

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
BACHARELADO EM DIREITO

Brenda e Silva Mesquita

**O RACISMO ESTRUTURAL NOS CASOS DE RECONHECIMENTO
FOTOGRAFICO**

PORTO ALEGRE
2023

BRENDA E SILVA MESQUITA

**O RACISMO ESTRUTURAL NOS CASOS DE RECONHECIMENTO
FOTOGRAFICO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, pelo Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Orlando Faccini Neto

Porto Alegre
2023

FICHA CATALOGRÁFICA

CIP - Catalogação na Publicação

Mesquita, Brenda e Silva
O RACISMO ESTRUTURAL NOS CASOS DE RECONHECIMENTO
FOTOGRAFICO / Brenda e Silva Mesquita. -- 2023.
51 f.
Orientador: Orlando Faccini Neto.

Trabalho de conclusão de curso (Graduação) --
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade
de Direito, Curso de Ciências Jurídicas e Sociais,
Porto Alegre, BR-RS, 2023.

1. Reconhecimento fotográfico. 2. Racismo
Estrutural . 3. Falibilidade. 4. Processo Penal. I.
Neto, Orlando Faccini, orient. II. Título.

BRENDA E SILVA MESQUITA

**O RACISMO ESTRUTURAL NOS CASOS DE RECONHECIMENTO
FOTOGRAFICO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais, pelo Curso
de Ciências Jurídicas e Sociais da
Universidade Federal do Rio Grande do
Sul.

Aprovada em 17 de abril de 2023.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Orlando Faccini Neto (orientador)

Prof. Odone Sanguiné

Prof. Marcus Vinícius Aguiar Macedo

Porto Alegre

2023

Aos meus sobrinhos: Lara, Lia, Luan
e João.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, ao meu irmão, Diego Mesquita, por ser o maior incentivador dos meus sonhos, você é exemplo de que com estudo, dedicação e honestidade podemos alcançar uma vida melhor, e através de tudo isso pôde me proporcionar oportunidades que me trouxeram até aqui.

À toda minha família, por sempre me apoiarem, e principalmente por continuarmos sendo família, e do nosso jeito, seguirmos juntos.

Aos meu amigos, aqueles que passaram pela minha vida e aos que continuam nessa caminhada comigo, vocês me ensinaram muito e tornaram tudo melhor do que poderia ter sido. Emily Rodrigues, por crescer e desfrutar da vida comigo. Gabriela Porto Bastos, Thais Munhoz e Marcos Caurio, por estarem sempre presentes na minha vida e terem feito parte dos momentos mais memoráveis, e por sempre acreditarem em mim. Amo muito vocês.

Ao Henrique Haubert, meu namorado, por me proporcionar sempre leveza e ser meu grande parceiro de vida, me incentivando e apoiando minhas conquistas. Te amo.

À Ana Paula Beheregaray, minha primeira supervisora em estágio, por demonstrar vontade em ensinar e por ter me escutado e aconselhado tantas vezes, você foi e é uma grande amiga.

À todos os outros supervisores que tive nesses últimos cinco anos de estágio por onde passei, sempre tive espaço para aprender e compartilhar experiências, e isso é o mais valioso que podemos ter.

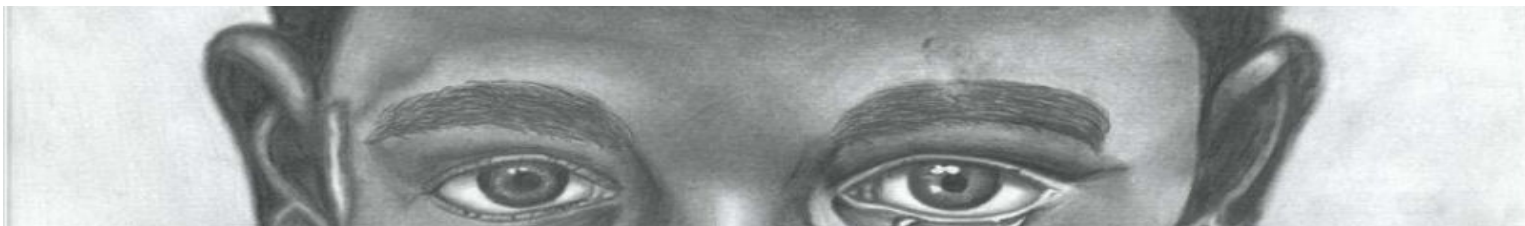
Às minhas colegas de estágio da 1ª Vara Cível de Gravataí, Jéssica, Renata, Cybele, Thayeli e Vitória, por terem sido muito mais do que colegas de estágio, por tornarem a rotina mais descontraída e feliz.

À Aline Mattos, minha amiga, por ter sempre um olhar cuidadoso e amoroso, este trabalho não seria possível sem ela.

À Maria Eloá Mesquita, minha mãe, por ter me dado o dom da vida e me proporcionado todo amor enquanto pôde estar presente, mesmo que a vida não nos permita estar fisicamente juntas, sei que me acompanha e me guia.

