com o Ministério da Justiça, entre os anos de 2014 e 2015, aponta que 77% (setenta e sete por cento) dos Magistrados entrevistados consideram o reconhecimento de suspeitos como suficiente para a condenação do acusado. Tais circunstâncias evidenciam a relevância de se preocupar com a possível prisão e incriminação de pessoas inocentes, especialmente quando existe uma diferença de raça entre a vítima e o suposto autor a ser submetido ao procedimento de identificação, haja vista o elevado percentual sobre a possibilidade de erros apontados por estudos sobre a temática.

Durante muito tempo, a interpretação jurisprudencial do Art. 226, do CPP, permitia que apenas uma pessoa pudesse ser colocada diante da vítima/testemunha para se submeter ao reconhecimento, o que é manifestamente equivocado. Outro erro grave se verifica na permissão de utilização no alinhamento de pessoas com *qualquer semelhança*, o que deve ser observado com maior rigor, especialmente em virtude da recente e positiva alteração do posicionamento que vem ocorrendo no STJ desde o ano de 2021.

Quanto à disposição de apenas uma pessoa, procedimento popularmente conhecido como *show up*, e a possibilidade de se colocar pessoa com qualquer semelhança, diversos estudos apontam que essa prática possui elevada chance de ensejar falsas identificações de suspeitos (KEY, 2015; WETMORE, 2015). As evidências apontam que, quando apenas um suspeito se aproxima da descrição do autor do fato, a vítima/testemunha tende a escolher esse suspeito, independentemente de ser ele o verdadeiro culpado (COLLOF, WADE & STRANGE, 2016; DOOB & KIRSHBAUM, 1973; WELLS, LEIPP & OSTROM, 1979).

Refletindo de forma concreta, se uma mulher negra, vítima de estupro for convidada a reconhecer o suspeito dessa prática delituosa que foi atribuída a um indivíduo de características orientais e apenas uma pessoa com tal fenótipo lhe for apresentada, ou ainda que exista outras pessoas no alinhamento, apenas um deles se aproximar da descrição, a probabilidade de esta pessoa ser apontada como autor do delito é extremamente elevada, mesmo não sendo ela o verdadeiro autor do crime em questão (BREWER, DOUGLASS, KOVERA, MEISSNER, WELLS & WIXTED, 2020; CECCONELLO & STEIN, 2020). Dessa maneira, a qualidade e equidade do alinhamento se evidenciam extremamente relevantes. Além de ser inadmissível a colocação de apenas uma pessoa, as demais que venham a compor o alinhamento devem ser semelhantes entre si para estimular o cérebro do reconhecedor a fazer uma cautelosa comparação entre a imagem à sua frente e o registro efetuado em sua memória e assim ser colhida uma resposta de melhor qualidade e maior confiabilidade.

As testemunhas/vítimas possuem uma maior facilidade de distinguir um inocente de um culpado quando estes possuem a mesma expressão facial (FLOWE, KLATT & COLLOF, 2014), ao tempo em que suspeitos que se parecem menos do que os outros são geralmente mais escolhidos (CLARK, 2012; FITZGERALD, PRICE, ORIET & CHARMAN, 2013).

Portanto, pesquisadores sobre o tema apontam a importância de se realizar um teste de equidade do alinhamento. Tal procedimento consistiria no seguinte: primeiro a vítima ou testemunha faria a descrição do autor do delito perante uma pessoa; depois seria realizado um alinhamento com um determinado número pessoas semelhantes com essa descrição; em seguida, um determinado número de pessoas escolhidas aleatoriamente, da mesma raça da pessoa a ser reconhecida, fariam a leitura da descrição e com base nela apontariam o possível suspeito. Caso um suspeito específico seja escolhido uma significativa quantidade de vezes em relação aos demais, o alinhamento seria considerado injusto, e, portanto, imprestável (MALPASS & LINDSAY, 1999).

Outra sugestão muito importante que deve ser adotada em todos os procedimentos de reconhecimento de pessoas é a sua separação em duas fases na modalidade duplo cego. Assim, a vítima ou testemunha seria inicialmente investigada por um integrante do sistema de justiça quando fizesse a descrição do autor do crime. Quando do procedimento de

identificação propriamente dito, outra pessoa que não teve prévio acesso à primeira fase, e sem conhecer nada sobre a investigação, faria essa entrevista, a qual deve ser gravada para registrar as expressões e grau de convicção da vítima/testemunha, sendo vedado ao entrevistador a realização de feedbacks ou comentários sobre o possível acerto ou erro quanto ao indivíduo identificado. Ademais, os estudos sobre a matéria realizados nas últimas seis décadas evidencia que tanto o conteúdo das perguntas, como a forma que elas são realizadas, bem como as orientações e esclarecimentos prestados ao reconhecedor – ou a ausência destes – pode efetivamente influenciar no resultado, induzindo a um falso reconhecimento (BREWER, DOUGLASS, KOVERA, MEISSNER, WELLS & WIXTED, 2020; CECCONELLO & STEIN, 2020).

