

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS**

MARINA DOS SANTOS MACHADO

**RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO EM FASE INVESTIGATÓRIA E O CÓDIGO
DE PROCESSO PENAL**

Porto Alegre

2022

MARINA DOS SANTOS MACHADO

**RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO EM FASE INVESTIGATÓRIA E O CÓDIGO
DE PROCESSO PENAL**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Pablo Rodrigo Alflen da Silva

Porto Alegre

2022

MARINA DOS SANTOS MACHADO

**RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO EM FASE INVESTIGATÓRIA E O CÓDIGO
DE PROCESSO PENAL**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em 05 de outubro de 2022.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Pablo Rodrigo Alflen da Silva

Prof. Ângelo Roberto Ilha da Silva

Prof. Vanessa Chiari Gonçalves

AGRADECIMENTOS

Confesso que escrever esse trabalho não foi fácil e ao longo do processo parei várias vezes para pensar a quem eu deveria agradecer. Quantas pessoas fizeram parte da minha jornada acadêmica desde o ano de 2014 quando ingressei no curso de engenharia ambiental? Algumas!

Pois bem.

Agradeço em primeiro lugar à minha mãe, pois sem ela nenhum passo teria sido dado. Obrigada por acreditar em mim, por me apoiar sobremaneira, por me entender e por sempre estar ao meu lado, distribuindo palavras de conforto quando necessário e me escutando quando precisei. Ao meu pai, obrigada por sempre fornecer tudo o que precisei para chegar até aqui, por ter instaurado em mim desde cedo o gosto pela leitura, pelos estudos e a vontade de sempre buscar uma condição melhor. Ambos são as minhas inspirações, cada um à sua forma, e eu os amo demais. Espero que estejam orgulhosos dessa trajetória que iniciou na Ulbra em 2014 e que, com certeza, não terminará aqui, mas que possui um grande capítulo dentro da UFRGS no ano de 2022.

Aos meus avós, por serem para mim os maiores exemplos de esforço, dedicação, honestidade, superação e, principalmente, de ancestralidade.

À minha querida Amanda, pelo tempo dedicado e por tudo que empreendeu por minha causa. Só posso agradecer por tê-la ao meu lado. A amo.

Agradeço, também, a todos os meus colegas e chefes nos locais em que estagiei desde o começo da faculdade de Direito, em 2016/2: colegas da PPC, na Procuradoria Geral do Município, do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, do Gabinete da 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça (sem esse período de aprendizado, nunca teria tido a ideia para essa monografia) e, especialmente, às minhas chefes da 9ª Vara Cível do Foro Central, Carol e Danusa. Conhecer vocês foi e está sendo um imenso privilégio. Obrigada pelos ensinamentos diários e principalmente por terem tornado esse meu último ano de faculdade muito mais leve, com todas as nossas conversas e trocas.

São diversas as pessoas que de alguma forma me ajudaram nessa caminhada, sem as quais não seria possível a entrega desse trabalho. Minha amiga Dani, que a mais de dez anos se preocupa comigo, amo você! Minha amiga Silvana, que desde o ensino fundamental esteve próxima, assim como me presenteou com uma das melhores pessoas que já conheci: meu afilhado Bernardo. Bê, minha vontade

é de melhorar o mundo por você.

Agora, aos meus animais, anjos e filhos de quatro patas: Leia, Shuri, Nakia, Van Gogh, Scott e Fred (*in memoriam*). Vocês me entendem, se preocupam comigo. Sei que esse amor é recíproco, de outras vidas e perdurará. Por várias vezes durante essa jornada vocês foram a minha alegria e o meu conforto.

Por último, mas não menos importante, aos meus colegas da Faculdade de Direito, professores e funcionários da Casa. Ao meu orientador Prof. Dr. Pablo Rodrigo Alflen da Silva, obrigada por ter aceito o encargo de me orientar.

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo analisar as consequências processuais da utilização do reconhecimento fotográfico em fase investigatória, nos termos do Código de Processo Penal. Para tanto, analisar-se-á, em um primeiro momento, as provas no processo penal, desde a origem de sua conceituação até às formas como suas diversas acepções são utilizadas pela doutrina e, ainda, far-se-á um breve panorama dos meios de prova descritos no CPP, bem como dos princípios correlatos às provas no processo penal, quais sejam: princípio da autorresponsabilidade das partes, da aquisição/comunhão da prova, da oralidade, da verdade real, da liberdade probatória, do *nemo tenetur se detegere*, da presunção da inocência e da audiência contraditória. Posteriormente, proceder-se-á a análise do reconhecimento de pessoas e coisas e, mais aprofundadamente, do reconhecimento fotográfico e de sua relação com o artigo 226 do Código de Processo Penal. Por fim, falar-se-á acerca das consequências práticas do reconhecimento fotográfico com o estudo das falsas memórias e das posições do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: provas no processo penal; meios de provas; reconhecimento de pessoas e coisas; reconhecimento fotográfico.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the procedural consequences of the use of photographic recognition in the investigative phase, under the terms of the Criminal Procedure Code. In order to do so, it will be analyzed, at first, the evidence in criminal proceedings, from the origin of its conceptualization to the ways in which its various meanings are used by the doctrine and, also, a brief overview of the means of evidence described in the CPP, as well as the principles related to evidence in criminal proceedings, namely: principle of self-responsibility of the parties, the acquisition/communion of evidence, orality, the real truth, freedom of probation, *nemo tenetur se detegere*, the presumption of innocence and the contradictory hearing. Subsequently, an analysis will be made of the recognition of people and things and, in more depth, of the photographic recognition and its relationship with article 226 of the Code of Criminal Procedure. Finally, we will talk about the practical consequences of photographic recognition with the study of false memories and the positions of the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice.

Key-words: evidence in criminal proceedings; means of evidence; recognition of people and things; photographic recognition.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CPP – Código de Processo Penal

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

STF – Supremo Tribunal Federal

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

STJ – Superior Tribunal de Justiça

LISTA DE QUADROS, TABELAS E GRÁFICOS

Quadro 1 – Comparativo entre meios de obtenção de prova e meios de provas.....	45
---	----

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
2. PROVAS NO PROCESSO PENAL	14
2.1. Conceito de prova.....	14
2.2. Meios de provas.....	16
2.2.1. Exame de corpo de delito e perícias	19
2.2.2. Confissão	20
2.2.3. Perguntas ao ofendido	21
2.2.4. Testemunhas	22
2.2.5. Acareação	22
2.2.6. Documentos	23
2.2.7. Indícios	24
2.2.8. Busca e apreensão	24
2.2.9. Reconstituição do delito	25
2.3. Princípios da prova no processo penal	26
2.3.1. Princípio da autorresponsabilidade das partes	27
2.3.2. Princípio da aquisição/comunhão da prova	27
2.3.3. Princípio da oralidade	27
2.3.4. Princípio da verdade real	28
2.3.5. Princípio da liberdade probatória	30
2.3.6. Princípio do nemo tenetur se detegere	30
2.3.7. Princípio da presunção de inocência	33
2.3.8. Princípio da audiência contraditória	35
2.3.9. Princípio da proibição da prova ilícita	35
2.3.10. A relação dos conceitos e princípios com o reconhecimento fotográfico	36
3. RECONHECIMENTO DE PESSOAS E COISAS: RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO .38	
3.1. Reconhecimento de pessoas e coisas	38
3.2. Reconhecimento fotográfico.....	41
3.3. Estrutura do art. 226	47
3.4. Dos princípios da prova em relação ao Reconhecimento de pessoas e coisas	49
4. ALGUMAS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO .51	
4.1. Falsas memórias.....	51
4.2. A forma exigida no art. 226 do CPP e a posição da jurisprudência	56
4.2.1. Posição do Supremo Tribunal Federal	56
4.2.2. Posição do Superior Tribunal de Justiça	58
CONSIDERAÇÕES FINAIS	63
REFERÊNCIAS	66

INTRODUÇÃO

O reconhecimento de pessoas e coisas é um dos meios de prova previstos pelo Código de Processo Penal que permite a reconstrução do fato delituoso a partir da identificação de suspeitos e de instrumentos que fizeram parte da prática delitiva. Ainda que insuficiente para fundamentar, sozinho, decreto condenatório, consiste em um dos meios de provas mais utilizados na reconstrução histórica dos fatos e na “busca pela verdade”.

Estabeleceu-se de forma rotineira nas delegacias do país o reconhecimento pessoal feito através de fotografias, que podem ser exibidas na forma *show-up* ou como álbum de suspeitos, de forma física ou digital. A ausência de previsão legal para o reconhecimento fotográfico, além da presença das chamadas falsas memórias, o torna extremamente suscetível a erros, podendo ocasionar absolvições indevidas ou, imensamente pior, condenações injustas.

Dessa forma, o presente trabalho possui como foco central a análise do ato de reconhecimento fotográfico em fase investigatória frente ao procedimento formal previsto no Código de Processo Penal, mais precisamente, no seu artigo 226, bem como de que forma as falsas memórias podem afetar o resultado prático do ato de reconhecimento e qual é a posição jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça acerca do assunto.

Para cumprir o objetivo proposto nesse trabalho, é indispensável um estudo preliminar sobre o conceito de prova no processo penal, com a análise do caráter polissêmico da palavra e de alguns dos sentidos dados à ela pela doutrina. Além disso, necessário, também, o estudo sobre os meios de provas apontados nos artigos 7 e 158 até o 239 do Código de Processo Penal, e da descrição dos princípios do processo penal que influenciam na atividade probatória, em especial o princípio da vedação da prova ilícita.

Após, será analisado em capítulo próprio o reconhecimento de pessoas e coisas e, mais minuciosamente, o reconhecimento fotográfico, esclarecendo a maneira como esse é realizado durante a fase investigatória e relacionando-o com as três fases distintas do ato de reconhecimento, conforme a estrutura do artigo 226 do CPP, quais sejam: a fase de descrição do indivíduo ou coisa a ser reconhecida, a fase onde a pessoa ou coisa a ser reconhecida deverá ser colocada ao lado de outras semelhantes e a última fase, onde será lavrado o auto de reconhecimento. Estuda-se,

ainda, a abrangência do termo “se possível”, constante no inciso II do artigo 226 do CPP, quanto à colocação de outros semelhantes ao lado daquele a ser reconhecido, e a sua importância para a realização de um reconhecimento justo.

A seguir, analisar-se-á algumas consequências práticas acerca do reconhecimento fotográfico com o estudo das falsas memórias e na forma como a discrepância entre o que realmente ocorreu e o que é relatado influi no resultado do ato de reconhecimento, ainda mais quando realizado de forma fotográfica.

Destacada a fragilidade do meio de prova referido, será feita uma análise da posição do STF e do STJ através de recente jurisprudência, demonstrando a alteração no entendimento jurisprudencial dos tribunais, que costumavam considerar o disposto no artigo 226 do CPP como “mera recomendação” e, agora, o consideram, em maior ou menor medida, como uma exigência formal para a validade do ato realizado.

No Brasil, em 2014, Vinícius Romão de Souza foi reconhecido por uma mulher que o acusou de tê-la assaltado e foi preso, permanecendo por dezesseis dias em uma prisão no Rio de Janeiro. André Luiz permaneceu preso por mais de seis meses preso no presídio de Bangu por crimes que não cometeu pois foi reconhecido por algumas das vítimas como o autor do delito, sendo inocentado posteriormente após a realização de exames de DNA. Luiz Carlos Justino foi preso em 2020 e acusado da prática de roubo majorado pelo emprego de arma de fogo depois de ser reconhecido por fotografia. Sem mencionar outros casos divulgados pela mídia, como os casos de Douglas Moreira e de Antonio Claudio Barbosa de Castro (ROMANO, 2022, p. 25-26).

Demonstrada as arbitrariedades que um ato de reconhecimento falho pode ocasionar, ressalta-se as problemáticas a serem analisadas no presente trabalho, quais sejam: inexistindo previsão para um reconhecimento fotográfico no Código de Processo Penal, deve-se considerar esse tipo de reconhecimento como uma prova ilícita? A própria Constituição Federal veda a utilização das provas ilícitas, portanto, o utilitarismo processual pode, ou deve, se sobrepôr às garantias constitucionais previstas? Ainda que a jurisprudência aceite a utilização desse meio de prova, como fica sua aplicação frente ao artigo 226 do Código de Processo Penal?

É preciso responder estas questões, visto que inegável a importância do estudo dessa modalidade de prova muito utilizada nas delegacias do país, procurando amenizar tais problemáticas, respeitando as garantias constitucionais e o Devido Processo Legal dentro do processo penal, se utilizando do artigo 226, única

ferramenta legal disciplinando o reconhecimento de pessoas.

2. PROVAS NO PROCESSO PENAL

A fim de se alcançar o objetivo proposto nesse trabalho, faz-se necessário, em um primeiro momento, analisar o instituto das provas no processo penal. Para tanto, na parte inicial da presente monografia, serão apresentados o conceito de provas, uma breve análise dos meios de provas e dos princípios da prova no processo penal, considerando, sobretudo, a relevância destes últimos para a produção e apreciação dos meios de prova.

2.1. Conceito de prova

O processo penal é composto por uma controvérsia fática onde, de um lado, existe a imputação de fatos penais relevantes a um sujeito e, de outro, a negativa destes mesmos fatos feita pela defesa. Proceder à reconstrução histórica dos fatos conforme as regras que disciplinam a investigação, a produção, a admissão e a valoração das provas é um dos pontos mais difíceis dentro do processo penal (BADARÓ, 2022, p. RB-10.1).

Dito isso, temos que, pressupondo ser possível o conhecimento da verdade, isso não significa que o magistrado irá aceitá-la de forma ingênua, mas sim através de um crítico exame das bases do conhecimento humano, sem ignorar o diálogo existente entre a linguagem e a realidade, pois tal comento implica diretamente no conceito de verdade.

Preconiza Tourinho Filho ao dizer que provar é, primeiramente, estabelecer a existência da verdade e que as provas são os meios pelos quais se busca estabelecê-la. Provar é, ainda, a demonstração da veracidade do que se alega, bem como o instrumento de verificação do *thema probandum*, visto que os elementos são produzidos pelas partes ou pelo juiz com o intuito de estabelecer a existência de determinados fatos dentro do processo (TOURINHO FILHO, 2017, p. 569).

Já a palavra prova em sentido estrito possui vários significados, pelo que se faz necessária a análise de certas premissas terminológicas, ainda que, por seu caráter polissêmico, provoque a ausência de unanimidade na doutrina quanto ao seu sentido, e até mesmo a própria legislação a emprega em diferentes interpretações

(DEZEM, 2022, p. RB-11.1).

“Prova” vem do latim *probatio* e *probus*, e traz a ideia de confirmação, aprovação, inspeção, exame ou verificação, havendo para ela três acepções, quais sejam: prova como atividade probatória, prova como resultado e prova como meio (LIMA, 2018, p. 591).

De acordo com Renato Brasileiro de Lima (2018, p. 591), prova como atividade probatória é o conjunto de atividades de demonstração e verificação, mediante as quais se busca chegar à verdade dos fatos para o julgamento. Dessa forma, entende-se o conceito de prova como a produção dos meios e dos atos praticados no processo com a ideia de convencer o juiz sobre a veracidade, ou não, de uma arguição acerca de um fato interessante à solução do litígio.

A prova como resultado se caracteriza pelo convencimento do julgador quanto à existência, ou não, de dada situação fática no curso do processo penal. É a certeza sobre os fatos alegados. Em que pese seja impossível alcançar uma verdade absoluta sobre os acontecimentos ocorridos anteriormente, ainda é possível obter um conhecimento considerado processualmente verdadeiro acerca dos fatos discutidos no processo quando, por meio da atividade probatória, sejam obtidos componentes que autorizam um certo grau de certeza sobre a ocorrência daqueles mesmos fatos (LIMA, 2018, p. 592).

Já a prova como meio consiste no instrumento capaz de permitir ao julgador a formação de sua convicção acerca da existência, ou não, de determinada situação (LIMA, 2018, p. 592).

Destaca-se, além disso, a distinção entre prova e elementos informativos conforme consta no artigo 155 do CPP, alterado pela Lei n. 11.690/2008. Nesse viés, a palavra prova só deve ser usada quando se referir aos elementos de convicção elaborados com a participação das partes no curso do processo judicial, sob o crivo dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Enquanto que elementos de informação são aqueles colhidos durante a fase de investigação, sem a participação obrigatória das partes, não se impondo a observância do contraditório e da ampla defesa pois, neste momento, ainda não há falar em acusados, nos termos do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal (LIMA, 2018, p. 592).