“[...] Quem é preto como eu, já tá ligado qual é
Nota fiscal, RG, polícia no pé
"Escuta aqui, o primo do cunhado do meu genro é
mestiço
Racismo não existe, comigo não tem disso, é pra
sua segurança..."
Falou, falou, deixa pra lá
Vou escolher em qual mentira vou acreditar [...]"
Qual Mentira Vou Acreditar - Racionais MC's ¹

¹ Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=7NNYP67AKpM>>.



LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CONDEGE - Colégio Nacional de Defensores Públicos Gerais

AgRg no HC - Agravo Regimental no Habeas Corpus

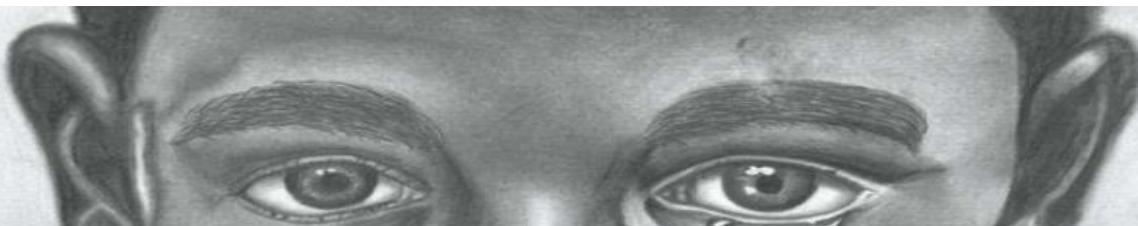
HC - Habeas Corpus

CPP - Código de Processo Penal

CP - Código Penal

STJ - Supremo Tribunal de Justiça

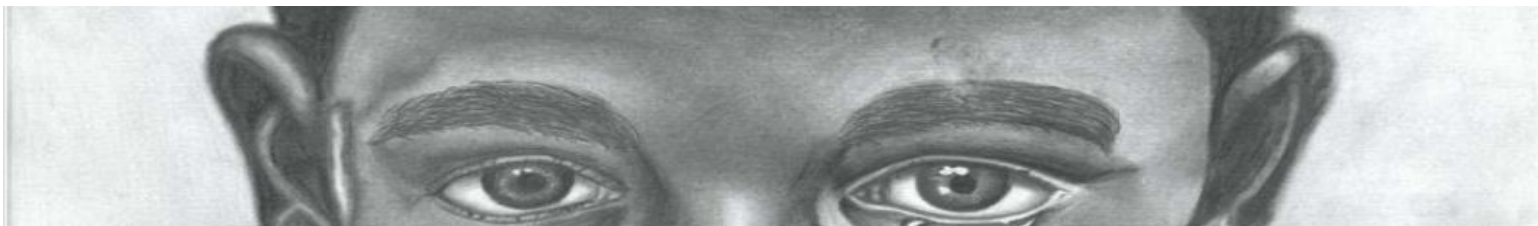
STF - Supremo Tribunal Federal



RESUMO

Um dos meios de provas mais utilizados no processo penal é o reconhecimento de pessoas, que vem sendo feito muitas vezes por fotografia, no entanto, há fragilidades neste método que mostra-se como responsável pelo maior número de erros jurídicos no sistema brasileiro. Os relatórios emitidos pelo CONDEGE e a Defensoria Pública do Rio de Janeiro, por sua vez, apontam um elemento alarmante destes erros, em que cerca de 80% dos acusados são pessoas negras. Considerando que a sociedade brasileira foi se constituindo estruturalmente através de uma base escravista, a qual proporcionou e permanece proporcionando condições subalternizadas a uma raça, é a partir desta perspectiva que esta pesquisa buscou compreender a influência do racismo estrutural no procedimento de reconhecimento fotográfico. Para tanto, este trabalho realizou uma pesquisa bibliográfica e doutrinária acerca da falibilidade do procedimento e os fenômenos que influenciam os falsos reconhecimentos.

Palavras-chave: racismo estrutural; reconhecimento fotográfico; falibilidade.



ABSTRACT

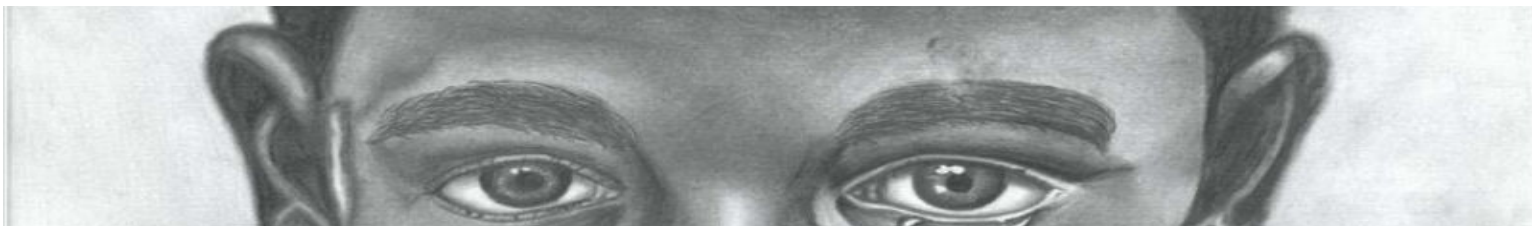
One of the most used means of evidence in criminal proceedings is the recognition of people, which has been done many times by photography, however, there are weaknesses in this method that is shown to be responsible for the largest number of legal errors in the Brazilian system. The reports issued by CONDEGE and the Public Defender of Rio de Janeiro, in turn, point to an alarming element of these errors, in which about 80% of the accused are black people. Considering that Brazilian society was structurally constituted through a slave base, which provided and continues to provide subaltern conditions to a race, it is from this perspective that this research sought to understand the influence of structural racism in the photographic recognition procedure. Therefore, this work carried out a bibliographical and doctrinal research about the fallibility of the procedure and the phenomena that influence false recognitions.