Portanto, é fácil concluir que as exigências contidas no Art. 226, do CPP, não são suficientes para garantir a idoneidade e confiabilidade de um reconhecimento, nem a qualidade do que foi extraído, sendo imprescindível a realização de atos que garantam maior segurança sobre as informações colhidas da memória. Nessa linha, cabe destacar recente decisão do STJ no Habeas Corpus 721.781/RJ, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, a qual avança ainda mais quanto à necessidade de serem observados os estudos científicos na realização do procedimento. Nesse julgado pontuou-se ainda que o reconhecimento pessoal ou fotográfico realizado em contrariedade ao previsto no Art. 226, do CPP é inválido. Porém, ainda que seja adotado o procedimento previsto nesse dispositivo, esse elemento de prova, por si só, não é suficiente para garantir o indício de autoria exigido para a condenação, o que representa um grande avanço epistêmico sobre o assunto, além de exigir uma criteriosa observância de requisitos pautados nos avanços científicos da psicologia do testemunho.

Antes de se iniciar o procedimento, é necessário que o entrevistador tenha um diálogo para gerar empatia e esclarecer ao indivíduo que irá promover o reconhecimento que ele não está obrigado a reconhecer ninguém. Em seguida, deve-se solicitar a descrição das características físicas que a pessoa se recorda através de perguntas abertas, sem induzir resultados através de questionamentos ou sugestões acerca da cor de cabelo, altura do suspeito ou indicação de algum elemento da face ou a presença de uma tatuagem, por exemplo (WELLS & OLSON, 2002; BREWER, DOUGLASS, KOVERA, MEISSNER, WELLS & WIXTED, 2020; CECCONELLO & STEIN, 2020).

Todos esses pontos citados são classificados pela psicologia do testemunho como variáveis de sistema, haja vista estarem sob o controle do sistema de justiça, e, portanto, passíveis a intervenções preventivas a fim de colher um depoimento de maior qualidade e credibilidade. Nesta linha de pensamento, observe-se que o próprio CPP, no Art. 212, orienta que caberá ao magistrado impedir a realização de perguntas às testemunhas que

possam induzir a resposta, o que somente serve para reforçar a importância do controle no tocante a colheita deste elemento de prova.

Além disso, é importante questionar sobre todas as circunstâncias nas quais o fato aconteceu, afinal, o stress, a presença de uma arma de fogo, o grau de visibilidade, a iluminação, a presença de mais de uma pessoa, o tempo de duração do episódio, são fatores que podem influenciar no registro e processamento da memória e representam as denominadas variáveis de estimação^{xi}.

É que existem diversos fatores relacionados à memória e ao seu regular funcionamento, criados no momento da captação, registro e processo da informação e que influenciam futuramente no seu resgate, implicando a criação de falsas memórias (STEIN, 2010). Vale destacar, nesse sentido, que o grau de confiabilidade e certeza da pessoa quando a lembrança e resgate do registro não necessariamente correspondem a uma maior qualidade da memória (WELLS, 2018; NGYUEN, PEZDEK & WIXTED, 2018).

Como se constata, os avanços das pesquisas científicas evidenciam a fragilidade do modelo brasileiro que permite que inúmeros falsos reconhecimentos sejam colhidos e utilizados para lastrear decisões judiciais, motivo pelo qual se evidencia a importância de refletir e adotar novas práticas, o que já vem sendo acolhido pelo STJ, conforme decisões recentes das Turmas Criminais da Corte de Justiça.

É importante ter uma atenção especial quanto à qualidade do alinhamento, com a seleção de pessoas semelhantes entre si, em posição e iluminação semelhante e que atendam à descrição prévia indicada pela vítima ou testemunha. Sem embargo de tudo isso, também se evidencia extremamente relevante que o entrevistador forneça à vítima/testemunha instruções prévias sobre a possibilidade de incidência do efeito da raça cruzada, o que resulta numa posição mais conservadora quanto às respostas e reduz consideravelmente a possibilidade de falsas identificações (BORNSTEIN, LAUB, MEISSNER & SUSAN, 2013; KOVERA, 2019).