Com a inserção do advérbio *exclusivamente* no artigo 155 do CPP, a Lei n.

11.690/2008 confirmou a posição jurisprudencial prevalente até então, concluindo que os elementos informativos, por si só, são insuficientes para fundamentar uma condenação, mas podem ser usados de forma subsidiária à complementar as provas produzidas em juízo, sendo capazes de influir na formação do livre convencimento do juiz quando utilizados em complementação a outros indícios e provas que foram submetidas ao contraditório durante as fases processuais (LIMA, 2018, p. 593).

Quanto ao objetivo das provas, José Frederico Marques diz que compreende em dar ao magistrado a possibilidade de formar uma opinião sobre os fatos em que se assenta a acusação e daquilo que o réu alega em sua defesa, servindo de instrumento para a demonstração da procedência ou improcedência da pretensão punitiva, sendo capaz de, na última hipótese, inocentar o réu da acusação contida na denúncia (MARQUES, 2009, p. 268).

2.2. Meios de provas

Preliminarmente à análise dos meios de prova, convém destacar no que consiste a expressão fonte de prova.

Conforme Renato Brasileiro de Lima (2018, p. 597), o termo fonte de prova é utilizado ao designar as coisas ou pessoas das quais advém a prova, sendo classificadas em fontes pessoais, como por exemplo as testemunhas e o próprio acusado, e fontes reais, como os documentos em seu sentido amplo. Significa tudo aquilo que sirva para esclarecer o magistrado, ou terceiros, acerca da existência de um fato, pois as fontes derivam do fato em si, independentes da existência do processo, visto que são anteriores a ele.

Por sua vez, os meios de prova são tudo aquilo que possa servir à comprovação da verdade que se procura no processo, tanto direta quanto indiretamente (TOURINHO FILHO, 2017, p. 571), servindo como instrumentos para a introdução das fontes de prova no processo penal. Compreendem uma atividade endoprocessual, desenvolvida perante o juiz mas com o envolvimento das partes, que possuem como objetivo a fixação dos aspectos probatórios nos autos e, ao contrário das fontes que são extraprocessuais, só existem no processo (LIMA, 2018, p. 597).

É o meio pelo qual se oferece ao juiz formas de conhecimento sobre a

formação da linha temporal de um crime, e seus resultados probatórios são capazes de serem utilizados na decisão final do julgador (LOPES JUNIOR, 2021, p. 161).

Os meios de provas podem ser lícitos ou ilícitos, sendo que apenas os primeiros podem ser admitidos pelo julgador, de acordo com o artigo 157 do CPP, que afirma não serem admissíveis as provas obtidas em violação às normas legais ou constitucionais. A ilicitude abrange, do mesmo modo, o que for imoral, antiético, atentatório à liberdade, à dignidade e aos bons costumes, assim como o que for contrário ao Direito e aquilo que envolva a invocação ao sobrenatural (LIMA, 2018, p. 598; MARQUES, 2009, p. 271).

Podem constituir-se de provas históricas, que são aqueles fatos representativos de outro fato, como o assunto de um documento ou o depoimento de uma testemunha, ou de provas críticas, que, ao contrário, só possuem função indicativa, bem como de provas reais, que abarcam aquelas em que o instrumento está constituído por algo exterior ao indivíduo, ou de provas pessoais, cujo instrumento se constitui por um ser com consciência e personalidade, capaz de contribuir na formação do convencimento do juiz, conforme suas declarações de conhecimento (MARQUES, 2009, p. 271).

Ademais, importante fazer a distinção entre os meios de prova e os meios de obtenção, ou investigação, da prova. Os meios de obtenção da prova são aqueles que fazem referência a determinados procedimentos que, em regra, são extraprocessuais, regulados pela lei, com o propósito de se conseguir provas materiais, podendo ser realizados por outros funcionários que não o juiz (LIMA, 2018, p. 598). Servem para conseguir materiais, declarações ou traços dotados de força probatória, consistindo em um “caminho” para chegar-se à prova (LOPES JUNIOR, 2021, p. 156).

Enquanto os meios de prova prestam para convencer o juiz sobre a veracidade de determinada situação, os meios de obtenção de provas são ferramentas utilizadas para colher as provas, servindo de forma indireta ao convencimento do julgador e podendo, ainda, reconstruir a história dos fatos. Estes meios importam na restrição a direitos fundamentais da pessoa que está sendo investigada, normalmente direitos ligados à sua privacidade, intimidade ou à liberdade de pensamento, como ocorre na quebra de sigilo bancário ou fiscal, onde há restrição à intimidade, ou na busca domiciliar, que, mesmo inserida entre os meios de prova no Código de Processo Penal, deve ser compreendida como meio de investigação, e

causa restrição à inviolabilidade do domicílio (BADARÓ, 2022, p. RB-10.4).

Relevante é a distinção entre meios de prova e meios de obtenção de prova pois distingue as consequências de possíveis irregularidades sucedidas quando de sua produção: a resultância para vícios dos meios de prova é a nulidade da prova produzida, enquanto que ilegalidades na produção dos meios de obtenção de prova geram o reconhecimento de sua inadmissibilidade no processo por violação às regras relativas à sua obtenção (art. 5, LVI, da CF), e o seu desentranhamento dos autos (art. 157, *caput*, do CPP).

A fim de sintetizar o exposto, trabalha-se com o seguinte quadro comparativo:

**QUADRO 1 – COMPARATIVO ENTRE MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA
E MEIOS DE PROVA**

Meios de obtenção de prova	Meios de prova
- Em regra, são executados na fase preliminar de investigações, o que não afasta a possibilidade de execução durante o curso do processo, de modo a permitir a descoberta de fontes de prova diversas das que serviram para a formação da opinio delicti;	- Em regra, são realizados na fase processual da persecução penal; excepcionalmente, na fase investigatória, observado o contraditório, ainda que diferido (ex: provas antecipadas);
- são atividades extraprocessuais;	- são atividades endoprocessuais;
- são executados, em regra, por policiais aos quais seja outorgada a atribuição de investigação de infrações penais, geralmente com prévia autorização e concomitante fiscalização judiciais;	- consistem em atividades desenvolvidas perante o juiz competente, valendo lembrar que o juiz que presidir a instrução deverá, pelo menos em regra, julgar o feito (CPP, art. 399, § 2º);
- são praticados com fundamento na surpresa, com desconhecimento do(s) investigado(s);	- são produzidos sob o crivo do contraditório, com prévio conhecimento e participação das partes;
- se praticados em desconformidade com o modelo típico, há de ser reconhecida sua ilicitude, com o consequente desentranhamento dos autos do processo.	- se praticados em desconformidade com o modelo típico, são sancionados, em regra, com a nulidade absoluta ou relativa.

Fonte: Renato Brasileiro de Lima, 2018, p. 598

O Código de Processo Penal aponta no seu artigo 7 e nos artigos 158 até o 239, diversos meios de prova, mas sem o fazer de forma exaustiva. Carnelutti elucida que as provas são inominadas, visto que a lei não esgota todos os meios de prova (1936, p. 746). São provas atípicas, não mencionadas no rol previamente descrito, a inspeção judicial (art. 3 do CPP e arts. 481 a 484 do CPC) e a reprodução simulada dos fatos (art. 7 do CPP). O próprio Código de Processo Civil assegura, no artigo 369, que as partes possuem o direito de usufruir dos meios de provas legais, ainda que não especificados no *codex*, desde que moralmente legítimos (BADARÓ, 2022, p. RB-10.4).

São disciplinados como meios de prova no CPP o exame de corpo de delito e as perícias (arts. 158 a 184), a confissão (arts. 197 a 200), as perguntas ao ofendido (art. 201), as testemunhas (arts. 202 a 225), o reconhecimento de pessoas ou coisas (arts. 226 a 228), a acareação (arts. 229 e 230), os documentos (arts. 231 a 238), os indícios (art. 239) e a busca e apreensão (arts. 240 a 250).

Gustavo Henrique Badaró aduz que tal classificação é sujeita à críticas quanto ao interrogatório do acusado (arts. 185 a 196 do CPP) que, embora previsto no título da prova, dada a previsão constitucional do direito ao silêncio, constitui meio de defesa do acusado e, do mesmo modo, quanto à confissão, que embora catalogada como meio de prova, parte da doutrina não a considera assim, visto que consiste em uma declaração de vontade formalizada, que pode ser realizada dentro ou fora do processo. Sendo assim, a confissão feita extrajudicialmente é introduzida no processo como meio de prova através do documento consubstanciado, enquanto que da confissão de prova judicial, se extrai como meio de prova o eventual resultado do interrogatório (2022, p. RB-10.4).

Os indícios também não são, em si, um meio de prova, mas um fato provado que, através de raciocínio indutivo e dedutivo, permite concluir pela existência de outro fato, se tornando o ponto de partida do processo mental do julgador (BADARÓ, 2022, p. RB-10.4).

2.2.1. Exame de corpo de delito e perícias

Durante o sistema inquisitório o perito consistia no “instrumento pensante” do

juiz, lhe passando conhecimentos. Portanto, as perícias modernas são um resíduo inquisitorial transformado, uma vez que agora o perito é útil primeiramente às partes e depois ao juiz, pois o caráter acusatório do processo contemporâneo aprimora a atividade probatória das partes e restringe a iniciativa do magistrado (LOPES JUNIOR, 2021, p. 189).

A perícia é um exame realizado com a função de servir ao convencimento judicial, e exige conhecimentos técnicos, artísticos ou científicos, a depender do caso concreto, pois lida com questões que estão além do saber ordinário. A característica principal da perícia é a emissão de um juízo de valor sobre os fatos pelo perito, que externa sua impressão acerca da possibilidade dos acontecimentos discutidos terem sido consequência de outro ato, e é formada pela observação, avaliação e declaração feita pelo *expert* (BADARÓ, 2022, p. RB-10.26).

O juiz, como *peritus peritorum*, não fica vinculado ao exame feito pelo perito e continua livre para fazer sua avaliação dentro do contexto probatório formado por diversos elementos, como aludido no artigo 182 do Código de Processo Penal, que afirma que o julgador não fica adstrito ao laudo, tendo a capacidade de aceitá-lo ou rejeitá-lo, seja no todo ou em parte. É categórica a ocorrência dos princípios do contraditório e da ampla defesa na prova pericial, de maneira que a atuação das partes interessadas é essencial, seja através da formulação de quesitos, seja na possibilidade de impugnação ao lado ou, ainda, com o advento da Lei n. 11.690/2008, com a alternativa de indicar um assistente técnico (LOPES JUNIOR, 2021, p. 189-191).

2.2.2. Confissão

Confessar, para o processo penal, é quando aquele suspeito ou acusado de um crime admite contra si, pessoalmente, de forma voluntária e expressa, frente à autoridade competente, em um ato público e solene reduzido a termo, a prática de fato criminoso (BADARÓ, 2022, p. RB-10.42).

De tal enunciado, retira-se os elementos da confissão:

A confissão consiste em uma declaração formal e expressa, diante da inexistência da confissão ficta no processo penal, tendo em vista que indisponíveis os

direitos debatidos na esfera processual penal; é um ato de vontade, devendo ser voluntária e livre de vícios, inclusive de coação, não sendo permitidas ferramentas que obstem à liberdade do confitente, como o *lie detector*; é um ato pessoal, que não pode ser feito por terceiro, nem mesmo por procurador ou preposto, e possui como objeto a autoria delitiva, podendo ser também o próprio fato e o elemento subjetivo do tipo penal. Da mesma forma, é possível a confissão quanto às circunstâncias e quanto às qualificadoras do crime, sendo irrelevante a confissão sobre a materialidade delitiva em crimes com vestígios, de acordo com o artigo 158 do CPP (BADARÓ, 2022, p. RB-10.42).

Considerada antes a *probatio probatissima*, o próprio Código de Processo Penal ao falar sobre as provas, afirma que a confissão do acusado não constitui, por si só, prova absoluta de sua culpabilidade, tendo em vista que todas as provas são relativas, não possuindo a confissão valor decisivo ou maior consideração que as demais provas. Por isso, necessita ser examinada dentro de um contexto probatório em soma com o restante das provas, não tendo a capacidade de, sozinha, fundamentar uma condenação (LOPES JUNIOR, 2021, p. 202).

2.2.3. Perguntas ao ofendido

Regra geral, o ofendido não faz parte da ação penal condenatória, exceto na ação penal de iniciativa privada, onde figura como autor. Porém, mesmo que não figure como parte, o ofendido ainda possui interesse no desfecho do processo. Por essas razões, a vítima não pode ser considerada como testemunha que, por conceito, é um terceiro desinteressado no resultado final do processo (BADARÓ, 2022, p. RB-10.58).

Com esse tratamento diferenciado das testemunhas, a vítima não pode ser responsabilizada por prestar falso testemunho, mas sim pelo cometimento do delito de denúncia caluniosa (art. 339 do CP), porque não presta compromisso de dizer a verdade. Não pode, também, invocar o direito de silêncio, a não ser que surjam fatos ou questões capazes de incriminá-la de algum crime, tendo o direito da não autoincriminação, o que será abordado ao se falar dos princípios da prova no processo penal (LOPES JUNIOR, 2021, p. 202).

Badaró salienta que parte da doutrina compreende a ausência de natureza

jurídica de prova às declarações do ofendido, considerando apenas como meros esclarecimentos ao juiz, nada mais do que um auxílio prestado à justiça com a finalidade de serem conseguidas as provas. No entanto, atentando-se à forma como a matéria é disciplinada no CPP, prepondera o entendimento de que se trata, sim, de um meio de prova (2022, p. RB-10.60).

2.2.4. Testemunhas

As testemunhas caracterizam-se por serem indivíduos que não são partes e nem pessoas interessadas no processo, que depõe perante o magistrado acerca de situações ocorridas anteriormente, e que são relevantes para o resultado final do processo (BADARÓ, 2022, p. RB-10.63). No Brasil, a prova testemunhal acaba por ser a sustentação da maioria das sentenças proferidas, sejam condenatórias ou absolutórias, ainda que frágil, em virtude das restrições técnicas de que sofre a polícia judiciária brasileira (LOPES JUNIOR, 2021, p. 207).

Testemunhar é ato diferente de depor, posto que testemunhar equivale a presenciar algo, ou seja, ter contato com certo fato, enquanto que depor é fazer uma declaração do que foi presenciado perante o juiz, reproduzindo o que tenha sido percebido pelos seus sentidos. Quem testemunhou fato relevante é chamado de testemunha, enquanto que o depoimento é o ato através do qual a testemunha narra defronte ao juiz o que foi presenciado (BADARÓ, 2022, p. RB-10.63).

2.2.5. Acareação

Compreende-se em posicionar duas ou mais pessoas na presença uma da outra, com o intuito de que esclareçam pontos controvertidos de seus depoimentos, acerca de circunstâncias que sejam relevantes para a solução do conflito. Podem ser elas testemunhas, vítimas ou acusados que, resumindo, confrontar-se-ão para verificar quem mentiu ou errou e quem falou a verdade (BADARÓ, 2022, p. RB-10.71).

A acareação pode ser realizada em fase investigatória e em fase judicial, salvaguardando o direito do imputado de não participar do ato, que deve ocorrer em audiência mediante descrição em ata (LOPES JUNIOR, 2021, p. 220). Pode haver

acareação entre os acusados, entre os acusados e testemunhas, entre testemunhas, entre acusado e ofendido, entre testemunha e ofendido e entre ofendidos.

Um dos requisitos é que somente exista acareação com relação a declarações previamente prestadas, de modo que os participantes precisam ter sido ouvidos anteriormente, enquanto que a outra exigência é que as divergências sejam acerca de pontos relevantes processualmente, capazes de modificar a acusação ou afetar a essência da defesa (BADARÓ, 2022, p. RB-10.71; LOPES JUNIOR, 2021, p. 220).

Aury Celso Lima Lopes Junior leciona que a acareação deve depender da iniciativa das partes, não devendo ser estabelecida de ofício pelo juiz, pois a dúvida impõe a absolvição da parte e não o autoriza a ir em busca da prova, visto que isso seria feito no intuito de condenar. Na visão do autor, o juiz não pode assumir posição ativa dentro do processo, rechaçando a iniciativa probatória do juiz e o fortalecimento do sistema acusatório (2021, p. 220).