Keywords: structural racism; photographic recognition; fallibility.



SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| 1. INTRODUÇÃO | 12 |
| 2. PROVAS E O PROCESSO PENAL | 15 |
| 2.1 Reconhecimento pessoal | 16 |
| 2.2 Reconhecimento fotográfico..... | 21 |
| 2.3 Projeto de Lei nº 676/21..... | 24 |
| 3. A FALIBILIDADE DO MÉTODO E AS FALSAS MEMÓRIAS | 27 |
| 3.1 Conceito e fases da memória..... | 27 |
| 3.2 Memória e o reconhecimento fotográfico..... | 29 |
| 4. O POLICIAMENTO OSTENSIVO E OS IMPACTOS DO RACISMO ESTRUTURAL | 31 |
| 4.1 Contexto histórico do surgimento policial no Brasil..... | 31 |
| 4.2 Repercussão do racismo estrutural nos dias atuais..... | 32 |
| 4.3 Innocence project Brasil | 33 |
| 4.4 Análise de relatórios do CONDEGE | 35 |
| 5. JURISPRUDÊNCIA | 39 |
| 6. CONCLUSÃO | 45 |
| 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 48 |



1. INTRODUÇÃO

O Código de Processo Penal Brasileiro, prevê o reconhecimento de pessoas e coisas nos artigos 226 a 228, com a finalidade de reconhecer pessoas ou objetos que estejam relacionados ou sejam oriundos de fato delituosos, considerando o reconhecimento fotográfico como um dos meios de reconhecimento de pessoas. Esta pesquisa, através da metodologia bibliográfica, busca problematizar o uso do reconhecimento fotográfico de modo isolado e a sua falibilidade, considerando que o procedimento atinge predominantemente pessoas negras (DIAS, 2019) e que no Brasil o racismo estrutural se manifesta como uma construção social, histórica e política, marginalizando os povos afro-brasileiros. Entre os anos de 2020 e 2021 a Comissão Criminal do Colégio Nacional de Defensores Públicos Gerais (CONDEGE) juntamente com a Defensoria Pública do Rio de Janeiro, emitiu dois (2) relatórios apontando que um significativo número de pessoas negras são acusadas indevidamente, através do reconhecimento fotográfico, pelo fator de raça (CONDEGE, 2021). Diante disso, é possível constatar a influência do racismo estrutural enraizado na sociedade, reforçando a segregação das pessoas negras através do encarceramento, assim como a relevância e atualidade do tema dentro do Direito Penal.

Para que se possa compreender a influência de uma sociedade racista no uso do reconhecimento fotográfico, é preciso compreender como se constituiu a sociedade brasileira, para isso é preciso lembrar que o Brasil tem como base estruturante a escravização, sendo o último país da América a abolir a escravidão formalmente. As pressões para a extinção do trabalho escravo surgiram desde o início do século XIX sob o Império Brasileiro, que adiou tais atos para a abolição por quase 80 anos, havia ali grande resistência por parte da classe senhorial e escravista. As movimentações para extinguir o trabalho escravo surgiram em 1810,

visando uma abolição gradual, porém, somente diante de pressões externas, o Brasil ingressou neste processo e em 1850 com a Lei Eusébio de Queirós de 4 de setembro de 1850, estabeleceu medidas para a repressão do tráfico de africanos no Império. Este é considerado como um dos primeiros passos dados ao fim da escravidão, e que ocorreu, sobretudo, diante das pressões britânicas sobre o governo brasileiro para a sua extinção no país. De modo gradual as leis foram se ampliando e foi só em 1888 que a Lei Áurea foi promulgada, decretando o fim oficial da escravidão.

A proibição da escravização de pessoas negras não foi o bastante para garantir dignidade e os direitos básicos ao povo negro, pois essa população ficou desassistida de políticas públicas e mudanças estruturais para a sua inserção no mercado de trabalho. Assim, após a abolição, grande parte da população negra permaneceu nas fazendas vendendo seu trabalho para conseguir sobreviver, aqueles que conseguem ir para as cidades foram contemplados com subempregos, trabalho autônomo e o artesanato. “Cerca de 5 milhões de cativos, homens e mulheres que foram trazidos para o Brasil com o objetivo de suprir a mão de obra por quase quatro séculos, praticamente foram abandonados nas ruas, sem a mínima condição de sobrevivência.” (CARVALHO, 2017). É assim que a sociedade brasileira foi se constituindo de maneira estrutural, proporcionando condições subalternizadas a uma raça, colocando outras em lugares mais favorecidos e de privilégios.