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

As condenações injustas têm sido cada vez mais percebidas e noticiadas pelos meios de comunicação em todo o país e elas evidenciam a fragilidade do sistema de justiça e a necessidade do seu aprimoramento. O presente estudo visou tratar apenas de um fator específico, mas que representa um causa de alta relevância nas situações de erro judiciário: o fator raça no procedimento de identificação de suspeitos.

Como demonstrado, a diferença de raça entre a vítima/testemunha e o autor do crime pode ser um elemento que, se não observado, possui alta capacidade de promover uma falsa identificação, gerando prejuízos ao indivíduo equivocadamente acusado, bem como para toda a sociedade. É que o suspeito identificado equivocadamente macula e prejudica a investigação e o trabalho dos atores do sistema de justiça, que ficam impedidos de promover a responsabilização do verdadeiro culpado, contribuindo, outrossim, para a elevação da impunidade. Ao lado disso, o indivíduo falsamente identificado irá sofrer todas as consequências de um processo criminal, e, injustamente, haja vista não ter praticado nenhum ato que justificasse a intervenção da tutela penal estatal.

Em que pese a alta capacidade do efeito da raça cruzada implicar falsas identificações e condenações injustas, o tema não tem sido devidamente abordado pela doutrina e jurisprudência, o que representa algo extremamente contraditório. O ideal seria a criação de uma legislação pautada nos estudos científicos sobre o tema, com a adoção de procedimento visando afastar o sugestionamento de respostas e a adulteração dos registros da memória, pois, assim, poderia colaborar para a redução da condenação de inocentes. Portanto, se acredita que existam soluções práticas já identificadas e testadas por estudos científicos realizados em todo o mundo e devem ser observadas no Brasil a fim de aprimorar o sistema de justiça e diminuir a incidência de erro judiciário e de condenações injustas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALMEIDA, Silvio, 2019. **Racismo Estrutural**, São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen.

BAUMGARTNER, F. R., EPP, D. A., & SHOUB, K. (2018). **Suspect citizens: What 20 million traffic stops tell us about policing and race**. New York, NY: Cambridge University Press.

BERNSTEIN, M. J.; HUGENBERG, K. & WILSON, J. P., (2013). **The cross-race effect and eyewitness reconhecetion: How to improve recognition and reduce decision errors in eyewitness situations**. *Social Issues and Policy Review*, 7(1), 83-113. Doi: 10.1111/j.1751-2409.2012.01044.x

BORNSTEIN, Brian H.; LAUB, Cindy E.; MEISSNER, Christian A., e SUSA, Kyle J. (2013). **The Cross-Race Effect: Resistant to instructions**. *Journal of Criminology*, volumen 2013, article ID 745836, DOI: <http://dx.doi.org/10.1155/2013/745836>.

BREWER, Neil; DOUGLASS, Amy Bradfield; KOVERA, Margaret Bull; MEISSNER, Christian A.; WELLS, Gary L. & WIXTED, John T. (2020). **Policy and procedure recommendations for collection and preservation of eyewitness identification evidence**. *Law and Human Behavior*, vol. 44, nº 1, 3-36. DOI: <http://dx.doi.org/10.1037/lhb0000359>.

BRIGHAM, J. C. & BRANDT, C. C. (1992). Measuring lineup fairness: Mock witness responses vs. direct evaluations of lineups. *Law and Human Behavior*, 19, 475-489.

CECCONELLO, William Weber & STEIN, Lilian Milnitsky (2020). **Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos**. *Avances en Psicología Latinoamericana*, 38(1), 172-188. Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/apl/a.6471>.

CLARK, S. E., (2012). **Costs and benefits of eyewitness reconhecetion reform: Psychological science and public policy**. *Perspectives on Psychological Science*, 7(3), 238-259. Doi:10.1177/1745691612439584

COLLOFF, M. F.; WADE, K. A. & STRANGE, D. (2016). **Unfair lineups make witnesses more likely to confuse innocent and guilty suspects**. *Psychological Science*, 27(9), 1227-1239. Doi:10.1177/0956797616655789.

LOF, WADE e STRANGE, 2016.

DOOB, A. N. & KIRSHENBAUM, H. M. (1973). **Bias in police lineups - partial remembering**. *Journal of Police Science and Administration*, 1, 287-293.

EBERHARDT, J. L.; GOFF, P. A., PURDIE, V. J., & DAVIES, P. G. (2004). **Seeing Black: Race, crime, and visual processing**. *Journal of Personality and Social Psychology*, 87, 876–893.

EPP, C. R.; MAYNARD-MOODY, S. e HAIDER-MARKEL, D. (2017). **Beyond profiling: The institutional sources of racial disparities in policing**. *Public Administration Review*, 77, 168–178.