2.2.6. Documentos

Os documentos como meios de provas desempenham papel importante no contexto probatório, pois normalmente são considerados aptos a demonstrar com verossimilhança a ocorrência de determinado fato. Seu conteúdo estabelece conexões com acontecimentos dos quais se tenta a reconstrução e sua natureza se mostra capaz de demonstrar acerca de sua idoneidade (MENDRONI, 2010, p. 121).

Seu conceito já foi amplamente discutido no Direito. Em sentido amplo, documentos podem ser qualquer suporte material que represente um fato jurídico relevante. Considera-se documento qualquer objeto que demonstre a verdade de certo fato, podendo ser um instrumento escrito, fotográfico, pintado, etc. Já em sentido estrito, são aqueles escritos que podem servir de prova em juízo (BADARÓ, 2022, p. RB-10.77).

Os escritos podem ser instrumentos confeccionados para provar certo fato, como uma escritura, e papéis, que não foram produzidos com a finalidade de provar algo, mas podem servir como prova (BADARÓ, 2022, p. RB-10.77). Com a necessidade de se permitir a produção de provas, para fins processuais, se concede a abertura da categoria descrita, onde documentos que não estejam no sentido estrito

acabam se equiparando, com a finalidade de serem incluídos na atividade probatória (LOPES JUNIOR, 2021, p. 220-221).

2.2.7. Indícios

O artigo 239 do Código de Processo Penal define o indício como a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir à existência de outra ou outras circunstâncias. Por tal definição, se entende que indícios não podem ser confundidos com provas, por mais que toda prova se trate de um indício do que ocorreu. Ainda que disposto no CPP dentro do capítulo das provas, não é um meio de prova, mas sim o resultado probatório de um meio de prova (BADARÓ, 2022, p. RB-10.83; LOPES JUNIOR, 2021, p. 222).

Aury Celso Lima Lopes Junior aponta que:

Mas o problema é que o CPP emprega diversas vezes o termo “indícios”, geralmente vinculado a um adjetivo (razoáveis, suficientes etc.), em outro sentido, diverso da definição do art. 239. O CPP emprega a expressão indícios em diversos momentos, como, por exemplo, nos arts. 126 (indícios veementes para o sequestro de bens), 134 (hipoteca legal), 290 (ao definir à perseguição do suspeito), 312 (para prisão preventiva) e 413 (pronúncia). Em todos esses casos, a expressão “indícios” é empregada no sentido de rebaixamento de standard probatório, no sentido de “prova fraca”, de menor nível de exigência probatória, de menor nível de verossimilhança, suficiente para justificar uma decisão interlocutória, mas jamais para legitimar uma sentença condenatória. (2021, p. 222).

Assim, o indício é o fato que está na área da presunção, não podendo levar ninguém a ser condenado com base em meros indícios, pois a presunção de inocência exige provas concretas para ensejar em um decreto condenatório (BADARÓ, 2022, p. RB-10.83; LOPES JUNIOR, 2021, p. 222).

2.2.8. Busca e apreensão

Ainda que disciplinado como prova pelo CPP, equivale a um meio de obtenção de prova e não a um meio de prova propriamente dito.

A busca é medida instrumental que pretende encontrar pessoas ou coisas e a apreensão é medida cautelar probatória, com a finalidade de garantir a prova ou de

restituir algum bem ao seu proprietário verdadeiro (apreensão como medida assecuratória, tornando o bem indisponível para ser restituído ao ofendido), de acordo com o caso concreto (LOPES JUNIOR, 2021, p. 223).

A avaliação da necessidade de realização de busca e apreensão diz respeito à atividade probatória e está interligada com a atuação do Ministério Público dentro do processo, tendo em vista que à anteceder, necessita de uma análise do que deve ser feito durante a atividade probatória. Já o cumprimento do mandado de busca e apreensão é atividade própria policial, não impedindo que a busca e apreensão ocorram dentro do processo penal, ainda que o acusado já esteja ciente da persecução penal contra ele promovida (MENDRONI, 2010, p. 120-121). Em verdade, pode acontecer antes da instauração do inquérito policial, durante o inquérito policial, durante o processo e ao longo da execução penal, podendo ser requerida pelas partes ou determinada de ofício pelo juiz (BADARÓ, 2022, p. RB-10.90).

Usualmente, após a busca ocorre a apreensão do que foi encontrado, entretanto, apesar de tratados pelo CPP como se fossem dois institutos inseparáveis, pode-se separar a busca da apreensão, como nos casos em que a busca é positiva mas não há a apreensão, ou na busca de criminosos onde haverá à sua prisão, e não sua apreensão. De outra forma, também pode haver apreensão sem busca, quando há a entrega espontânea do objeto (BADARÓ, 2022, p. RB-10.90).

Não observadas as formalidades do ato, as provas obtidas no local podem se tornar inutilizáveis, caso produzidas por meios ilícitos, inclusive aquelas provas que decorram dessas, com a exceção dos casos aos quais se aplica o princípio da proporcionalidade constitucional (MENDRONI, 2010, p. 120-121).

2.2.9. Reconstituição do delito

Aury Celso Lima Lopes Junior dispõe que a reconstituição do delito é uma prova típica, pois prevista no artigo 7 do CPP, mas não disciplinada no título que se destina às provas, gerando uma lacuna, visto que não regulamentado (2021, p. 219).

A reconstituição do crime pode ser realizada na fase pré-processual bem como em juízo, sendo ferramenta importante na elucidação do fato quando há dúvidas acerca da compatibilidade entre uma hipótese e os marcos do fisicamente exigível ou

aceitável. Possui como limites normativos a não contrariedade à moral ou à ordem pública e o respeito ao direito de defesa e ao direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo, e nem a declarar-se culpado (LOPES JUNIOR, 2021, p. 219).

O reconhecimento de pessoas e coisas será objeto de análise do capítulo seguinte do presente trabalho, mais precisamente no Capítulo 2 - Reconhecimento de pessoas e coisas: reconhecimento fotográfico.

2.3. Princípios da prova no processo penal

Primordialmente, cabe destacar que de acordo com a definição clássica de Celso Antônio Bandeira de Mello, princípio é o alicerce de determinado sistema, é a disposição fundamental que se espalha sobre as diferentes normas construindo seu espírito e servindo para sua compreensão, pois define a racionalidade do sistema normativo, lhe dando sentido harmonioso. Diz ainda que *“é o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo”* (2002, p. 28).

Nesse sentido, entende-se que os princípios servem como mandamento núcleo de um sistema e, normalmente, se encontram fora do próprio sistema que regem. A Constituição Federal estabelece uma série de princípios processuais, em especial, do processo penal, pelo que podemos falar em um devido processo constitucional. Esses princípios, que servem como garantias constitucionais, ganham força quando atuam de forma conjunta, embora possam operar isoladamente (BADARÓ, 2022, p. RB-1.1).

Por derradeiro, os princípios penais são o núcleo da matéria penal, consistindo o alicerce conceitual do delito e servindo para limitar o poder de punir do Estado, resguardando as liberdades individuais e os direitos fundamentais de todos os indivíduos, orientando o poder legislativo e auxiliando na interpretação e aplicação da lei penal conforme a Constituição e o Estado Democrático de Direito. Em matéria penal, são pressupostos técnico jurídicos que servem na configuração das características, da natureza, dos fundamentos, da aplicação e da execução do Direito Penal (PRADO, 2021, p. 166).

2.3.1. Princípio da autorresponsabilidade das partes

O princípio da autorresponsabilidade das partes consagra que cada um dos sujeitos processuais é responsável pelas consequências de sua própria inatividade, erros e negligência, pois possuem o ônus de demonstrar em juízo a comprovação do que lhe interesse. Esse princípio considera a ideia da prova como ônus, o que acaba sendo atenuado dentro do processo penal pelos poderes instrutórios do juiz (DEZEM, 2022, p. RB-11.4).

2.3.2. Princípio da aquisição/comunhão da prova

De acordo com o princípio da aquisição ou comunhão da prova, a prova não pertence com exclusividade a nenhuma das partes, mas sim ao processo, servindo tanto à defesa quanto à acusação e ao juiz. Não é algo invocável somente por aquele que a produziu (DEZEM, 2022, p. RB-11.5).

2.3.3. Princípio da oralidade

O princípio da oralidade é composto por quatro outros princípios. São eles: o princípio da imediação, que afirma que o magistrado precisa ter contato direto com as provas produzidas, facilitando a formação de sua convicção; o princípio da concentração dos atos processuais, que preza que a colheita da prova e o julgamento precisam se dar, de preferência, em uma única audiência ou no menor número delas; o princípio da identidade física do juiz, que alega que o magistrado que preside a instrução e colhe as provas fica vinculado à causa, devendo ser quem a julga; e o princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, que, assim como o nome sugere, diz que não há recurso oponível contra decisões interlocutórias (DEZEM, 2022, p. RB-11.6; NUCCI, 2021, p. 48).

A positivação do princípio da identidade física do juiz no processo penal não existia até a reforma dada pela Lei n. 11.719/2008 à redação do artigo 399, §2º do CPP, e consistiu na completa positivação do princípio da oralidade no processo penal brasileiro. Com esse princípio, temos que o magistrado que preside a instrução com colheita de provas deve ser quem irá proferir a sentença. Apesar de não existir

exceções a este princípio na legislação, a jurisprudência entende aplicáveis as exceções previstas no artigo 132 do Código de Processo Civil de 1973. Dessa forma, outro juiz poderá julgar o processo caso aquele que colheu a prova oral estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado (DEZEM, 2022, p. RB-11.6).

Haverão problemas com os atos praticados durante a vigência do CPC de 2015 visto que este não possui mais o princípio da identidade física do juiz: nestes casos, na ausência do juiz que presidiu a instrução, deve-se aguardar seu retorno para o julgamento ou um juiz substituto poderá julgar o feito em seu lugar? De acordo com o até aqui exposto, se entende possível a aplicação das exceções do artigo 132 do CPC de 1973, no entanto, tal regra não se repetiu no novo Código de Processo Civil. O doutrinador Guilherme Dezem entende que a ausência de tal princípio no “novo” CPC não pode ser motivo para impedir a aplicação das exceções (DEZEM, 2022, p. RB-11.6).

É necessária a flexibilização de certas regras a justificar a busca por justiça em cada caso concreto, atendendo as necessidades do Estado Democrático de Direito. A flexibilização do processo consiste na decisão racional por parte do magistrado por meio da adoção de certos parâmetros que impedem o puro arbítrio do julgador. Dessa forma, adotou o Superior Tribunal de Justiça a posição de ser possível a aplicação das exceções existentes no CPC antigo (1973), conforme as necessidades de justiça que cada situação exige (DEZEM, 2022, p. RB-11.6).

2.3.4. Princípio da verdade real

Vigora no processo penal brasileiro o princípio da verdade real, como se infere do artigo 155 do CPP. O processo penal precisa se preocupar com a averiguação e descobrimento da verdade real como fundamento da sentença, visto que a função punitiva do Estado só deve ser direcionada àquele que realmente tenha cometido um ilícito (MARQUES, 2009, p. 274; TOURINHO FILHO, 2017, p. 59).

No processo moderno, não consiste o juiz figura cem por cento impassível que somente observa o desenrolar processual, mas sim é partícipe dos atos de maior relevância da relação processual, pois o Código de Processo Penal admite a intervenção complementar e supletiva do judiciário naquelas operações que tem a

finalidade de apurar e de descobrir a verdade, inclusive, com força no artigo 156 do CPP, que afirma que o juiz pode, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências que ajudem à dirimir dúvida sobre pontos relevantes (MARQUES, 2009, p. 274-275).

Na área extrapenal, por estarem sendo discutidos interesses disponíveis, as partes podem usar seus dispositivos para, por exemplo, transacionar, transigir, submeter-se à vontade um do outro, se fazendo impossível a real restauração dos fatos. No processo penal, ao contrário do que disciplina o CPC (art. 374), qualquer fato pode ser objeto de prova, incluindo aqueles ditos incontroversos, como se aduz dos artigos 156, incisos I e II, e 209, dentre outros. Fernando da Costa Tourinho Filho diz que *“excepcionalmente, o juiz penal curva-se à verdade formal, não dispondo de meios para assegurar o império da verdade”* (TOURINHO FILHO, 2017, p. 59).

Na lição de Fernando da Costa Tourinho Filho, foram introduzidas em nosso ordenamento penal novidades que se propõe a limitar mais o juiz à sua função de dirimir o conflito entre as partes, encaminhando o processo penal para sua forma mais pura. Entre essas inovações, está o poder concedido às partes de fazerem suas reperguntas diretamente às testemunhas e ao réu em plenário do Júri (arts. 212 e 474, §1º, ambos do CPP), o julgamento antecipado (art. 397 do CPP) e a transação nas infrações de menor potencial ofensivo (TOURINHO FILHO, 2017, p. 59).

No processo penal, por discutir acerca de direitos indisponíveis, o magistrado seria munido dos mais diversos poderes instrutórios que o ajudassem na busca da verdade material. Ao contrário da esfera cível, dizia-se que no processo penal estava em vigor o princípio da verdade material, ou princípio da verdade substancial ou real. A premissa da pretensão punitiva do Estado era a descoberta a qualquer preço da verdade, o que, por muitas vezes, acabava por justificar arbitrariedades e violações de direitos, tornando-se o princípio da verdade real mais valioso do que a liberdade individual, assim como acaba por comprometer a imparcialidade do juiz, por causa de sua ampla iniciativa probatória (LIMA, 2018, p. 67-68).

O que se entende por verdade tem sido, atualmente, cada vez mais relativizado, pois se reconhece a impossibilidade de se atingir uma verdade absoluta, não havendo certeza do que efetivamente ocorreu durante o fato, em razão disso se fala hoje em verdade possível ou em busca da verdade. Existe, sim, uma aproximação da certeza dos fatos, seja em maior ou em menor grau, e busca-se a exatidão do fato

controverso, sem existir mais a pretensão de que se atinja uma verdade real, sendo isso um ideal inatingível (DEZEM, 2022, p. RB-11.7; LIMA, 2018, p.68).

Entretanto, a impossibilidade de se atingir um grau de certeza absoluta não quer dizer que o julgador deverá decidir de forma aleatória e desordenada, inclusive, Gustavo Badaró fala que tal impossibilidade não quer dizer que não vá existir um acerto verdadeiro no processo mas, sim, o reconhecimento de que só se pode falar sobre verdade das afirmações em termos relativos (BADARÓ, 2003, p. 36). Assim, se entende que a verdade que emergirá do processo depende do que for produzido no procedimento dialético entre as partes, o que aumenta sua responsabilidade, visto que impossível a reconstrução histórica dos fatos (DEZEM, 2022, p. RB-11.7).

2.3.5. Princípio da liberdade probatória

Este princípio, em seu duplo aspecto de atuação, atua tanto sobre o objeto da prova quanto sobre os meios de prova. Existe a ideia de que no processo penal tudo pode ser provado e por qualquer meio de prova, havendo, no entanto, algumas limitações probatórias que, conforme Guilherme Dezem, se aplicam em maior grau para a acusação e em menor grau para a defesa, em vista da dignidade do valor da liberdade no processo penal. Destaca-se como limitação probatória a utilização da prova ilícita e a violação de privilégios, como o privilégio do sigilo na relação do advogado com seu cliente (DEZEM, 2022, p. RB-11.8).

2.3.6. Princípio do *nemo tenetur se detegere*

Apesar de não encontrar previsão expressa, o princípio da não autoincriminação decorre do inciso LXIII do artigo 5º da Constituição Federal, que diz que o preso deverá ser informado de seus direitos, dentre eles o de permanecer calado, sendo-lhe assegurado a assistência tanto da família quanto de advogado. Esse direito ao silêncio, previsto na Constituição como o direito de permanecer calado, é uma das diversas decorrências do princípio *nemo tenetur se detegere*, conforme o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. É uma forma de autodefesa passiva, pois exercida por meio da inatividade do sujeito sobre quem recai

ou pode recair imputação de fato delituoso. Decorre desse princípio a proibição de qualquer forma de coerção ou intimidação para obtenção de confissão daquele que está sendo investigado ou acusado, bem como para que colabore em atos que possam vir a ocasionar sua condenação (LIMA, 2018, p. 70).