Esta pesquisa, que se propõe a identificar influências deste racismo estrutural no procedimento de reconhecimento fotográfico e a falibilidade do método, está dividida da seguinte maneira: A primeira parte será dedicada a explorar o conceito de provas no processo penal e o desenvolvimento dessa parte de investigação, assim como o Projeto de Lei 676/2021 que busca regulamentar de forma mais efetiva o procedimento de reconhecimento de pessoas; O segundo momento será destinado ao método de reconhecimento fotográfico e a conceituação de falsas memórias; A terceira etapa desta pesquisa volta-se para uma análise sobre os impactos do racismo estrutural sob um olhar histórico da sociedade e os dias atuais. A partir disso, serão analisados trechos dos relatórios emitidos pelo CONDEGE e a Defensoria Pública do Rio de Janeiro; Por fim, será realizada uma análise da mudança de jurisprudência sobre o tema e sua aplicação.

Para essas análises utiliza-se como método de coleta de dados a pesquisa bibliográfica, considerando que essa abordagem metodológica tem “[...]o objetivo de

recolher informações ou conhecimentos prévios sobre o problema a respeito do qual se procura a resposta.” (FONSECA, 2002, p. 32). Entendendo também, que a pesquisa bibliográfica permite ampliar o olhar acerca das referências teóricas já analisadas, somando novas argumentações, busca-se fazer considerações capazes de contribuir com os estudos acerca dos seguintes temas: Reconhecimento fotográfico e a falibilidade do método, as influências do racismo estrutural no meio de provas.

Assim como a base da pesquisa bibliográfica são documentos, livros, artigos, teses, para realizar a revisão bibliográfica e desenvolver o problema de pesquisa “Qual a influência do racismo estrutural no reconhecimento fotográfico?” foram escolhidos dois documentos, citados anteriormente, nos quais foram elaborados pelo Colégio Nacional de Defensores Públicos Gerais (CONDEGE) juntamente com a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (DP-RJ), nos anos de 2020 e 2021, com os títulos: Relatório DPE-RJ e Relatório sobre Reconhecimento Fotográfico em Sede Policial, respectivamente. Ambos documentos apontam que o procedimento de reconhecimento fotográfico em delegacias do país possui falhas, e que em média 80% das pessoas apontadas como suspeitas eram negras.

Por fim, serão aplicadas doutrinas, jurisprudências e casos aos resultados extraídos dos dados para analisar o efeito da falibilidade do procedimento de reconhecimento fotográfico e a existência de vieses racistas, atingindo a população negra. Destaca-se a importância de uma análise crítica sobre a influência do racismo estrutural nesse tipo de reconhecimento e sua falibilidade como prova isolada.

2. PROVAS E O PROCESSO PENAL

A construção do processo penal é composta por uma parte responsável por imputar as ações penais à outra parte que se detém a demonstrar a desconformidade dos acontecimentos relatados pela defesa. Diante disso, a prova no processo penal é um elemento fundamental para que o julgador possa elaborar a sentença, baseando-se o mais perto possível da verdade dos fatos, assim, o ato busca comprovar a veracidade do ocorrido, reconstruindo a narração do passado através das provas. Lopes Junior (2017, p. 414) afirma que o “[...] processo penal e a prova nele admitida integram o que se poderia chamar de modos de construção do convencimento do julgador, que formará sua convicção e legitimará o poder contido na sentença.”.

No Brasil, o sistema de livre convencimento fundamentado ou de persuasão é o que garante ao julgador basear sua posição em decorrência da verdade, através dos fatos apresentados. Essas provas geralmente são produzidas na fase processual, tidas como atos de prova, permitindo a manifestação da outra parte, respeitando, assim, o princípio do contraditório e ampla defesa, garantindo o direito de ser julgado de acordo com as provas produzidas diante de juízo competente. Algumas destas provas são: depoimentos, exibição de documentos, prova testemunhal, prova pericial, etc.

Mas, antecede a fase processual o inquérito policial, que acompanhará a denúncia ou a queixa-crime, conforme o art. 12 da Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941: “O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra.” (BRASIL, 1941). Os elementos coletados nesta fase irão fundamentar o recebimento ou não da ação penal pelo juiz, as provas aqui colhidas são tidas como atos de investigação, frisa-se que o reconhecimento de pessoas e coisas, que é foco do presente trabalho, ocorre nesta fase processual.