- FITZGERALD, R. J., PRICE, H. L., ORIET, C., & CHARMAN, S. D. (2013). **The effect of suspect-filler similarity on eyewitness identification decisions: A meta-analysis.** *Psychology, Public Policy, and Law*, 19, 151–164. <http://dx.doi.org/10.1037/a0030618>.
- FLOWE, H. D.; KLATT, T., & COLLOFF, M. F. (2014). **Selecting fillers on emotional appearance improves lineup identification accuracy.** *Law and Human Behavior*, 38, 509–519. doi:10.1037/lhb0000101.
- GROSS, S. R.; POSSLEY, M., & STEPHENS, K. (2017). **Race and wrongful convictions in the United States.** Irvine, CA: The National Registry of Exonerations.
- HUFF, C. Ronald; RATTNER, Arye & SAGARIN (1986). **Guilty Until Proved Innocent: Wrongful Conviction and public policy.** *Crime & Delinquency*, vol. 32, nº4, 518-544. Sage Publications. DOI: 10.1177/0011128786032004007.
- HUGENBERG, Kurt & WILSON, John Paul. (2013). **The Cross-Race Effect and Eyewitness Identification: How to Improve Recognition and Reduce Decision Errors in Eyewitness Situations.** *Social Issues And Policy Review*, vol. 7, nº 1, pp. 83-113. DOI: 10.1111/j.1751-2409.2012.01044.x.
- HUGENBERG, K.; YOUNG, S. G., BERNSTEIN, M. J., & SACCO, D. F. (2010). **The categorization-individuation model: An integrative account of the other-race recognition deficit.** *Psychological Review*, 117(4), 1168-1187. Doi: 10.1037/a0020463
- KEY, K. N.; CASH, D. K.; NEUSCHATZ, J. S.; PRICE, J. L.; WETMORE, S. A., & Gronlund, S. D. (2015). **Age differences (or lack thereof) in discriminability for lineups and showups.** *Psychology, Crime & Law*, 21, 871–889. Doi:10.1080/1068316X.2015.1054387
- KLEEBE, David R. T; STEPHEN, Ian D. & WONG, Hoo K. (2020). **The Own-Race Bias for Face Recognition in a Multiracial Society.** *Front. Psychol.* 11:208. doi: 10.3389/fpsyg.2020.00208
- KOVERA, Margareth Bull, (2019). **“Research on Race and Racism;”**. Andrea L. Miller, Chadly Stern and Helen Neville (Special Issue Editors). For a full listing of Special Issue papers, see: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/josi.2019.75.issue-4/issuetoc>.
- KUTATELADZE, B. L.; ANDILORO, N. R., & JOHNSON, B. D. (2016). **Opening Pandora’s box: How does defendant race influence plea bargaining?** *Justice Quarterly*, 33, 398–426.
- KUTATELADZE, B. L.; ANDILORO, N. R.; JOHNSON, B. D., & SPOHN, C. C. (2014). **Cumulative disadvantage: Examining racial and ethnic disparity in prosecution and sentencing.** *Criminology*, 52, 514–551.
- LANGTON, L. e DUROSE, M. (2013). **Police behavior during traffic and street stops, 2011.** Washington, DC: U.S. Department of Justice, Bureau of Justice Statistics.
- LEVINSON, J. D.; CAI, H. e YOUNG, D. (2010). Guilty by implicit racial bias: The Guilty/Not Guilty Implicit Association Test. *Ohio State Journal of Criminal Law*, 8, 187–208.
- MALPASS, Roy S. & KRAVITZ, Jerome (1969). **Recognition for faces of own and other race.** *Journal of personality and social psychology*, volume 13, number 4, 330-334.

MALPASS, Roy S; LINDSAY, R. C. (1999). **Measuring Line-up fairness**. In: Applied Cognitive psychology, vol. 13: S1-S7. DOI: [https://doi.org/10.1002/\(SICI\)1099-0720\(199911\)13:1+<S1::AID-ACP678>3.0.CO;2-9](https://doi.org/10.1002/(SICI)1099-0720(199911)13:1+<S1::AID-ACP678>3.0.CO;2-9).

MALPASS, Roy S.; TREDoux, Colin G. & MCQUISTON-SURRETT, D. (2007). **Lineup construction and lineup fairness**. Em R. Lindsay, D. Ross, J. D. Read, & M. P. Toglia (Eds.) *The handbook of eyewitness psychology, Vol II: Memory for people* (pp. 155- 178). Mahwah, NJ: Lawrence Erlbaum.