Guilherme Dezem diz haver a discussão se diante deste princípio foi recepcionado ou não o disposto no artigo 260 do CPP, que diz que se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença. Ainda que seja na modalidade de condução passiva, pois não há a invasão corporal sobre a pessoa a ser reconhecida, o Supremo Tribunal Federal se manifestou julgando procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) que discutia a recepção do artigo 260 em face da Constituição Federal, não recepcionando a expressão “para o interrogatório” presente no artigo, declarando a incompatibilidade da condução coercitiva de investigados ou réus para interrogatório com a Constituição Federal¹ (2022, p. RB-11.9).

Apesar de inserido no texto constitucional de forma deficiente, dando a entender que o único destinatário desse princípio é a pessoa presa ou acusada, a doutrina mais aceita é a de que tal dispositivo constitucional protege também aquele que esteja solto, bem como a qualquer pessoa a qual seja imputada um ilícito penal. Assim, se entende que o direito de não produzir provas contra si mesmo tem como titular qualquer pessoa que possa vir a se autoincriminar. Inclusive quanto à testemunha, por mais que tenha o dever de falar a verdade sob pena de cometer o delito de falso testemunho, não se pode obrigá-la a responder pergunta que possa importar em sua incriminação. Ainda que compromissada como testemunha, não configura crime de falso testemunho quando esta deixar de revelar qualquer fato que possa incriminá-la de alguma forma (LIMA, 2018, p. 70-71).

De acordo com Renato Brasileiro de Lima, o princípio do *nemo tenetur se detegere* não deve ser equiparado ao direito ao silêncio, pois é errado acreditar que tal princípio garante ao indivíduo apenas a garantia de que ele não possa ser obrigado a falar. Assegurando o direito de permanecer calado ao indivíduo, quis dizer o constituinte que esse não é obrigado a produzir provas contra si, sendo o direito ao silêncio então uma decorrência desse princípio, do qual podem ser extraídos outros

1 STF, ADPF 444/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, DJe 18.06.2018.

desdobramentos. São eles (LIMA, 2018, p. 74-76):

a. O direito ao silêncio ou direito de ficar calado – é o direito de não responder às perguntas formuladas pela autoridade, sendo uma forma de manifestação passiva de defesa, não significando sua confissão ficta ou falta de defesa, mas sim o exercício da autodefesa pelo acusado;

b. O direito de não ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal – conforme o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 14, §3º) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8, §3º, “g”), o acusado não é obrigado a confessar a prática delitiva, não podendo ser constrangido a isso;

c. Inexigibilidade de dizer a verdade – no Estado Democrático de Direito, não pode ser afirmado que o Estado assegure aos seus cidadãos o direito a comportamento antiético, como o é a mentira, no entanto alguns doutrinadores entendem que o acusado possui o direito de mentir, não existindo o crime de perjúrio em nosso ordenamento;

d. O direito de não praticar qualquer comportamento ativo capaz de incriminá-lo – a doutrina e a jurisprudência vem adotando o entendimento de não poder ser exigido do acusado um comportamento ativo do qual possa resultar na sua autoincriminação. Quando a produção da prova possuir como pressuposto uma ação do acusado, é indispensável o seu consentimento, não se admitindo medidas coercitivas que o obriguem a cooperar e nem mesmo configurando crime de desobediência ou de desacato quando ele escolher não o fazer, não se extraíndo presunção de culpabilidade dentro do processo penal.

e. O direito de não produzir nenhuma prova incriminadora invasiva – importante ressaltar que intervenções corporais são aquelas medidas de investigação realizadas sobre o corpo do indivíduo, sem, necessariamente, haver o consentimento desta, e, por meio da coação direta caso preciso, com o fim de descobrir circunstâncias importantes para o processo, com relação à condição física ou psíquica do sujeito, bem como a existência de objetos que esse possa estar escondendo. As intervenções podem ser invasivas, com penetração no organismo humano, implicando a utilização ou extração de alguma parte, tal como exame de sangue ou exame ginecológico, ou não invasivas, que consistem naqueles exames onde não há a penetração ou extração no corpo humano, como a perícia de material fecal ou exame de DNA a partir de fios de cabelo encontrados.

2.3.7. Princípio da presunção de inocência

É um princípio que remonta sua origem ao Direito Romano, sendo praticamente abolido durante o período inquisitivo na Idade Média, visto que durante a inquisição, a dúvida que era gerada pela insuficiência probatória, quando subsistisse em uma suspeita, equivalia a um juízo de semiculpabilidade e semicondenação a uma pena leve. Era, por contrário do que temos hoje, uma presunção de culpa, sendo que as chamadas semiprovas, como um boato e um depoimento, eram o suficiente para uma condenação (DEZEM, 2022, p. RB-11.10; LOPES JUNIOR, 2021, p. 37).

A presunção de inocência consiste na confiança depositada no valor ético da sociedade, chamado por Fernando da Costa Tourinho Filho de um ato de fé, próprio de toda a sociedade, que se designa no reconhecimento dos princípios do direito natural como fundamento da sociedade, constituindo elementos essenciais da democracia juntamente com a soberania do povo e o culto à liberdade (TOURINHO FILHO, 2017, p. 2017). Um Estado só é legítimo quando reconhece a existência de direitos aos seus cidadãos, entre eles o direito de ter mantido seu status de inocente até o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, implicação essencial ao Estado Democrático de Direito (DEZEM, 2022, p. RB-11.10).

O princípio da presunção de inocência pode ser examinado sob uma ótica tríplice no processo penal: 1. É garantido a todo cidadão a condição prévia de inocência, que só é afastada com o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; 2. Consiste em regra de julgamento e 3. É regra de tratamento do acusado durante o processo, não podendo ele ser equiparado a culpado. De forma simples e resumida, retiramos de tal visão as seguintes concepções: somente a sentença tem a faculdade de declarar alguém culpado, quando da sentença as únicas possibilidades são a de culpado ou inocente, não havendo uma terceira via, a culpabilidade precisa ser provada através de um grau de certeza, o acusado não tem que provar sua inocência, nem mesmo pode ser tratado como culpado e não podem existir partes da culpa que não precisem ser provadas (DEZEM, 2022, p. RB-11.10).

Da análise da Constituição Federal bem como da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, temos as três principais manifestações integradoras do princípio da presunção da inocência (LOPES JUNIOR, 2021, p. 39):

É um dos princípios fundadores do processo penal e estabelece garantias para aquele a quem está sendo imputado delito frente à atuação punitiva do Estado, construindo um *standard* probatório pois age no nível de exigência probatória para sustentar um decreto condenatório, atuando na perspectiva subjetiva, enquanto as regras probatórias possuem natureza objetiva. Não incide apenas no julgamento em seu sentido estrito, mas também ao longo da persecução criminal, do inquérito policial até o trânsito em julgado, inclusive na fase de revisão criminal quando houver.

Está diretamente relacionado à forma como o imputado é tratado durante o processo penal, pois deveria partir-se sempre da ideia de que ele é inocente, reduzindo as medidas capazes de restringir seus direitos durante o processo. Essa norma de tratamento atua na dimensão interna do processo, na imposição ao juiz de que trate o acusado como inocente, devendo as prisões cautelares serem usadas de forma excepcional, e na dimensão externa, devendo existir a proteção do acusado contra a publicidade abusiva e a estigmatização precoce, limitando de forma democrática a exploração da mídia em torno do fato criminoso e do processo judicial.

É norma que se refere diretamente ao juízo do fato feito pela sentença penal, sendo que sua incidência no contexto probatório exige que caso não haja prova completa da culpabilidade se imponha a absolvição do acusado. É exigido que o material probatório seja produzido pela acusação, de modo lícito, voltado a demonstrar a culpa do acusado e a materialidade do delito, pois se o réu é inocente, nada precisa provar, não havendo a possibilidade de ser invertido o ônus da prova.

Guilherme Dezem diz existir ainda doutrinadores que distinguem o princípio da presunção de inocência do princípio do *in dubio pro reo*. Como regra de julgamento, ambos se confundem, sendo os dois espécie do gênero “favor rei”. Entretanto, o princípio da presunção de inocência possui aplicação processual e extraprocessual, enquanto que o *in dubio pro reo* só atua dentro do processo (2022, p. RB-11.10).

A maior expressão do *in dubio pro reo* na legislação é o inciso VI do artigo 386 do CPP, que diz que o juiz absolverá o réu se não houver provas suficientes para a condenação. Por outro lado, se considera prova insuficiente todas aquelas que não logram a produção de certeza, mantendo o julgador em estado de dúvida, não tendo nada a ver com a apreciação ou a forma da criminalidade (MARQUES, 2009, p. 276).

2.3.8. Princípio da audiência contraditória

Consiste na ideia de que é admitida a possibilidade de realização de contraprova para toda prova realizada, sendo vedada a admissão da produção de provas, qualquer que seja, sem o conhecimento e a possibilidade de atuação da parte contrária (DEZEM, 2022, p. RB-11.11).

2.3.9. Princípio da proibição da prova ilícita

Dispõe o artigo 5º, LVI, da Constituição Federal que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Já no Código de Processo Penal, em seu artigo 155, parágrafo único, temos que somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil”, enquanto que o Código de Processo Civil, de forma mais rígida, afirma que “as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz” (NUCCI, 2021, p. 75).

Nesse sentido, interpretando a norma penal em consonância com o texto constitucional, temos que o processo penal precisa ser formado em torno das provas legais e legítimas, sendo inadmitidas aquelas provas obtidas por meio ilícito.

Conforme a doutrina, as provas contrárias à lei pertencem ao gênero das provas ilegais, que podem ser divididas em provas ilegítimas e provas ilícitas.

Provas ilegítimas são aquelas produzidas mediante a violação de certas normas processuais, como, por exemplo, a oitiva de testemunhas sem respeitar o direito que as partes possuem de fazer perguntas. Já as provas ilícitas são aquelas obtidas através da violação de normas de direito material ou de garantias constitucionais, como, por exemplo, uma escuta ilegal ou as provas conseguidas mediante tortura ou maus tratos (BADARÓ, 2022, p. RB-10.12).

Badaró afirma que costumava haver um isolamento entre o plano material (prova ilícita) e o plano processual (prova ilegítima), pois, ao ser violada uma norma material, havia uma sanção de direito material, enquanto que, ao ser desrespeitada uma norma processual, existia apenas uma sanção processual. Como não existia

sanção processual para a violação das regras de direito material, aquele que a lesionou era punido no plano do direito material, no entanto a prova ilícita inserida no processo era validamente valorada (2022, p. RB-10.12).

A Constituição Federal assegurou a inadmissibilidade processual da prova ilícita, considerando expressamente inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos, criando uma ligação entre os dois planos. Entretanto, a Carta Magna não estabelece de forma clara a consequência da admissão da prova ilícita no processo, ainda que vedada. No entanto o CPP, no seu artigo 157, *caput*, previu o desentranhamento dessas provas do processo (BADARÓ, 2022, p. RB-10.12).

Ainda que possa se imaginar que a vedação da utilização das provas ilícitas represente uma limitação à busca da verdade e ao convencimento do juiz, deve se destacar que a própria busca da verdade não é ilimitada e não pode ser atingida a qualquer custo. Na atividade probatória, o fim é tão importante quanto o meio. De outro modo, a livre valoração da prova precisa ser entendida dentro do contexto do material probatório produzido de forma válida (BADARÓ, 2022, p. RB-10.12).

Cabe ressaltar que no momento em que o juiz for inadmitir a prova, ele acaba tendo contato com o conteúdo probatório obtido de forma ilícita e, ainda que não possa fundamentar a sua decisão nesses elementos, do ponto de vista psicológico é complicado ignorar mentalmente os seus efeitos. Para prevenir esse tipo de resultado, a Lei n. 13.964/2019 – cujo início de vigência está suspenso por liminar do STF – criou uma nova hipótese de impedimento judicial mediante o §5º do artigo 157 do CPP, que diz: “O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão” (BADARÓ, 2022, p. RB-10.12).

2.3.10. A relação dos conceitos e princípios com o reconhecimento fotográfico

O presente trabalho se propõe a analisar o ato de reconhecimento fotográfico frente ao procedimento estabelecido pelo artigo 226 do Código de Processo Penal, bem como sua relação com a doutrina e com a jurisprudência, tendo em vista as mudanças legislativas que ocorreram desde a criação do Código de Processo Penal e ainda a alteração de entendimentos estabelecidos pela Corte Superior.

O direito processual penal é o ramo do direito que sintetiza o conflito entre o *ius puniendi* estatal e o *ius libertatis* do particular e é a exteriorização do modo que o

sistema jurídico-político resolve tal conflito. A análise dos sistemas de valoração da prova demonstram como nossos *codex* foram influenciados por conceitos socioculturais e ideológicos de cada época, sendo que o Código de Processo Penal vigente, do ano de 1941, por influência do Estado Novo, demonstra traços políticos que marcaram a época (CARVALHO, 2014, p. 16).

Luis Gustavo Carvalho afirma:

Com efeito, muita coisa mudou entre o Código de 1941 e a Constituição de 1988; a alteração foi de estrutura, foi subjacente, o que provoca uma ruptura de grande monta que deita raízes profundas na estrutura jurídico-política. Urge, pois, que se faça uma reforma radical no Código de Processo Penal brasileiro, de forma que aquela diretriz constitucional se imponha plenamente. As reformas parciais que têm sido feitas não superam o descompasso, na medida em que disposições legais, produzidas de acordo com uma concepção superada, não convivem adequadamente com novas disposições, orientadas por outros princípios (2014, p. 17).

Dito isso, considerando o decorrer do tempo entre a criação do Código de Processo Penal e da Constituição Federal até agora, entende-se necessária a análise prévia dos conceitos descritos no presente capítulo, assim como dos princípios da prova no processo penal, para estabelecer uma visão geral prévia acerca dos meios de prova e de como os mesmos são abordados pelo *codex* processual penal brasileiro, e, ainda, definir certos pontos de desacordo entre os dispositivos do Código e a Constituição, a partir dos princípios processuais constitucionalizados.

O doutrinador Luis Gustavo Carvalho diz que certos princípios constitucionais não alcançaram a interpretação que mereciam e, ainda que se deva dotar o Estado de mecanismos institucionais necessários, esses não devem se sobrepor à Constituição (2014, p. 18). É o que se verá, principalmente, quando da análise do princípio da vedação da utilização da prova ilícita e das exceções a esse princípio aceitas pela jurisprudência – teorias da fonte independente e da descoberta inevitável – que acabam relacionando-se diretamente à admissibilidade do ato de reconhecimento fotográfico.

3. RECONHECIMENTO DE PESSOAS E COISAS: RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO

Esse capítulo destina-se a analisar o reconhecimento de pessoas e coisas, meio de prova descrito no artigo 226 do Código de Processo Penal e, de forma mais minuciosa, será feita uma análise acerca do reconhecimento de pessoas realizado através de fotografia (reconhecimento fotográfico). Para tanto, será feita uma análise doutrinária e jurisprudencial do ato referido.

3.1. Reconhecimento de pessoas e coisas

O reconhecimento de pessoas ou coisas consiste em um meio de prova onde alguém faz a descrição de uma pessoa ou de uma coisa vista por ela no passado, com o intuito de verificar e confirmar a sua identidade defronte a outras pessoas ou coisas que são parecidas com as descritas (BADARÓ, 2022, p. RB-10.74). Nesse sentido, ocorre o reconhecimento quando, realizado um juízo de identidade entre concepções presente e passada, há a recordação de, vendo uma pessoa ou coisa, tê-la visto anteriormente, ao se comparar as duas experiências (NUCCI, 2022, p. 297; LOPES JUNIOR, 2021, p. 215).

À princípio, é reconhecível tudo o que se pode perceber pelo sentido da visão, conforme a linha de raciocínio existente no CPP, visto que o *codex* se omite quanto ao reconhecimento que possa vir a depender de outros sentidos como o olfato e o tato, por exemplo (LOPES JUNIOR, 2021, p. 215). Diante dessa ausência de previsão, inexistem formalidades a serem observadas no caso de reconhecimento auditivo, por exemplo e, quando houver essa necessidade, deverá ser realizada prova pericial, feita por um especialista, ou prova testemunhal (NUCCI, 2022, p. 300).

O reconhecimento possui natureza jurídica de meio de prova, sendo um ato extremamente formal, cuja validade está vinculada à observância do procedimento previsto nos incisos do artigo 226 do CPP (BADARÓ, 2022, p. RB-10.74; LOPES JUNIOR, 2021, p. 215). Badaró afirma que o entendimento da jurisprudência vem demonstrando, recentemente, maiores preocupações com os aspectos epistêmicos do reconhecimento pessoal, exigindo que os requisitos legais sejam cumpridos com maior rigor, tendo em vista que antes o descrito no artigo 226 do CPP era considerado

uma mera recomendação legal (2022, p. RB-10.74).