As provas colhidas na investigação acompanham a ação penal, servindo para fundamentar medidas cautelares e para justificar o recebimento ou não do processo, entretanto, não podem servir como base para uma eventual condenação, devendo ser colhidas provas na fase processual para fundamentar os fatos e basear futuras decisões. “Em efeito, o inquérito filtra e aporta as fontes de informação úteis. Sua importância está em dizer quem deve ser ouvido, e não o que foi declarado. A declaração válida é a que se produz em juízo, e não a contida no inquérito.” (LOPES JUNIOR, 2017, p. 185), reconhece-se a importância da fase de investigação no percurso do processo penal, delimitando sua função provisoriamente. Pela falta de previsão legal acerca de uma presunção de veracidade do inquérito policial e seus elementos, há em grande parte doutrinária e jurisprudencial, o entendimento de que os atos de inquérito são válidos até que se prove o contrário, fazendo com que sejam admitidos no processo, atos praticados sem a manifestação do direito do contraditório e ampla defesa (LOPES JUNIOR, 2015, p. 185).

Para se aprofundar na temática central deste trabalho, na próxima seção, será realizado um recorte sobre o reconhecimento pessoal e o reconhecimento fotográfico, a fim de delimitar o desenvolvimento desta pesquisa.

2.1 Reconhecimento Pessoal

O procedimento de reconhecimento pessoal é frequentemente usado nas delegacias do Brasil, através dele busca-se que a vítima ou, testemunha ocular de evento delitivo, venha a fazer o reconhecimento da pessoa acusada da prática do delito, realizando a descrição do sujeito que viu no passado, e, posteriormente, confirmar a identidade deste, no momento presente do reconhecimento. O reconhecimento de pessoas é um ato formal de grande relevância pois compõe o conjunto de provas na apuração de um crime.

O reconhecimento de pessoas deve seguir alguns ritos “[...]com o fim de se evitar o arbítrio, a má-fé, a indução ou mesmo o engano daquele que vai efetuar o reconhecimento” (CAPEZ, 2017, p. 459), os quais estão previstos no art. 226 do Código de Processo Penal (CPP), cuja redação está disposta abaixo:

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

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

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

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

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

Parágrafo único. O disposto no no III deste artigo não terá aplicação na fase da aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento (BRASIL, 1941).

Três pontos importantes a fim de validar o reconhecimento e que devem ser seguidos tanto na fase investigatória, quanto na fase do processo penal são: descrição da pessoa a ser reconhecida; comparação de pessoas e o auto pormenorizado. Inicialmente o reconhecedor deverá descrever o máximo de elementos possíveis sobre a pessoa a ser reconhecida, a fim de que se possa criar um perfil do acusado, é importante ressaltar que o reconhecedor não deverá ter nenhum tipo de contato com a pessoa a ser identificada antes dessa fase da descrição, a relevância desta etapa é garantir que as informações ali colhidas sejam comparadas na hora do reconhecimento pessoal, possibilitando ao magistrado que seja capaz de analisar se existe o mínimo grau de firmeza do reconhecedor para validar a identificação. Segundo Guilherme de Souza Nucci (NUCCI, 2020, p.895):

Essa providência é importante para que o processo fragmentário da memória se torne conhecido, vale dizer, para que o juiz perceba se o reconhecedor tem a mínima fixidez (guarda o núcleo central da imagem da pessoa que pretende identificar) para proceder ao ato. Se descrever uma pessoa de dois metros de altura, não pode, em seguida, reconhecer como autor do crime um anão. É a lei da lógica aplicada ao processo de reconhecimento, sempre envolto nas naturais falhas de percepção de todo ser humano.

Após a descrição feita, a pessoa a ser reconhecida deverá ser colocada ao lado de outras pessoas que com ela tiverem qualquer semelhança física (sexo, raça/cor, idade, porte físico, etc.), para que possa existir uma comparação e para que o reconhecedor não seja induzido ao erro.

Já ao final, será feito o auto pormenorizado, descrevendo minuciosamente tudo o que ocorreu no procedimento de reconhecimento, incluindo as reações

faciais, corporais e manifestações do reconhecedor. Ao final, tudo deverá ser assinado pela autoridade, pelo reconhecedor e por duas testemunhas.

A doutrina irá afirmar que quando não respeitadas as fases do reconhecimento a prova de reconhecimento deverá ser invalidada e considerada nula, ou seja, não poderá servir como base para fundamentar a condenação do acusado. O cuidado para que se cumpra tais fases do reconhecimento, auferir credibilidade no instrumento probatório e na visão de que o sistema judiciário deverá prezar sempre pela qualidade da tutela jurisdicional prestada (LOPES JUNIOR, 2020, p.773). Até o ano de 2020 os tribunais eram pacíficos no entendimento de que o não cumprimento das regras previstas no artigo 226, do Código de Processo Penal, por si só, não configura nulidade do ato, uma vez que se tratando de meras recomendações. Vejamos jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECONHECIMENTO PESSOAL. VIOLAÇÃO DO ART. 226 DO CPP. CONDENAÇÃO FUNDADA EM OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. MERA IRREGULARIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. REVERSÃO DO JULGADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. COTEJO ANALÍTICO NÃO REALIZADO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O desrespeito às balizas do art. 226 do Código de Processo Penal, concernentes ao reconhecimento pessoal, acarretam o enfraquecimento da força probante da providência, mas não a sua invalidação (HC 196.797/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 11/3/2014, DJe 24/3/2014).