MARCON, Jessica Zabecki; MEISSNER, Christian & Malpass, Roy. (2008). **Cross-race effect in eyewitness identification**. Encyclopedia of Psychology & Law, Vol. 1 (pp.172-175). Publisher: Sage. Editors: Brian Cutler.

MEISSNER, C. A., & BRIGHAM, J. C. (2001). **Thirty Years of investigating the own-race bias in memory for faces: A meta-analytic review**. Psychology, Public Policy, and Law, 7(1), 3. Doi:10.1002/acp.728

NGUYEN, Thao B.; PEZDEK, Kathy & WIXTED, John T. (2017) **Evidence for a confidence–accuracy relationship in memory for same- and cross-race faces**, The Quarterly Journal of Experimental Psychology, 70:12, 2518-2534, DOI: 10.1080/17470218.2016.1246578.

RACHLINSKI, J. J.; JOHNSON, S. L.; WISTRICH, A. J., & GUTHRIE, C. (2009). **Does unconscious racial bias affect trial judges?** Notre Dame Law Review, 84, 1195–1246.

ROSS, M.B.; FAZZLARO, J.; BARONE, K., & KALINOWSKI, J. (2017). **State of Connecticut traffic stop data analysis and findings, 2015–2016**. New Britain, CT: Connecticut Racial Profiling Prohibition Project.

SCHLESINGER, T. (2005). **Racial and ethnic disparity in pretrial criminal processing**. *Justice Quarterly*, 22, 170–192.

STEIN, Lilian Milnitsky. **Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e Suas Aplicações Clínicas e Jurídicas**. Edição do Kindle.

WELLS, G. L., & OLSON, E. A. (2002). **Eyewitness identification: Information gain from incriminating and exonerating behaviors**. Journal of Experimental Psychology: Applied, 8, 155–167. <http://dx.doi.org/10.1037/1076-898X.8.3.155>

WELLS, Gary L., (2018). **Eyewitness Identification**. In Erik Luna ed., *Reforming criminal justice: Volume 2, Policing* (pp. 259-278). Sandra Day O’Connor College of Law: Tempe, AZ.

WELLS, G. L.; LEIPPE, M. R. & OSTROM, T. M. (1979). **Guidelines for empirically assessing the fairness of a lineup**. Law and Human Behavior, 3, 285-293.

WEST, E., e METERKO, V., 2015. **Innocence project: DNA exonerations, 1989-2014: Review of data and findings from the first 25 years**. *Albany Law Review*, 79(3), 717-795.

WETMORE, S. A.; NEUSCHATZ, J. S.; GRONLUND, S. D.; WOOTEN, A.; GOODSSELL, C. A., & CARLSON, C. A. (2015). **Effect of retention interval on showup and lineup performance**. Journal of Applied Research in Memory and Cognition, 4(1), 8-14. Doi: 10.1016/j.jarmac.2015.11.001.

NOTAS DE FIM

- i Fonte: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/09/06/musico-que-teria-sido-presos-por-engano-em-niteroi-e-solto.ghtml>, acesso em 14/03/2022.
- ii Fonte: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-10/musico-presos-base-reconhecimento-foto-absolvido>, acesso em 14/03/2022.
- iii *Idem.*
- iv Cf.: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>, acesso em 19/10/2021.
- v Vide: <https://www.cnj.jus.br/o-encarceramento-tem-cor-diz-especialista/>, acesso em 19/10/2021.
- vi Vide: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>, acesso em 19/10/2021.
- vii Vide: <https://www.correiobraziliense.com.br/cidades-df/2020/11/4887004-pretos-e-pardos-representam-83-dos-presos-no-complexo-da-papuda.html>, acesso em 19/10/2021.
- viii Fonte: <http://informe.ensp.fiocruz.br/noticias/50418>, acesso em 15/03/2022.
- ix Conforme indicado na exposição de motivos do CPP.
- x Conforme disponibilizado em pesquisa realizada pelo IPEA, que integra a Revista Pensando o Direito, nº 59, disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf, acesso em 30/05/2021.
- xi As variáveis de estimação fogem ao controle do sistema de justiça, e sua magnitude somente pode ser calculada após o fato. Elas dizem respeito a atributos da vítima, as circunstâncias do evento (visibilidade, duração do fato, distância, quantidade de pessoas, existência de arma, prática de violência, nível de estresse, etc.), as características físicas do criminoso, o diálogo ocorrido com outras pessoas, como demais testemunhas/vítimas, após o fato, entre outros. Tais elementos aumentam a probabilidade de se classificar as identificações de suspeitos como precisas e imprecisas (WELLS & OLSON, 2002).