Não existem diferenças procedimentais extremamente importantes entre o reconhecimento de pessoas e o de coisas, devendo as mesmas cautelas serem observadas para ambos os procedimentos, nos termos do artigo 227 do CPP (DEZEM, 2021, p. RB-11.90).

Quanto ao reconhecimento de coisas, são passíveis de reconhecimento aquelas que se relacionam com o fato delituoso, aquelas coisas sobre as quais incidiu a ação delituosa, as coisas das quais se levou a efeito a infração penal, as coisas que de forma acidental foram modificadas pela ação delituosa, direta ou indiretamente, e aquelas coisas que se constituíram no cenário do fato (NUCCI, 2022, p. 300).

Guilherme de Souza Nucci ainda afere que o processo de reconhecimento deve ser individualizado, não podendo ser realizado de forma coletiva ou em grupo, evitando a influência que várias pessoas juntas poderiam ter uma sobre as outras. O processo precisa ser individualizado para que cada pessoa possa se manifestar quanto à pessoa ou coisa a ser reconhecida, conforme o artigo 228 do CPP. Aquele que já participou do ato não deve se comunicar com aqueles que ainda irão empreender a diligência, dirimindo as chances de macular o reconhecimento (NUCCI, 2022, p. 300).

Quanto ao seu valor probatório, o reconhecimento é considerado pelo doutrinador Fernando da Costa Tourinho Filho como a prova mais precária dentre todas, visto que pode ser afetada por diversos fatores, tais como o uso de disfarce, a ação do tempo, condições ruins de observação, a vontade de reconhecer e os erros por semelhança (2017, p. 631). Por ser um meio de prova apoiado em fonte pessoal, se sujeita aos problemas relacionados àquelas provas que dependem da memória, sejam os erros cometidos de forma sincera, como as falsas memórias, bem como aqueles provocados pela má-fé. Na avaliação do valor probatório do reconhecimento, precisa haver o confronto entre a descrição do suspeito feita anteriormente pela pessoa que identificou com os traços físicos da pessoa identificada (BADARÓ, 2022, p. RB-10.76).

Por vezes o reconhecimento é realizado de forma informal que, na prática, é quando, na própria audiência, o juiz pergunta se a testemunha ou a vítima reconhece o réu ou a arma do crime, por exemplo. Essa forma de reconhecimento é considerada como confirmatória, pois complementa o depoimento ou a declaração feita

anteriormente (GRECO FILHO, 2013, p. 252). Aury Celso Lima Lopes Junior diz que essa informalidade é arbitrária e um desprezo à formalidade do ato probatório, porque atropela as normas do devido processo legal, violando principalmente o direito de não fazer prova contra si mesmo, não devendo ser aceito nos tribunais o que o doutrinador chama de “abuso”, em nome do livre convencimento do julgador (LOPES JUNIOR, 2021, p. 215).

Já o reconhecimento formal é aquele realizado nos moldes dos artigos 226 a 228 do Código de Processo Penal.

Nesses termos, a pessoa que for reconhecer deverá descrever a pessoa ou coisa a ser reconhecida, em seguida a autoridade irá colocar a pessoa cujo reconhecimento se pretende, de preferência, ao lado de outras que com ela possuem alguma semelhança, convidando aquele que tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la (TOURINHO FILHO, 2017, p. 632). Caso haja receio de que a pessoa a reconhecer possa ficar intimidada, esta poderá ser colocada em um lugar reservado. Após, lavrar-se-á auto circunstanciado, devendo ser assinado pela pessoa que realizou o ato de reconhecimento, bem como por duas testemunhas presenciais (GRECO FILHO, 2013, p. 253). O procedimento aqui descrito será analisado oportunamente, em tópico próprio.

O Código de Processo Penal é omissivo ao dizer quantas pessoas devem ser colocadas ao lado do imputado durante o ato de reconhecimento, mas Aury Celso Lima Lopes Junior afirma que o recomendado é que esse número não seja inferior a cinco, ou seja, quatro pessoas mais o suspeito, dando uma maior credibilidade ao ato e reduzindo a margem de erro. Quanto às semelhanças físicas, o crucial é a criação de um cenário com o menor nível de indução possível, por isso as características dos outros participantes precisam ser semelhantes às do imputado (estatura, porte físico, cabelo, pele, etc). O juiz deverá observar, também, as vestimentas, para que não haja um grande contraste entre os participantes (LOPES JUNIOR, 2021, p. 215).

Da pessoa a ser reconhecida, existem questionamentos presentes na doutrina acerca da possibilidade de obrigá-la a participar do procedimento. No caso de não haver a concordância daquele a ser reconhecido a participar do ato de reconhecimento, imagina-se então a violação ao direito da não produção de provas contra si mesmo. O questionamento surge pois, na verdade, não se trata da intervenção ativa na intangibilidade da pessoa, porque se exige apenas sua presença

de maneira passiva durante o ato (DEZEM, 2021, p. RB-11.91).

À corroborar com o entendimento de que a obrigação do acusado/indiciado a participar do ato de reconhecimento pessoal ainda que não queira é uma violação ao seu direito de não se autoincriminar, está a declaração de inconstitucionalidade da condução coercitiva feita nas ADPF 395 e 444, onde foi decidido pelo STF que a condução coercitiva dos réus, ou investigados, para serem interrogados é inconstitucional, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal da autoridade, bem como de serem consideradas ilícitas as provas obtidas, devendo a decisão alcançar também a condução coercitiva para o reconhecimento pessoal (LOPES JUNIOR, 2021, p. 215).

3.2. Reconhecimento fotográfico

Ocorre de forma rotineira nas delegacias no Brasil o ato de reconhecimento através de fotografias. Nesse caso, é introduzido frente aquele que deverá reconhecer fotografias de diversos sujeitos, dos quais a maioria já pertenceu ao sistema penitenciário, sem haver qualquer tipo de descrição prévia, para que o ofendido utilize desse material para apontar o responsável em praticar determinada conduta delituosa (FELIX, 2014, p. 70).

Essa forma de reconhecimento é justificada muitas vezes pela praticidade e economia de recursos, tendo em vista que basta a exposição de uma fotografia, sem ser necessário o deslocamento até a delegacia de polícia, bem como pela segurança, visto que não é necessário colocar a vítima em frente ao suspeito. Ainda que abarrotado de supostas benesses, essa prática não encontra regulamentação no Código de Processo Penal.

O assunto não é tema pacífico na doutrina, existindo doutrinadores que admitem o uso do reconhecimento fotográfico como meio de prova atípico e outros que o entendem como prova irritual, vedando sua utilização. Por prova irritual se entende aquela que foi produzida sem a observância do procedimento probatório, qual seja, aquele procedimento previsto no artigo 226 do CPP (DEZEM, 2021, p. RB-11.93). Na visão de Guilherme Dezem, o reconhecimento fotográfico é prova atípica, por ser diverso o objeto sobre o qual recai a conduta a ser efetivada, sendo permitida a produção deste meio de prova diante do princípio da liberdade probatória. No meio

de prova típico, a conduta recairá sobre a pessoa ou coisa, enquanto que nesse meio atípico a conduta de reconhecer recai sobre a fotografia (2021, p. RB-11.93).

De acordo com a Lei da Identificação Criminal, só poderia ser admitido a utilização do reconhecimento fotográfico na hipótese em que houver a impossibilidade do reconhecimento ser pessoal, devendo sua realização ser análoga ao procedimento disposto no artigo 226 do CPP, com a observância das hipóteses de admissibilidade previstas na Lei 12.037/2009 (DEZEM, 2021, p. RB-11.93).

No Brasil, o reconhecimento fotográfico acontece na forma *show-up* ou na apresentação de um álbum de suspeitos.

A forma *show-up* é quando se apresenta à vítima ou à testemunha uma única foto do suspeito, questionando acerca da autoria delitiva. O grande problema nessa forma de reconhecimento fotográfico reside na ausência de opções com as quais possa se comparar o suspeito, podendo esse ser reconhecido como autor do crime pelo simples fato de apresentar características semelhantes com as do autor do delito (como o mesmo corte de cabelo, por exemplo), sendo extremamente sugestivo, com grandes riscos de gerar um falso reconhecimento (MATIDA, 2021, p. 418).

Já o álbum de suspeitos, forma muito utilizada durante as investigações criminais, funciona com a apresentação de um álbum, podendo ser virtual, com uma pluralidade de fotografias de suspeitos que são apresentadas ao reconhecedor ao mesmo tempo. São indivíduos previamente selecionados pela autoridade policial, sem a existência de critérios específicos para a inclusão ou exclusão de imagens ou de um protocolo a ser seguido que pudessem ser capazes de evitar que o próprio ato de reconhecimento fotográfico contaminasse a memória da vítima ou testemunha (MATIDA, 2021, p. 418-420).

Um dos aspectos que garantem a confiabilidade do resultado de um ato de reconhecimento é a existência de um alinhamento onde não há o destaque de nenhum dos componentes sobre os demais, o que se opõe à forma *show-up*. Alinhamento é o modo por meio do qual se exhibe a pessoa suspeita à vítima ou testemunha, juntamente com outras pessoas. Esse método tem a pretensão de afastar a sugestibilidade da memória do reconhecedor, evitando a implantação do rosto daquela pessoa exibida individualmente na memória da vítima ou testemunha, como acontece no *show-up*, dificultando a formação de uma falsa memória, objeto de estudo do capítulo seguinte (MATIDA, 2021, p. 420).

Além de plural, o alinhamento precisa ser justo, o que consiste na apresentação do suspeito com outras pessoas não suspeitas, sendo essas sabidamente inocentes, atendendo a descrição dada pela vítima ou testemunha, o que ameniza o risco de falsos apontamentos. Quanto à utilização de pessoas não suspeitas, há de se ressaltar que, caso utilizado o *show-up*, toda vez que o suspeito for uma pessoa inocente, o ato iria contribuir para sua seleção injusta como culpado. O chamado uso de *fillers* (hipóteses fáticas sabidamente falsas) ajuda a evitar erros judiciários que poderão ser cometidos a partir do álbum de suspeitos, pois o reconhecimento de alguém que se sabe inocente gera uma gama de informações que precisarão ser analisadas pelos investigadores (MATIDA, 2021, p. 421-423).

A autora Janaina Matida destaca que a prática do álbum de suspeitos está combinada com a chamada “visão de túnel”, que consiste na tendência existente nos atores do sistema de justiça criminal a focarem no suspeito, selecionando e filtrando as provas que irão construir o caso, levando-o a condenação, da mesma forma que ignoram ou suprimem aquelas provas que afastariam o suspeito da culpa (2021, p. 420). Isto significa que, além da realização de procedimento ilícito, comumente utilizado no início da investigação criminal, ainda paira sobre ele a visão de túnel, que auxilia os investigadores a partirem da suposição de que a imagem do autor do delito está catalogada, podendo ser verificada a partir da exibição de imagens sem os mínimos cuidados, o que desvia a atenção de outros elementos informativos importantes (MATIDA, 2021, p. 420).

Ainda nas palavras de Janaina Matida:

Dois tipos de razões emprestam justificado fundamento às críticas ao aproveitamento de tais reconhecimentos fotográficos: do ponto de vista epistêmico, não conduzem à verdade; do ponto de vista político-garantista, debilitam as garantias processuais penais do investigado acusado, fazendo com que, desde o princípio da investigação sejam tomados como se culpados fossem, o que dificulta sobremaneira o exercício do direito de defesa no curso do processo, ao mesmo tempo em que facilita injustas condenações como seu desfecho. Enquanto o mero apontamento de alguém em tão deploráveis condições procedimentais seja considerado bastante para a sua qualificação como suspeito, é fato que a presunção de inocência não está a desempenhar limite ao abuso estatal como deveria (2021, p. 426).

Ainda, sabe-se ser vedado pela Carta Magna a admissibilidade de provas ilícitas, no entanto, foi trazido pelo legislador algumas hipóteses que preveem a

relativização dessa garantia como, por exemplo, algumas teorias advindas do sistema *common law*, como a teoria da fonte independente e a teoria da descoberta inevitável, que dão suporte a legalização de provas ilícitas (FELIX, 2014, p. 72).

No caso do álbum de fotos, quando a vítima ou testemunha reconhece algum indivíduo sem existir sequer uma prévia descrição sobre aquele que cometeu o fato, a autoridade policial irá proceder no reconhecimento pessoal nos termos do artigo 226, inciso II, do CPP, havendo a derivação de um ato ilegítimo, que, posteriormente tornar-se-á legalizado, visto que, embasado o indiciamento, à *posteriori*, determinará o juiz um novo ato de reconhecimento do réu durante a audiência de instrução, e o reconhecimento que foi originado em um álbum de fotografias irá se tornar um ato legal (FELIX, 2014, p. 73).

Thais Comassetto chama esse processo de “judicialização do ato ilegítimo”, onde indício obtido por meio ilegítimo se torna uma prova lícita, aduzindo que a ilicitude da prova acontece quando o acusador, na denúncia, introduz tal ilicitude no processo (2014, p. 73). Entretanto, à favor da prova ilícita se encontram as teorias da fonte independente ou da descoberta inevitável, tendo em vista que, caso o julgador demonstre que o possível autor do crime poderia ser identificado de outras formas, a prova se torna lícita (FELIX, 2014, p. 73).

Tais teorias introduzidas no Código de Processo Penal, segundo a autora, vão de encontro com o disposto na Constituição Federal, que é clara ao tratar como inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos, sem ressalvas. Se entende que essa norma constitucional funciona como uma forma de obstáculo à regressão a um sistema onde a verdade deve ser perseguida a qualquer preço, entendendo o processo penal como uma forma de efetivação dos direitos fundamentais, bem como um limite ao poder punitivo do Estado, se opondo ao exercício arbitrário do poder estatal em defesa do Estado Democrático de Direito (FELIX, 2014, p. 73-74)².

Ainda que o ato seja posteriormente judicializado a problemática persiste. Ao

² Ainda que manifestada a posição da autora, oportuno mencionar que a posição do STJ é no sentido de admitir amplamente as teorias da descoberta inevitável e da fonte independente de provas. Nesse sentido:

“O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de que “a ilicitude da prova, por reverberação, alcança necessariamente aquelas dela derivadas (Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada), salvo se não houver qualquer vínculo causal com a prova ilícita (**Teoria da Fonte Independente**) ou, mesmo que haja, seria produzida de qualquer modo, como resultado inevitável das atividades investigativas ordinárias e lícitas (**Teoria da Descoberta Inevitável**)” (EDcl no RHC n. 72.074/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 4/12/2017, grifei)

refletir que, ainda que o reconhecimento fotográfico realizado na fase investigatória seja confirmado em juízo, cabe pensar que aquele que o reconheceu simplesmente confirma perante o julgador o ato de reconhecimento anteriormente realizado, não sendo a prova de fato produzida em juízo de acordo com as disposições do artigo 226 do CPP (OLIVEIRA, 2018, p. 16).

Abandonado o conceito de verdade real como objetivo do processo penal, a punição sobre um inocente precisa ser rechaçada pelo Estado de Direito. A prova ilícita *pro reo* precisa ser estudada. Mesmo quando utilizados os conceitos de verossimilhança e não de “verdade”, há que em favor do réu, tal objetivo não poderá ser utilizado para a admissão da prova colhida em contrariedade aos mandamentos legais, eis que os instrumentos processuais estão a trabalho da qualidade jurisdicional legítima descendente do devido processo legal (FELIX, 2014, p. 75; OLIVEIRA, 2018, p. 16).

Assim, ainda que apresentadas diversas fotografias de suspeitos, a própria existência de estereótipos sociais e raciais afastam a convicção de que apenas isso seria o suficiente para solucionar o caso de forma justa. A solidez do conjunto informativo é comprometida, pois atribuído demasiado valor ao resultado de um procedimento que nem sempre corrobora com a verdade dos fatos. A autora Janaína Matida salienta, inclusive, que o reconhecimento precisa ser a consequência das demais informações colhidas durante a investigação, e não seu ponto de partida, devendo, a anteceder, haver elementos informativos apontando determinado suspeito para só então ser realizado o reconhecimento (MATIDA, 2021, p. 421).