2. O acolhimento do pleito defensivo de absolvição demanda revolvimento fático-probatório, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ.

3. A ausência de cotejo analítico entre julgados, de modo a demonstrar a similitude entre casos confrontados, inviabiliza a caracterização do dissídio jurisprudencial.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp n. 1.449.984/RJ, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 4/2/2020, DJe de 10/2/2020.) (grifei).

O mais recente posicionamento do STJ sobre a matéria, firmado no *Habeas Corpus* nº 790.250 - RJ de relatoria do ministro Rogério Schietti Cruz, traz novo entendimento no sentido de que é nulo o reconhecimento quando não observados os procedimentos dispostos no art. 226 do CPP, e quando cumpridos, não poderá ser utilizada de forma isolada como prova. Transcreve-se:

HABEAS CORPUS. ROUBO. RECONHECIMENTO DE PESSOAS. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. PROVA INVÁLIDA COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO.

AUSÊNCIA DE OUTRAS PROVAS IDÔNEAS. ABSOLVIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

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

2. Em julgamento concluído no dia 23/2/2022, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal deu provimento ao RHC n. 206.846/SP (Rel. Ministro Gilmar Mendes), para absolver um indivíduo preso em São Paulo depois de ser reconhecido por fotografia, tendo em vista a nulidade do reconhecimento fotográfico e a ausência de provas para a condenação. **Reportando-se ao decidido no julgamento do referido HC n. 598.886/SC, no STJ, foram fixadas pelo STF três teses: 2.1) O reconhecimento de pessoas, presencial ou por fotografia, deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime e para uma verificação dos fatos mais justa e precisa; 2.2) A inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita, de modo que tal elemento não poderá fundamentar eventual condenação ou decretação de prisão cautelar, mesmo se refeito e confirmado o reconhecimento em Juízo.** Se declarada a irregularidade do ato, eventual condenação já proferida poderá ser mantida, se fundamentada em provas independentes e não contaminadas; 2.3) A realização do ato de reconhecimento pessoal carece de justificação em elementos que indiquem, ainda que em juízo de verossimilhança, a autoria do fato investigado, de modo a se vedarem medidas investigativas genéricas e arbitrárias, que potencializam erros na verificação dos fatos.

3. **Posteriormente, em sessão ocorrida no dia 15/3/2022, a Sexta Turma desta Corte, por ocasião do julgamento do HC n. 712.781/RJ (Rel. Ministro Rogerio Schietti), avançou em relação à compreensão anteriormente externada no HC n. 598.886/SC e decidiu, à unanimidade, que, mesmo se realizado em conformidade com o modelo legal (art. 226 do CPP), o reconhecimento pessoal, embora seja válido, não tem força probante absoluta, de sorte que não pode induzir, por si só, à certeza da autoria delitiva, em razão de sua fragilidade epistêmica; se, porém, realizado em desacordo com o rito previsto no art. 226 do CPP, o ato é inválido e não pode ser usado nem mesmo de forma suplementar.**

4. Mais recentemente, com o objetivo de minimizar erros judiciais decorrentes de reconhecimentos equivocados, a Resolução n. 484/2022 do CNJ incorporou os avanços científicos e jurisprudenciais sobre o tema e estabeleceu "diretrizes para a realização do reconhecimento de pessoas em procedimentos e processos criminais e sua avaliação no âmbito do Poder Judiciário" (art. 1º).

5. Depreende-se dos autos que, em 31/8/2015, por volta de 23h30, a primeira vítima (R. C. da S. F) foi roubada por quatro indivíduos armados em um veículo, do qual conseguiu anotar a placa. Cerca de uma hora depois, os criminosos roubaram a segunda vítima (R.M.S) em circunstâncias semelhantes. Com o número da placa, a polícia identificou o proprietário do automóvel no registro do Detran e, em 8/9/2015, apresentou fotografias dele ao primeiro ofendido, que o reconheceu como o ocupante do banco do

carona. Em 9/9/2015, as fotografias foram apresentadas ao segundo ofendido (R.M.S), que também reconheceu o acusado. Fica evidente, portanto, a absoluta desconformidade do ato com o rito legal previsto no art. 226 do CPP, porque exibidas às vítimas apenas as fotografias do réu (show up).

6. Conforme decidido por esta Sexta Turma por ocasião HC n. 712.781/RJ (Rel. Ministro Rogerio Schietti), quando produzido em desacordo com o disposto no art. 226 do CPP, o reconhecimento deve ser considerado inválido, o que implica a impossibilidade de seu uso para lastrear juízo de certeza da autoria do crime, mesmo que de forma suplementar. Assim, excluída a possibilidade de valoração de tal prova, remanesce em desfavor do réu apenas o fato de que o veículo usado no roubo estava registrado em seu nome.