À reforçar as possíveis injustiças causadas pelo reconhecimento fotográfico está a teoria do *labelling approach*, conceituando a seletividade penal. Conforme essa teoria, as relações sociais e o controle de poder influenciam na seleção das condutas que serão criminalizadas, bem como na reação social destinada a cada uma dessas condutas, transformando em *outsiders* os desviantes. Esse etiquetamento acaba por ser utilizado no reconhecimento fotográfico, visto que as imagens apresentadas pela autoridade policial à vítima ou testemunha costumam já fazer parte do portfólio policial, contendo fotos de indivíduos com maus antecedentes. Isso reforça a teoria do etiquetamento, porque a seleção de fotos na maioria das vezes é baseada em estigmas pré estabelecidos, utilizando do status social do indivíduo como fonte sobre sua identidade (MAGALHÃES, 2020, p. 1717-1720).

Em setembro de 2020 a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro apresentou relatório expondo que 53 pessoas foram acusados com base em reconhecimento fotográfico realizado de forma falha durante a fase inquisitiva ao longo de novembro de 2014 à agosto de 2019³. A corroborar com esses dados, o *National Registry of Exonerations*⁴, banco de dados norte americano que reúne informações sobre casos de erros judiciais já revertidos nos Estados Unidos da América, revelou que lá os motivos mais frequentes de condenação de pessoas inocentes são, em 29% dos casos, erros ocorridos nos atos de reconhecimento⁵.

Diante disso, se tem que a presença de preconceitos e estigmas acabam por exercer grande influência na prática do reconhecimento e são potencializados quando o procedimento adequado exigido pela legislação não é observado, como ocorre no caso do reconhecimento fotográfico, gerando uma afronta ao princípio do *in dubio pro reo* e às garantias constitucionais estabelecidas.

Janaina Matida defende a modalidade do reconhecimento fotográfico como alternativa que, corretamente desenvolvida, pode oferecer resultados confiáveis, com a ressalva de que tenha sua produção regulada institucionalmente. Diz, ainda, que os achados empíricos encontrados até então não demonstram de forma congruente que o reconhecimento presencial produza sempre melhores resultados comparados ao reconhecimento fotográfico (2021, p. 426-427).

Em seu argumento defensivo, revela que em revisão detalhada de pesquisas comparativas entre o reconhecimento presencial e o fotográfico, não foi demonstrada vantagens consistentes de uma fora de reconhecimento sobre a outra, sendo que em alguns casos há vantagens do reconhecimento presencial, enquanto que noutros do reconhecimento fotográfico, possuindo resultados similares (MATIDA, 2021, p. 428).

Com o intuito de superar as limitações da fotografia, já foi concebido métodos de exibição do rosto por vídeo, suprimindo a restrição das fotos quanto à análise de diversos ângulos da face da pessoa. Ao que diz respeito à observação do suspeito de corpo inteiro, impossível no reconhecimento fotográfico, Matida afirma que, por mais que o corpo auxilie no reconhecimento, a maior parte das informações que identificam

3 Disponível em:

<http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/imagens/d12a8206c9044a3e92716341a99b2f6f.pdf>. Acesso em: ago. 2022.

4 Registro Nacional de Exonerações, em tradução livre.

5 Innocence Project Brasil. Prova de reconhecimento e erro judiciário. São Paulo. 1. ed., jun. 2020, p. 1.

alguém estão presentes em seu rosto. Entre as demais vantagens ressaltadas está a ausência do estresse causado pelo momento do ato (MATIDA, 2021, p. 428-429).

3.3. Estrutura do art. 226

Esse capítulo irá abordar a estrutura do artigo 226 do Código de Processo Penal, bem como sua aplicação no ato de reconhecimento pessoal e fotográfico.

O artigo dispõe:

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.

O referido dispositivo traz em seu texto o procedimento probatório acerca do ato de reconhecimento, dividindo-o em três fases distintas, quais sejam:

- a. A fase antes do reconhecimento, onde a pessoa que irá reconhecer precisa descrever o indivíduo ou coisa a ser reconhecida;
- b. A fase intermediária, onde pessoa a ser reconhecida deve ser colocada, se possível, ao lado de outras semelhantes, e aquele que tiver de fazer o reconhecimento deverá apontá-la;
- c. Por fim, lavra-se o auto de reconhecimento.

Guilherme Dezem afirma que os maiores problemas discutidos pela doutrina é a abrangência do termo “se possível”, constante no inciso II do artigo 226, bem como se na esfera de aplicação do artigo 226 está inclusa a fase judicial além da inquisitiva

(2022, p. RB-11.91).

O inciso I trata da descrição, dizendo que “a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida.”

Existe na doutrina a ideia de que se uma das características do acusado for o suficiente para reconhecê-lo, não há a necessidade da descrição de suas demais características (DEZEM, 2022, p. RB-11.91)⁶.

No entanto, garantir que a pessoa que irá reconhecer tenha que fazer a descrição do indivíduo, é também aumentar as chances de certeza contra à possível precipitação de um reconhecimento (MARQUES, 2009, p. 331).

Já o inciso II fala sobre a necessidade de serem colocadas pessoas semelhantes ao lado da pessoa cujo reconhecimento se pretende.

A primeira posição adotada pela doutrina diz que o termo “se possível” é referente apenas àquelas pessoas parecidas. Ou seja, nesta posição, se acredita na necessidade de se colocar pessoas ao lado do reconhecido, sendo que somente se possível estas serão parecidas com ele. É a posição adotada pelos doutrinadores Guilherme Nucci e Tourinho Filho. Já a segunda posição, elegida por Tornaghi e Mirabete, declara que o termo faz referência a qualquer pessoa. Nesta segunda posição defendida, o acusado só será colocado ao lado de outras pessoas, sejam elas parecidas com ele ou não, se for possível (DEZEM, 2022, p. RB-11.91).

Quanto à aplicação do artigo 226 em juízo, existem algumas vertentes doutrinárias. A posição de Mirabete afirma que embora seja recomendável, não se aplica o artigo 226 à fase judicial. Camargo Aranha, por sua vez, afirma que adotado o sistema da amplitude das provas, assim como o da convicção condicionada, ainda que o ato realizado em juízo não possa se tratar de reconhecimento, pode ser aproveitado como uma prova inominada, com o valor definido de acordo com a convicção do próprio julgador. O doutrinador Frederico Marques, acompanhando a posição majoritária da jurisprudência, afirma não poder se aplicar o artigo 226 à fase judicial, enquanto Tourinho Filho entende aplicável no caso de dúvida quanto à identidade da pessoa ou coisa a ser reconhecida. Guilherme Nucci, por sua vez, afirma que não observada a formalidade disposta no *codex*, o reconhecimento poderá

⁶ “Não há necessidade de que a testemunha proceda à descrição do acusado, se uma de suas características físicas foi suficiente para o seu reconhecimento pessoal” (STJ, RHC 12.227/RJ, rel. Min. Gilson Dipp, DJ 15.04.2002).

ser admitido como reconhecimento informal (DEZEM, 2022, p. RB-11.91).

Guilherme Dezem, no entanto, opina que para que se possa reconhecer a não aplicação do referido artigo em juízo, precisa haver a previsão no tipo de que tais formalidades não são aplicáveis à fase judicial, sendo que o que ocorre é justamente o contrário, visto que o artigo 226 só excepciona de aplicação em juízo o inciso III, não podendo ser afastadas as formalidades previstas quando do reconhecimento judicial (2022, p. RB-11.91).

Nessa linha de raciocínio, as provas irrитуais não podem ser admitidas no processo. O ato de reconhecimento pessoal, da forma como disciplinado no CPP, envolve as percepções guardadas na memória que só podem ser conferidas caso seguido o ritual descrito no artigo supra referido. Não se trata de admitir a utilização do princípio do livre convencimento motivado como arma capaz de sanar todas as nulidades e irregularidades, mas sim de perceber a impossibilidade de valoração da prova irrítual, como o reconhecimento fotográfico, que, em desconformidade com o modelo legal, não pode ser usada na fundamentação das sentenças (DEZEM, 2022, p. RB-11.91).

Por conta dos riscos que envolvem as falsas memórias, quanto antes o ato de reconhecimento for realizado durante a fase investigatória, maior será sua validade. No entanto, ante a ausência de contraditório, é preciso que sejam respeitadas as disposições legais, principalmente aquela constante no inciso II do artigo 226 (DEZEM, 2022, p. RB-11.91). Se o reconhecimento fotográfico provier da fase investigativa, ainda mais importante é a observância do *modus procedendi* destacado, porque seu valor como prova deve ser bem reduzido (MARQUES, 2009, p. 332).

3.4. Dos princípios da prova em relação ao Reconhecimento de pessoas e coisas

O Processo Penal é regido pelos princípios e regras que representam os postulados fundamentais da política processual penal de um Estado. Tourinho Filho afirma que, quanto mais democrático for o regime, mais o processo penal se apresentará como instrumento a serviço das liberdades individuais (2017, p. 58).

Os princípios do processo penal se modificam conforme alteram-se os regimes políticos, refletindo o momento político vivenciado por cada Estado

(TOURINHO FILHO, 2017, p. 58). Dessa maneira, tem-se que tais princípios devem funcionar como barreiras ao abuso do poder de punir do Estado, protegendo os indivíduos contra possíveis arbitrariedades.

O ato de reconhecimento realizado em fase investigatória consiste em uma prova criada distante do contraditório e, ainda que possa ser confirmada em juízo, seu valor acaba por ser relativizado. Já o reconhecimento feito em juízo, mesmo que prova direta, não deixa de ser subjetivo, necessitando de uma cautelosa análise (NUCCI, 2021, p. 551).

Guilherme Nucci aduz que:

Se testemunhas podem mentir em seus depoimentos, é natural que reconhecedores também podem fazê-lo, durante o reconhecimento de alguém. Além disso, é preciso contar com o fator de deturpação da memória, favorecendo o esquecimento e proporcionando identificações casuísticas e falsas. O juiz jamais deve condenar uma pessoa única e tão somente com base no reconhecimento feito pela vítima, por exemplo, salvo se essa identificação vier acompanhada de um depoimento seguro e convincente, prestado pelo próprio ofendido, não demovido por outras evidências (2021, p. 551).

Ademais, quanto ao princípio da proibição da prova ilícita, Guilherme Dezem afirma que não se pode admitir a invocação do princípio do livre convencimento motivado como forma de sanar todas as nulidades e irregularidades. A prova irritual/ilícita, colhida em desarmonia com o que é regulado pela lei, não pode ser usada como fundamentação de sentenças (2022, RB-11.91).

Dito isso, podemos asseverar que os princípios da prova no processo penal servem como garantias para que o ato de reconhecimento seja realizado de forma não arbitrária, respeitando os direitos do indivíduo a ser reconhecido, bem como a prerrogativa do devido processo legal dentro do Estado Democrático de Direito.

4. ALGUMAS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO

Esse título buscará abordar o aspecto das falsas memórias, uma das consequências práticas do reconhecimento, que possui grande influência no resultado do ato, principalmente quando realizado de forma fotográfica, podendo causar resultados errôneos – tanto condenações, quanto absolvições – da forma em que será explicado no próximo capítulo. Ainda, far-se-á a análise da forma exigida pelo artigo 226 do CPP e a posição da jurisprudência do STF e do STJ sobre o assunto.

4.1. Falsas memórias

É comum que seja atribuído certo grau de relevância ao ato de reconhecimento, ainda mais quando acompanhado por elevada certeza ou por um relato detalhado. A supervalorização dessa combinação ignora o fato de que a memória humana não possui as funcionalidades de uma filmadora e nem a capacidade de armazenar de forma plena o que foi até então vivenciado. Quanto maior a passagem de tempo desde o momento do ocorrido, maiores as chances de haverem discrepâncias entre o que realmente aconteceu e o que será relatado, tendo em vista que as informações gravadas na memória são deterioráveis (MATIDA, 2021, p. 411).

Gustavo Noronha de Ávila afirma:

Nos processos que tentam a (re)construção do fato criminoso pretérito, podem existir artimanhas do cérebro, informações armazenadas como verdadeiras, ou induções dos entrevistadores, de outras pessoas e ou da mídia que, no entanto, não condizem com a realidade. Estas são as chamadas falsas memórias, processo que pode ser agravado quando da utilização de técnicas por repetição, exemplificadamente as empregadas de forma notória no âmbito criminal (2014, p. 65).

As falsas memórias são recordações de situações que, de fato, nunca ocorreram. Até mesmo a interpretação errônea de algo que ocorreu pode causar a formação das falsas memórias. Ainda que não sejam o que realmente ocorreu, são a verdade como lembrada pelos indivíduos e podem ser causadas de forma espontânea ou através de sugestões externas (ÁVILA, 2014, p. 65).

Para o processo penal, é necessário compreender os eventos que cercam a memória humana, porque dentro do processo há uma retrospectiva do passado impulsionada pelas partes através das provas, que se faz por meio de uma atividade cognitiva, reconstruindo o momento do delito. Todas as experiências vivenciadas durante a vida não são conservadas na memória como fotografias, mas sim como tentativas de reprodução de algo experimentado anteriormente. Dessa característica de sugestibilidade da memória surgem as falsas memórias, que acabam por incorporar informações falsas nas memórias que o indivíduo lembra como verdadeiras (MAGALHÃES, 2020, p. 1712).

Por conta da falibilidade da memória humana, não há como se ignorar o risco das falsas memórias no momento de lembrar o ocorrido, resultando, por exemplo, na recordação de eventos que não ocorreram ou na imputação do delito a uma pessoa inocente. As falsas memórias não consistem em uma mentira, pois não é como se a pessoa estivesse de forma deliberada querendo faltar com a verdade. É a ausência de equivalência entre o que aconteceu e o que é recordado, sendo que quando acompanhada de um relato sincero ocasiona um erro honesto, diferentemente da mentira, que causa um intencionado descompasso entre o que foi experienciado e o que foi relatado posteriormente (MATIDA, 2021, p. 411).

Conforme Alexandre de Sá Domingues, especialista em Direito Penal, os principais fatores responsáveis pela deterioração das memórias são, em primeiro lugar, o intervalo até a retenção, que consiste na diminuição mais rápida da precisão da lembrança após a aquisição e, em segundo lugar, as informações adquiridas após o fato ocorrido, onde a vítima ou testemunha se encontra exposta a novas informações sobre o que presenciou ou vivenciou, o que irá influenciar na distinção entre sua memória original e as informações incorporadas a *posteriori* (2010, p. 11). Ainda que reste a lembrança da experiência traumática vivenciada, as minúcias dos fatos vividos acabam sendo esquecidas.

No que diz respeito ao primeiro fator mencionado, não há muito o que se possa fazer, pois quanto maior o tempo transcorrido entre o fato e o momento em que lembrado o ocorrido, maiores serão as imprecisões dessa lembrança. Em relação à contaminação da memória por informações externas, ocorre toda vez que são repassados à vítima ou testemunha elementos referentes ao evento, principalmente durante a fase investigatória, pois qualquer informação exterior adicionada às falsas

memórias conduz o depoimento ou o reconhecimento na direção da vontade do informante sobre o deslinde dos fatos. Também as perguntas feitas sob determinada inclinação, baseadas nas expectativas do entrevistador, podem ajudar a adulterar a lembrança dos fatos (DOMINGUES, 2010, p. 11).

As falsas memórias podem surgir espontaneamente ou com a sugestão/implantação de informações. As falsas memórias espontâneas acabam por ser criadas de forma interna no indivíduo que busca compreender algum evento experienciado, enquanto que as falsas memórias sugeridas são resultados de informações dadas ao indivíduo de forma externa. Seja essa sugestão proposital ou não, acaba por resultar na incorporação de uma falsa informação na memória original. Outras fontes exteriores também podem interferir nas memórias, como dados periféricos, resultando na dificuldade que o indivíduo tem em focar em apenas um acontecimento, podendo perder detalhes importantes para a realização de um reconhecimento adequado (LEITÃO JUNIOR, 2021, p. 55-56).

A influência da mídia serve também como exemplo de sugestionabilidade, na imposição de matérias veiculadas que podem confundir o reconhecedor sobre o que ele presenciou durante o cometimento do fato delituoso. Essa situação é facilmente aceita pela população, ainda que o discurso por vezes seja equivocado, punitivista e seletivo (MAGALHÃES, 2020, p. 1713).

Quanto à influência da mídia, Gustavo Noronha de Ávila sustenta:

Quando existe em nossa cultura ainda, notadamente, um “ranço” ditatorial daqueles que não conseguem vislumbrar a importância de um processo penal democrático, garantias são suprimidas sem maiores problemas. Exemplo disso é o que ocorre na mídia, onde, mediante a exibição pública de mero suspeito nas primeiras páginas dos jornais ou telejornais. Execração esta que não ocorre como consequência da condenação, mas da simples acusação (inclusive quando esta ainda não foi formalizada pela denúncia), quando, todavia, o indivíduo ainda deveria estar sob o manto protetor da presunção da inocência (2007, p. 107).

Sobre a tendência da autoridade policial em induzir a vítima ou testemunha buscando a acusação, Alexandre de Sá Domingues diz:

Mais preocupante é que, na maioria das vezes, diante da ausência de outros elementos probatórios, o julgador emite um juízo de culpabilidade com base unicamente na palavra de reconhecedores ou testemunhas cuja memória foi

absolutamente viciada, prova esta que deveria ser considerada, conseqüentemente, imprestável para todos os fins, principalmente, para a condenação (2010, p. 11).

Quando presencia o fato, o ofendido ou a testemunha o interpreta conforme o vivenciou e essa interpretação não será a mesma do juiz. Alexandre Morais da Rosa afirma que a melhor forma de se julgar um processo criminal é imaginá-lo sem o ato violento ou criminalizado, afastando-se do fato. Processos que podem gerar falsas memórias não dependem apenas de quem acusa e de quem julga, mas também de quem defende (ÁVILA, 2014, p. 68).

A ausência de elementos capazes de desmentir a falsa memória alimenta a problemática de como desvendar o que realmente ocorreu, frente à contaminação das circunstâncias nas quais a prova foi produzida (DOMINGUES, 2010, p. 11).

Experimentos realizados quanto à persistência das falsas memórias afirmam que essas podem resistir tanto ou até mesmo mais do que as memórias verdadeiras. Ainda a consistência de relatos em diversas entrevistas com a mesma testemunha seja critério utilizado no âmbito forense para determinar a credibilidade de um testemunho, essa forma de análise não é cem por cento confiável tendo em vista a persistência das memórias falsas (STEIN, 2001, p. 184).

Um questionamento realizado após o outro apresenta como componentes a proteção das memórias verdadeiras contra o esquecimento, tendo em vista que em um teste posterior existe um aumento de respostas verdadeiras, e a criação de falsas memórias, que ocorre devido a uma aceitação maior de distratores que estejam relacionados com o evento original no questionamento realizado posteriormente. Sendo assim, a própria indagação por várias vezes acerca de um mesmo assunto ajuda com a o aumento da criação das falsas memórias (STEIN, 2001, p. 184).

O ato de reconhecimento conforme o artigo 226 do CPP precisa compreender em um primeiro momento, a prévia descrição da pessoa a ser reconhecida e, em um momento posterior, a identificação. Na prática o reconhecimento acaba por ocorrer na maioria das vezes na modalidade *show-up*, pessoal ou fotográfico, onde, conforme dito anteriormente, a pessoa apresentada já foi “etiquetada” pelas autoridades como suspeita da prática delitiva. Essa forma de induzimento aliada às falsas memórias, acaba por conduzir ao reconhecimento (NEWTON, 2021, p. 38).

O reconhecimento é prática que parte do mundo externo ao sentido da memória. A função da memória humana é, basicamente, aprender e não recordar delitos, por isso, quando um rosto for reconhecido como sendo do autor do fato delituoso, seja essa pessoa culpada ou inocente, o cérebro humano irá aprender que este rosto corresponde de fato ao autor do crime. Interessante ressaltar que em um experimento realizado por Steblay e Dysart, foi verificado que quando era reconhecido inicialmente um inocente no lugar do culpado, os reconhecimentos subsequentes possuíam a tendência de reconhecer o mesmo suspeito inocente. Tal estudo macula a judicialização do reconhecimento feito na fase investigatória, tendo em vista que mesmo que vestido de legalidade, não é possível anular os efeitos danosos de um reconhecimento incorreto realizado anteriormente (MATIDA, 2021, p. 417).

No reconhecimento fotográfico a fotografia serve como mais uma forma de indução, ainda mais quando apresentada no modelo *show-up*, pois a vítima ou testemunha não irá identificar o suspeito se não o conhece, visto que não existe imagem deste em sua memória. No entanto, se o ato de reconhecimento for induzido por uma fotografia, nos termos do que foi explicado anteriormente, é possível que se recorde da pessoa que lhe foi mostrada, mesmo que essa não estivesse envolvida no delito (MAGALHÃES, 2020, p. 1714).

Não há como esperar que a memória humana tenha um funcionamento infalível. A reconstrução dos fatos ocorridos dentro do processo penal terá elevado grau de confiança na medida em que aproximado o caso concreto da memória como ela realmente é, e não como se gostaria que fosse. O entendimento da memória como máquina quando realizado o ato de reconhecimento, acaba por provocar a absolvição de culpados e, muito pior, a condenação de pessoas inocentes. A compreensão das limitações da memória humana conclui em uma série de análises que precisam ser tomadas no âmbito probatório, seja na produção da prova, seja na valoração probatória, bem como na decisão sobre os fatos (MATIDA, 2021, p. 412).

A defesa há sempre de preconizar que o ato de reconhecimento de pessoas seja realizado dentro do procedimento legal, pois, ainda que observados todos os ritos procedimentais necessários, ainda existe o risco da ocorrência de erro no reconhecimento, tendo em vista que a memória humana é falha, imagina-se o que não pode ocorrer quando os parâmetros legais mínimos não são respeitados, como no caso do reconhecimento fotográfico? Ainda que existam diversos fatores que possam

vir a dificultar a realização do reconhecimento nos moldes exigidos pela legislação, não parece justo que o réu acabe por ser penalizado por tais percalços, sendo obrigação do Estado garantir as condições adequadas para a existência do devido processo legal (NEWTON, 2021, p. 38).

4.2. A forma exigida no art. 226 do CPP e a posição da jurisprudência

O Código de Processo Penal exige uma determinada forma para a realização dos atos de reconhecimento, conforme se infere da redação do seu artigo 226. A jurisprudência do STF e do STJ divergem quanto à valorização da forma legal, pelo que se analisará as posições de cada Corte.

4.2.1. Posição do Supremo Tribunal Federal

Em outubro de 2021 foi concedido pelo Ministro Gilmar Mendes medida cautelar no RHC 206.846 concluindo pela soltura de um acusado por roubo, que teve sua condenação baseada unicamente em um reconhecimento fotográfico realizado inicialmente pelo aplicativo *Whatsapp*.

Conforme consta na decisão monocrática, “não havia nos autos nenhuma explicação para que o condenado tivesse sido fotografado na abordagem, já que nada fora encontrado com ele”, tal que “a falta de outros elementos que corroborassem os depoimentos das vítimas gerava uma situação de dúvida” tendo o recorrente “razão ao afirmar que, no caso concreto, o reconhecimento judicial está viciado pelo reconhecimento fotográfico realizado por *whatsapp*, somado ao fato de que não há nenhuma outra prova que confirme a autoria do delito” (MOREIRA, 2022, p. 9).

Na decisão mencionada é citado precedente julgado pela Primeira Turma, no RHC 176.025, onde foi decidido que o reconhecimento fotográfico ainda que confirmado em juízo não pode fundamentar, por si só, uma condenação.

A condenação fez-se lastreada em reconhecimento fotográfico realizado na fase pré-processual, reiterado em Juízo, e em depoimento que se revelou meramente instrumental. Tem-se ausente, tal como concluiu o Juízo, prova idônea.

O reconhecimento pessoal constitui dado cujo valor, por si só, é precário, de modo que a valoração como elemento probatório a ser utilizado para

fundamentar a convicção do julgador pressupõe a observância às formalidades do artigo 226 do Código de Processo Penal (BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal, 2016, 4ª edição, Revista do Tribunais, p. 483).

O Supremo já assentou que a utilização do reconhecimento fotográfico, a implicar a condenação, exige a existência de outros elementos, obtidas sob o crivo do contraditório, capazes de corroborá-lo, não servindo como único fundamento a respaldar a condenação – habeas corpus nº 70.038, Segunda Turma, relator ministro Francisco Rezek; habeas corpus nº 157.007, Primeira Turma, de minha relatoria; e habeas corpus nº 70.936, Primeira Turma, relator ministro Sepúlveda Pertence, assim resumido:

EMENTA: I. Reconhecimento de pessoa: sua realização sem observância do procedimento determinado imperativamente pelo art. 226 C.Pr.Pen. elide sua força probante e induz à falta de justa causa para a condenação que, além dele e de sua reiteração em juízo, também sem atendimento às formalidades legais, só se apóia em confissão policial retratada.

A ratificação, em Juízo, não o qualifica como dado autônomo, apto a lastrear a condenação. Também a menção a depoimento do policial civil, no que apenas confirmou a realização do reconhecimento, nada acrescentando em relação à autoria do crime, surge insubsistente.”

No ano de 1993 já havia decidido o Supremo, no julgamento do HC 70.038, que o reconhecimento fotográfico possui valor probante pleno apenas quando acompanhado e reforçado pelos demais elementos de convicção, não podendo fundamentar, sozinho, uma decisão condenatória. In casu, baseou-se a condenação em reconhecimento fotográfico realizado em fase investigatória, pelo que foi destacado que deve ser considerada inválida a prova produzida sem a presença do juiz, prestando-se apenas à formação da *opinio delicti*, para efeito de oferecimento da denúncia.

A decisão foi assim ementada:

HABEAS CORPUS. PROVA. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. INSUFICIÊNCIA PARA CONDENAÇÃO.

O reconhecimento fotográfico tem valor probante pleno quando acompanhado e reforçado por outros elementos de convicção. Assim, não pode o mesmo fundamentar, isoladamente, uma decisão condenatória. Habeas corpus deferido.

(STF - HC: 70038 RJ, Relator: FRANCISCO REZEK, Data de Julgamento: 31/08/1993, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ XXXXX-03-1994 PP-05996 EMENT VOL-01738-01 PP-00175)

A Primeira Turma, em 1994, reforçou o entendimento com o julgamento do HC 70.936, alegando que a realização do reconhecimento de pessoas sem a observância do procedimento determinado pelo artigo 226, diga-se, de forma

imperativa, elimina sua força probante, induzindo à ausência de justa causa para a condenação. No caso, houve a reiteração do reconhecimento em juízo sem o atendimento às formalidades previstas no CPP, pelo que foi deferido, por maioria de votos, o pedido de *habeas corpus*.

Após ser concedida a medida cautelar no RHC 206.846, no acórdão publicado em 25.05.2022, a Segunda Turma confirmou a decisão anterior, votando no sentido de dar provimento ao recurso, absolvendo o condenado ante a nulidade do reconhecimento fotográfico e a ausência de provas capazes de embasar um decreto condenatório (MOREIRA, 2022, p. 10).

Na decisão supra, existe a superação da ideia de “mera recomendação” da formalidade do artigo 226. A Turma afirma que o reconhecimento, seja fotográfico ou presencial, deve observar o disposto no artigo, que serve de garantia mínima para quem se encontra no lugar de suspeito da prática delitiva. A inobservância do procedimento torna inválido o ato de reconhecimento, de forma que esse elemento não poderá fundamentar condenação ou decretação de prisão cautelar, ainda que refeito e confirmado o reconhecimento em juízo. Caso declarada a irregularidade do ato, qualquer condenação já proferida poderá ser mantida se for fundamentada nas demais provas não contaminadas.

Adotada essa posição, o Supremo firma uma posição pela supervalorização da forma legal, pelo que a inobservância procedimental torna inválido o reconhecimento, posicionamento que diverge daquele adotado pelo STJ, como se verá a seguir.

4.2.2. Posição do Superior Tribunal de Justiça

A jurisprudência do STJ entendia quanto ao tema que o disposto no artigo 226 do CPP tratava-se de mera recomendação legal.

Nesse sentido:

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que as disposições insculpidas no art. 226 do CPP configuram uma recomendação legal, e não uma exigência, não se cuidando, portanto, de nulidade quando praticado o ato processual (reconhecimento) de modo diverso. (STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 1641748/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da

No entanto, a 6ª Turma do STJ, no ano de 2020, alterou seu posicionamento, com o julgamento do HC 598.886, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, passando a não mais admitir a validade do reconhecimento que não esteja de acordo com o procedimento previsto no artigo supra citado, concluindo que um decreto condenatório não pode ser baseado unicamente em reconhecimento fotográfico (DEZEM, 2022, p. RB-11.91).

Assim:

1. O reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto, para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. 2. Segundo estudos da Psicologia moderna, são comuns as falhas e os equívocos que podem advir da memória humana e da capacidade de armazenamento de informações. Isso porque a memória pode, ao longo do tempo, se fragmentar e, por fim, se tornar inacessível para a reconstrução do fato. O valor probatório do reconhecimento, portanto, possui considerável grau de subjetivismo, a potencializar falhas e distorções do ato e, conseqüentemente, causar erros judiciários de efeitos deletérios e muitas vezes irreversíveis. 3. O reconhecimento de pessoas deve, portanto, observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se vê na condição de suspeito da prática de um crime, não se tratando, como se tem compreendido, de 'mera recomendação' do legislador. Em verdade, a inobservância de tal procedimento enseja a nulidade da prova e, portanto, não pode servir de lastro para sua condenação, ainda que confirmado, em juízo, o ato realizado na fase inquisitorial, a menos que outras provas, por si mesmas, conduzam o magistrado a convencer-se acerca da autoria delitiva. Nada obsta, ressalvase, que o juiz realize, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório (STJ, T6, HC 598.886/SC, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 27.10.20)

No julgamento, o STJ afirmou que o reconhecimento errôneo de suspeitos consiste em uma das principais causas de erro judiciário, resultando em pessoas inocentes sendo encarceradas. Citou, ainda, a criação da entidade Innocence Project, nos Estados Unidos da América em 1992, fundada por advogados especialistas em postular indenizações ao Estado em razão de condenações de inocentes. Conforme o julgado do STJ, em pesquisa feita pela entidade, 75% das condenações de inocentes, aproximadamente, são devidas a erros cometidos na hora da identificação dos suspeitos pelas vítimas ou testemunhas e, em 38% dos casos em que ocorreu

esse erro, diversas testemunhas oculares acabaram por identificar o mesmo suspeito de forma incorreta (LEITÃO JUNIOR, 2021, p. 54).

O Ministro Relator afirmou em seu voto que é necessária a adoção por parte dos tribunais de uma nova compreensão sobre o reconhecimento de pessoas, visto que não deve ser mais admissível que a jurisprudência entenda as normas do artigo 226 do CPP como meras recomendações que podem ser flexibilizadas, porque isso “acaba por permitir a perpetuação desse foco de erros judiciários e, conseqüentemente, de graves injustiças” (ROMANO, 2022, p. 20).

O voto do relator foi seguido por todos os membros da Turma, sendo que apenas o Ministro Nefi Cordeiro ressaltou que somente as violações graves ao procedimento previsto devem anular a prova.

Estabeleceu-se que diante da existência do reconhecimento falho, a inobservância do procedimento invalida o ato, não podendo ser usado para fundamentar uma possível condenação, ainda que confirmado o reconhecimento em juízo (ROMANO, 2022, p. 20).

Após, a 5ª Turma também alterou seu entendimento, passando a conceber o procedimento do artigo 226 do CPP como obrigatório:

2. Esta Corte Superior inicialmente entendia que a validade do reconhecimento do autor de infração não está obrigatoriamente vinculada à regra contida no art. 226 do Código de Processo Penal, porquanto tal dispositivo veicula meras recomendações à realização do procedimento, mormente na hipótese em que a condenação se amparou em outras provas colhidas sobre o crivo do contraditório. 3. Em julgados recentes, ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça alinharam a compreensão de que “o reconhecimento da 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 fases colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.” (HC 652.284/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 27/04/2021, DJe 3/5/2021). (STJ, HC 591920/RJ, 5ª Turma, rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 25.06.2021)

3. O reconhecimento fotográfico serve como prova apenas inicial e deve ser ratificado por reconhecimento presencial, assim que possível. E, no caso de uma ou ambas as formas de reconhecimento terem sido efetuadas, em sede inquisitorial, sem a observância (parcial ou total) dos preceitos do art. 226 do CPP e sem justificativa idônea para o descumprimento do rito processual, ainda que confirmado em juízo, o reconhecimento falho se revelará incapaz de permitir a condenação, como regra objetiva e de critério de prova, sem corroboração do restante do conjunto probatório, produzido na fase judicial. Alteração de entendimento jurisprudencial consolidada no HC 598.886/SC, rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 27/10/2020, DJe

de 18/12/2020 e no HC n. 652.284/SC, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 27/04/2021, DJe 03/05/2021. (STJ, AgRg no HC 653303/SP, 5ª Turma, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 08.06.2021)

O entendimento acima referido foi ratificado posteriormente em outras oportunidades pelo STJ, como no julgamento do AgRg HC 619.327, do HC 545.118 e no RHC 133.408, onde a Corte entendeu a ilegalidade da prisão cautelar baseada unicamente no reconhecimento fotográfico (NEWTON, 2021, p. 33).