7. Entretanto, na sentença absolutória, o Juízo singular afirmou que, além de o reconhecimento fotográfico haver sido realizado de forma irregular na delegacia, o acusado - servidor público federal da Fiocruz, graduado e mestrando em Farmácia, sem outros registros criminais - comprovou documentalmente e por testemunhas haver vendido o carro três meses antes do crime e apresentou provas de que estava conversando com amigos por aplicativos de mensagens de texto e voz (Whatsapp) no momento dos fatos.

8. Assim, não é possível ratificar a condenação do acusado, visto que apoiada em prova desconforme ao modelo legal e não corroborada por elementos autônomos e independentes, suficientes, por si sós, para lastrear a autoria delitiva.

9. Ordem concedida para, ratificando a liminar deferida, restabelecer a absolvição do paciente em relação à prática dos delitos de roubo objeto do Processo n. 0024394- 23.2015.8.19.0202. (HC n. 790.250/RJ, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 14/2/2023, DJe de 17/2/2023.)(grifei).

Diante disso, há uma grande evolução no posicionamento do STJ, no entanto, esse trabalho entende que ainda deve-se ater no debate e busca de diminuição destes danos, principalmente em relação ao reconhecimento fotográfico que, infelizmente, é um tema que vem sendo debatido recentemente, principalmente no meio jurídico. Deve-se sempre atentar para o cumprimento e concordância com o disposto em lei, uma vez que em matéria processual penal, a forma é garantida, não possibilitando margens para informalidades judiciais.

Será exposto nos capítulos 3 e 4 deste trabalho, a importância de que sejam seguidas rigorosamente as fases do reconhecimento diante das fragilidades que envolvem esse método de prova, como a falibilidade da memória humana, o racismo estrutural e as interferências que induzem ao erro.

2.2 Reconhecimento Fotográfico

O reconhecimento fotográfico, apesar de ser bastante usado, não encontra amparo expresso em qualquer dispositivo legal, trata-se de uma forma subsidiária do reconhecimento pessoal, sendo, dessa forma, uma prova tida como atípica, que é a prova que não possui amparo na lei mas pode ser aceita no processo penal, devendo sempre ser feita de forma excepcional, assim, as formalidades deste meio de prova foram sendo consolidadas pela doutrina e jurisprudência (HC 427051/SC). Quando realizado, o reconhecimento fotográfico deve seguir o rito estabelecido ao reconhecimento de pessoas, caso necessário, a autoridade competente deve justificar a impossibilidade de realização do reconhecimento presencial, então servirá o reconhecimento fotográfico como uma fase de pré reconhecimento pessoal.

O procedimento descrito nada mais é que mostrar uma foto para a pessoa que está fazendo o reconhecimento, é importante destacar que a fotografia estática do busto de um indivíduo não é capaz de obter expressões, características físicas de sua estatura completa ou outros elementos que remetem à memória da pessoa que está fazendo o reconhecimento, aumentando as probabilidades de equívoco nesse tipo de reconhecimento, por isso, deve ser analisado com cautela e critério. Por se tratar de um mero indício não poderá servir de forma isolada para basear uma condenação, o Dr. Eugênio Pacelli Oliveira, elucida esse entendimento quando diz que diante das notórias diferenças entre fotografia e pessoa, o reconhecimento fotográfico não poderá ter o mesmo valor probatório do reconhecimento de pessoa

O reconhecimento fotográfico não poderá, jamais, ter o mesmo valor probatório do reconhecimento de pessoa, tendo em vista as dificuldades notórias de correspondência entre uma (fotografia) e outra (pessoa), devendo ser utilizado este procedimento somente em casos excepcionais, quando puder servir como elemento de confirmação das demais provas (OLIVEIRA, 2020, p. 547).

Ainda há muito a se discutir na doutrina e jurisprudência no que tange ao procedimento fotográfico e seu valor legal, pois ainda há resquícios de entendimento ultrapassados como o de ser uma “mera recomendação” a observância das regras previstas no artigo 226 do Código de Processo Penal (CPP), no qual discorre sobre os ritos do reconhecimento pessoal, como também há o entendimento de que a não

observância desses ritos acarreta a nulidade da prova, a fim de minimizar a ocorrência de falsos reconhecimentos. Vejamos:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ALEGAÇÃO DE INOBSERVÂNCIA DO ART. 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. RECONHECIMENTO DO PACIENTE PELA VÍTIMA TANTO EM JUÍZO QUANTO EM SOLO POLICIAL. DESCRIÇÃO DOS TRAÇOS FÍSICOS DO AGRESSOR. VÍTIMA EM PODER DE SEU ALGOZ POR CERCA DE 40 MINUTOS . AUSÊNCIA DE NULIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - **Alegação de inobservância do art. 226 do Código de Processo Penal. Com efeito, "a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é harmônica no sentido de que a eventual inobservância do art. 226 do Código de Processo Penal, constitui nulidade relativa, sendo necessária, portanto, a efetiva demonstração de prejuízo, não observada no caso em análise. Ademais, esta Corte Superior vem entendendo que as disposições insculpidas no artigo 226 do Código de Processo Penal configuram uma recomendação legal, e não uma exigência, cuja inobservância não enseja a nulidade do ato" (AgRg no RHC n. 122.685/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 1º/06/2020).** De mais a mais, "a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que o reconhecimento fotográfico do réu, quando ratificado em juízo, sob a garantia do contraditório e ampla defesa, pode servir como meio idôneo de prova para fundamentar a condenação" (AgRg no AREsp n. 1.204.990/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 12/03/2018, grifei).