As decisões que foram citadas possuem em comum condenações ou prisões cautelares que foram fundamentadas exclusivamente no reconhecimento fotográfico que, apesar da ausência de previsão legal, era admitido pelos tribunais, ainda que sem ser observado o rito do artigo 226. No RHC 1335092 o entendimento se deu no sentido de que o reconhecimento por fotografia é frágil para estabelecer indícios de autoria, bem como para fundamentar prisão preventiva (NEWTON, 2021, p. 33).

Nesse entendimento, o reconhecimento do suspeito através de fotografia precisa seguir o procedimento estabelecido no artigo 226 do CPP para o reconhecimento pessoal, devendo ser visto como uma etapa antecedente do reconhecimento presencial, não podendo servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo.

Mais recentemente, em 22.03.2022, foi publicado acórdão pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento do HC 712.781, concedendo a ordem para absolver o paciente com relação à prática dos delitos que estavam sendo imputados a ele.

No caso em questão, dias após a ocorrência dos fatos narrados na denúncia, o paciente foi detido pela prática de delito diverso, oportunidade em que a autoridade policial exibiu sua fotografia, na forma *show-up*, à parte lesada para reconhecimento, inobservando o rito previsto no artigo 226 do CPP. A conduta foi considerada como uma forma de indução da vítima, viciando o ato e comprometendo a aproveitabilidade do reconhecimento.

Mencionando o julgado já referido (HC 598.886), o STJ entendeu por, modificado o entendimento de que o reconhecimento fotográfico seria apenas uma etapa antecedente ao reconhecimento pessoal, mas sim uma possibilidade de apuração da autoria delitiva, deve vir acompanhado de outros elementos de convicção capazes de justificar o exercício da ação penal.

A decisão menciona, quanto ao reconhecimento pessoal, que pode ser considerado válido quando realizado em conformidade com o modelo legal, sem, todavia, conter força probante absoluta, não podendo induzir à certeza da autoria delitiva. No entanto, se a prova for produzida sem observar o disposto no artigo 226 do CPP, deve ser considerada inválida, sendo impossibilitado seu uso para lastrear juízo de certeza da autoria do crime, ainda que de forma suplementar.

Em síntese, narra a presente decisão o que foi exposto no presente trabalho, afirmando que o resultado do reconhecimento depende tanto da capacidade de memorização do reconhecedor quanto de aspectos externos que podem influenciá-lo, devendo ser observadas as normas relativas à prova, pois o procedimento probatório também possui a função de controlar o exercício do poder dos órgãos encarregados de obter a prova para uso no processo criminal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente trabalho, esclareceu-se que o ato de reconhecimento fotográfico é considerado por parte da doutrina uma prova atípica, pois não possui previsão na legislação, enquanto que é considerado pelos demais uma prova ilícita, sendo vedada a sua utilização de acordo com o princípio da vedação da prova ilícita disposto como uma garantia pela Constituição Federal e assinalada no artigo 157 do Código de Processo Penal.

Ainda que proibida a utilização das provas ilícitas pela nossa Carta Magna, bem como das provas que derivem dessas, existe discussão acerca de sua admissibilidade. A jurisprudência, atualmente, admite a utilização dessas provas em alguns casos, baseado em duas teorias importadas do *Common Law*: a teoria da fonte independente e a teoria da descoberta inevitável (artigo 157, § 1º, do CPP). A primeira afirma que são inadmissíveis aquelas provas derivadas das ilícitas salvo quando puderem ser obtidas por uma fonte independente, enquanto que a segunda teoria diz que são inadmissíveis, salvo se essa prova viria aos autos de qualquer maneira.

Por bastante tempo, a jurisprudência entendia a aplicação do procedimento previsto no artigo 226 do Código de Processo Penal como uma recomendação legal. Entende-se por recomendação algo que não é obrigatório, então os atos de reconhecimento de pessoas e coisas eram realizados de forma distante daquela prevista pela legislação vigente, ainda que à influenciar a idoneidade do reconhecimento existam diversos fatores.

Entre tais fatores, constatou-se a existência das falsas memórias, que decorrem naturalmente da passagem do tempo, bem como podem ser agravados por induções externas, sejam elas de forma intencional ou não. Outro elemento capaz de afetar o ato de reconhecimento pessoal e fotográfico é a teoria do etiquetamento e a seletividade penal preexistente no sistema atual. Todas essas condições a que a pessoa que irá reconhecer está exposta acabam por alterar a percepção da experiência que foi vivenciada, aumentando as possibilidades da ocorrência de um falso reconhecimento, podendo causar a condenação injusta de alguém e graves erros judiciários.

Inquestionável a falibilidade do ato de reconhecimento, é de se esperar que

essas condições afetem de forma mais rigorosa o reconhecimento realizado por fotografia. Ainda que existam divergências doutrinárias acerca da classificação do reconhecimento fotográfico, se prova atípica ou ilícita, é consenso que o procedimento do artigo 226 do Código de Processo Penal deve ser observado para garantia dos direitos daquele a quem se está imputando um crime. O desacordo está quanto à necessidade de, obedecido o procedimento legal, serem colocadas pessoas parecidas ao lado do investigado durante o ato.

Parcela da doutrina, em análise ao inciso II do artigo 226 do Código de Processo Penal, entende que sim, é necessário que sejam colocadas pessoas parecidas ao lado do investigado durante o reconhecimento, sendo que somente se possível essas pessoas deverão ser parecidas com ele, enquanto que a outra parcela entende que serão colocadas pessoas ao lado do investigado somente se possível, sejam elas parecidas com ele ou não. Apesar dessa discussão, o presente trabalho expõe a necessidade de existir um alinhamento na hora do reconhecimento e, mais, que o alinhamento seja realizado de forma justa (sem que uma pessoa se sobressaia sobre as outras visualmente, por exemplo).

Diante disso, conforme análise da jurisprudência, pode-se perceber que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal alteraram seus entendimentos a respeito do ato de reconhecimento fotográfico. Ambas as Casas deixaram de entender o artigo 226 como mera recomendação, e, ainda que divergentes quanto à valorização da forma, sendo essa supervalorizada pelo STF, entendem que o reconhecimento de pessoas, presencial ou fotográfico, precisa observar as formalidades referidas no Código de Processo Penal. No entanto, ainda que aceite o meio de prova, possível a realização do ato de reconhecimento por fotografia desde que observado o procedimento previsto no CPP, só podendo servir de fundamentação para um decreto condenatório quando corroborado pelas demais provas colhidas nos autos.

Com isso, temos que o reconhecimento fotográfico precisa ser realizado em observância ao procedimento do artigo 226 do Código de Processo Penal. Quando realizado na modalidade *show-up*, precisa ser feito nos ditames do referido artigo. Além de tudo, mesmo que posteriormente o ato esteja “banhado de legalidade”, a jurisprudência entende que impossível a condenação de um indivíduo baseada exclusivamente no reconhecimento.

Isto posto, visto que é, ou deveria ser, impossível a condenação de um indivíduo baseado exclusivamente em ato de reconhecimento fotográfico, sejam observadas as formalidades dispostas no CPP ou não. Quando isso ocorrer, o réu deverá ser absolvido pela insuficiência de provas capazes de ensejar em um decreto condenatório.

Ainda que tal reconhecimento, sem previsão legal, considerado ilícito, encontre um meio de se tornar “legal”, diante de todos os problemas do qual decorre – falsas memórias, indução, etiquetamento, seletividade penal, etc. – está fadado a perpetuar as mesmas falhas, causando resultados errôneos de absolvição e, mais grave, a condenação de inocentes.

REFERÊNCIAS

BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Gustavo Noronha de. Política não criminal e processo penal: a intersecção a partir das falsas memórias da testemunha e seu possível impacto carcerário.

Revista Síntese de direito penal e processual penal, Porto Alegre, v. 14, n. 84, p. 64-82, fev./mar.. 2014. Disponível em:

http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=104304. Acesso em: 08 out. 2022.

ÁVILA, Gustavo Noronha de; GAUER, Gabriel José Chittó. Presunção de inocência, mídia, velocidade e memória: breve reflexão transdisciplinar. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 7, n. 24, p. 105-113, jan./mar.. 2007. Disponível em:

http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=121204. Acesso em: 08 out. 2022.

BADARÓ, G. H. **Processo Penal**. 8ª. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2022. E-book. Disponível em:

<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v10>. Acesso em: 25 set. 2022.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho D. **Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal**. Editora Saraiva, 2014. E-book. ISBN 9788502224308. Disponível em:

<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502224308/>. Acesso em: 12 out. 2022.

MELLO, C. B. de. **Curso de Direito Administrativo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 28.

DEZEM, G. M. **Curso de Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. E-book. Disponível em:

<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/103828460/v8>. Acesso em: 25 set. 2022.

DOMINGUES, A. de S.; REZENDE, R. de S. A fragilidade do reconhecimento pessoal como única prova para condenação penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 18, n. 210, p. 11-12, Maio. 2010. Disponível em:

http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=76601. Acesso em: 25 set. 2022.

FELIX, T. C. O reconhecimento fotográfico de pessoas e suas implicações no processo penal brasileiro: uma abordagem à luz do artigo 226 do Código de Processo Penal de 1941 e da redação do artigo 196 do PLS 156/2009. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, v. 14, n. 83, p. 70-77, Dez/ Jan: 2014. Disponível em:

http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=102945. Acesso em: 15 set. 2022.

GRECO FILHO, V. **Manual de Processo Penal**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LEITÃO JUNIOR, J. A importância do reconhecimento de pessoas e suas problemáticas nas investigações criminais. **Revista jurídica: Sage/Síntese**, São Paulo, v. 71, n. 519, p. 51-57, Jan. 2021. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=157483. Acesso em: 25 set. 2022.

LIMA, R. B. de. **Manual de Processo Penal**. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

LOPES JÚNIOR, A. **Direito Processual Penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978655590005/>. Acesso em: 28 ago. 2022.

MAGALHÃES, M. T. 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. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/339/284>. Acesso em: 04 de set. 2022.

MARQUES, J. de F. **Elementos de Direito Processual Penal**. 3ª ed. Campinas, São Paulo: Millennium Editora, 2009, v. 2.

MATIDA, J.; CECCONELLO, W. W. Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência. **Revista brasileira de direito processual penal**. Belo Horizonte, v. 7, n. 1, v. 7, p. 409-440, Jan/Abr: 2021. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=156959. Acesso em: 20 de ago. 2022.

MENDRONI, M. B. **Provas no processo penal: estudo sobre a valoração das provas penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

MOREIRA, R. de A. O STF e o reconhecimento fotográfico como elemento de prova. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**. Porto Alegre, v. 22, n. 132, p. 9 - 15, Fev/Mar: 2022. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=158673. Acesso em: 25 de set. 2022.

NEWTON, E. J.; GONÇALVES, G. B. R.; ROCHA, J. B. O procedimento do reconhecimento fotográfico como garantia. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, v. 22, n. 129, p. 30 - 41, Ago/Set 2021. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=158635. Acesso em: 25 de set. 2022.

NUCCI, G. de S. **Manual de Processo Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559643691. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643691/>. Acesso em: 25 de set. 2022.

NUCCI, G. de S. **Curso de Direito Processual Penal**. 18ª ed. Rio de Janeiro:

Editora Forense: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9788530993627. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993627/>. Acesso em: 18 de set. 2022.

OLIVEIRA, D. K. de. O reconhecimento por fotografia e a hermenêutica probatória nas decisões do STJ. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 26, n. 308, p. 15-16, Jul, 2018. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=143866. Acesso em: 28 de Jul. 2022.

PRADO, L. R. **Tratado de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral (arts 1º a 120)**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense: Grupo Gen, 2021, p. 166.

ROMANO, R. T. Reconhecimento fotográfico como prova no processo penal. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, v. 22, n. 132, p. 16 - 26, Fev./Mar: 2022. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=158674. Acesso em: 09 set. 2022.

STEIN, L. M.; NEUFELD, C. B. Falsas memórias: porque lembramos de coisas que não aconteceram? **Arquivo de Ciências da Saúde da UNIPAR**, v. 5, n. 2, p. 179 – 184, 2001. Disponível em: <https://revistas.unipar.br/index.php/saude/article/view/1124>. Acesso em: 08 out. 2022.

TOURINHO FILHO, F. da C. **Manual de Processo Penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LEGISLATIVAS

BRASIL. Decreto-Lei n.º 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 3.689 de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm.

BRASIL. Lei n.º 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.

BRASIL. Lei n.º 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm.

BRASIL. Lei n.º 11.690 de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei n.º 3.689. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm>.

BRASIL. Lei n.º 11.719 de 20 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei n.º 3.689. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11719.htm>.

BRASIL. Lei n.º 12.037 de 1º de outubro de 2009. Lei da Identificação Criminal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm>.

JURISPRUDÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Recurso Ordinário em Habeas Corpus 206.846/SP. Recorrente: Regivam Rodrigues dos Santos. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo e Ministério Público Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes, 22 de fev. 2022. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15351374758&ext=.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Recurso Ordinário em Habeas Corpus 176.025/SP. Roubo majorado. Condenação lastreada exclusivamente em reconhecimento fotográfico. Ausência de prova idônea e de outros elementos obtidos sob o crivo do contraditório capazes de corroborar a condenação. Precedentes. Absolvição. Recorrente: Flavio Santos Nascimento. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Marco Aurélio, 03 de ago. 2021. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15348859242&ext=.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Habeas Corpus 70.038/RJ. Prova. Reconhecimento fotográfico. Insuficiência para condenação. Impetrante: Liamar Leal Gonçalves. Coator: Tribunal de alçada criminal do estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Francisco Rezek, 31 de ago. 1993. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC_70038_RJ-_31.08.1993.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1664413552&Signature=HRIKfF18vjdwGe0Ud1v5W19%2BExg%3D>. Acesso em: 19 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Habeas Corpus 70.936/SP. Reconhecimento de pessoas: sua realização sem observância do procedimento determinado imperativamente pelo art. 226 C.Pr.Pen. elide sua força probante. Paciente: Antonio Fernandes da Silva. Coator: Tribunal de alçada criminal do estado de São Paulo. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 08 de nov. 1994. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC_70936_SP_1278873630063.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1664413768&Signature=DZTKOWj0m6fIUIQdxJLGwcl8jHE%3D>. Acesso em: 19 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Habeas Corpus 598.886/SC. 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. Impetrante: DPE-SC. Impetrado: TJSC. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, 27 de out. 2020. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202001796823&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 19 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). AgRg no Habeas Corpus 619.327/RJ. Acórdão condenatório calçado no reconhecimento efetivado em sede policial e ratificado em sede judicial Agravante: Tiago Vianna. Agravado: MPF e MPE-RJ. Relator: Min. Sebastião Reis Jr., 15 de dez. 2020. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202002715288&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 19 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Habeas Corpus 545.118/ES. Roubo circunstanciado. Condenação fundamentada em reconhecimento fotográfico. Impetrante: Kelli Freitas. Impetrado: TJES. Relatora: Min. Laurita Vaz, 15 de dez. 2020. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201903381439&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 19 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Recurso em Habeas Corpus 133.408/SC. Associação criminosa armada. Roubo circunstanciado. Reconhecimento fotográfico realizado exclusivamente pelo envio de fotografias dos acusados ao telefone celular das vítimas. Recorrente: Pedro Henrique. Recorrido: MPSC. Relator: Min. Sebastião Reis Jr., 15 de dez. 2020. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202002175790&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 19 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Habeas Corpus 712.781/RJ. Roubo majorado e corrupção de menores. Reconhecimento fotográfico de pessoa realizado na fase do inquérito policial. Inobservância do procedimento previsto no art. 226 do CPP. Impetrante: DPERJ. Impetrado: TJRJ. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, 15 de mar. 2022. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202103979528&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 19 ago. 2022.