III - In casu, a vítima reconheceu o paciente como autor do fato, tanto em juízo quanto em solo policial. Além disso, a Corte local assentou que o ofendido descreveu os traços físicos do agressor, destacando, para tanto, o fato de a vítima ter ficado por cerca de 40 minutos sobre o poder de seu algoz. Portanto, não se divisa nenhuma nulidade processual.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 764.242/RJ, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 7/2/2023, DJe de 14/2/2023.)(grifei).

Alega-se que o não cumprimento do exposto no art. 226 do Código de Processo Penal só irá invalidar a prova se demonstrado prejuízo, ainda, destacado acima "a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é harmônica", no entanto, setes dias depois se vê outro entendimento, no sentido de que, no que tange às normas do mesmo artigo, estas devem ser cumpridas e corroboradas com outras provas. Transcreve-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO REALIZADO NO ÂMBITO POLICIAL. NÃO OBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. INVALIDADE DA PROVA.

1. O reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto para identificar o réu e fixar a autoria delitiva quando observadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa (HC n. 598.886/SC, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 27/10/2020, DJe 18/12/2020).

2. Hipótese em que não ficou evidenciado nos autos, de forma inequívoca, que o reconhecimento fotográfico, realizado na fase inquisitorial, seguiu os preceitos do art. 226 do CPP, sobretudo porque a simples afirmação de que "Na delegacia reconheceram alguns objetos, e o suspeito fora reconhecido por duas vítimas através de fotografia" não basta, por si só, para concluir pela estreita observância ao procedimento previsto no mencionado dispositivo.

Ainda que ratificado em juízo, o reconhecimento fotográfico não foi corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

3. Como observado no HC n. 598.886/SC, "[à] vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo".

4. Agravo regimental improvido.
(AgRg no HC n. 757.482/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 14/2/2023, DJe de 17/2/2023.)(grifei).

Diante do exposto, mostra-se uma instabilidade jurídica diante da sociedade civil, e a inobservância da forma como garantia processual, sobre a qual Mariângela Tomé Lopes (2011) sustenta que:

A prova que contraria a lei não pode se tornar atípica pela simples admissão do princípio da não taxatividade dos meios de prova e do livre convencimento judicial. Caso haja procedimento expresso em lei para a realização do meio de prova, este deve ser respeitado. (LOPES, 2011, p. 87)

Assim, a forma no direito processual penal é garantida servindo como segurança ao cidadão perante o Estado, com o intuito de evitar arbitrariedades. Por tais razões, o presente trabalho frisa pela importância do cumprimento das formalidades expostas e destaca que todas as fases do reconhecimento são de suma importância para que se evite erros jurídicos.

2.3 Projeto de Lei nº 676/21

Em 13 de outubro de 2021 foi aprovado pelo Senado Federal o Projeto de Lei 676/21, que altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal) para modificar as normas de reconhecimento de pessoas previstas nos artigos 226 e 227 do mesmo dispositivo legal. Um Projeto de Lei é uma proposta de alteração ou criação de normas, que para ter valor de lei é necessário sua aprovação no Senado Federal e na Câmara dos Deputados, e após, seja submetido à aprovação do chefe do poder Executivo, que no Brasil é o Presidente da República.

A autoria do Projeto de Lei 676/21 é do senador Marcos do Val, sendo aprovado na forma do texto substitutivo apresentado pelo senador Alessandro Vieira, relator da matéria, que acatou a emenda integralmente e outras sete parcialmente (SENADO, 2021). O projeto busca que sejam observados os procedimentos formais no reconhecimento de pessoas, de forma a impedir que a vítima ao fazer o reconhecimento seja induzida a erro, para obter maior segurança e confiabilidade no ato.

De acordo com o texto aprovado, deverá ser cumprido novas formalidades no momento em que a testemunha ou vítima fizer o reconhecimento, sobre as quais discorro abaixo:

I. A pessoa que estiver fazendo o reconhecimento será convidada a descrever a pessoas que deva ser reconhecida, e deverá ser feito com o uso de relato livre e de perguntas abertas, sendo “vedado o uso de perguntas que possam induzir ou sugerir a resposta”.

II. Deverá ser perguntado sobre a distância aproximada que a vítima estava do suspeito, assim como o tempo aproximado em que pôde visualizar o rosto do suspeito e as condições de visibilidade e iluminação.

III. Também será perguntado se em momento anterior algum suspeito foi-lhe exibido ou se teve acesso ou visualizou alguma imagem do suspeito.

IV. No momento do reconhecimento pessoal, a pessoa a ser reconhecida será apresentada com, no mínimo, outras três pessoas sabidamente inocentes e que devem conter a mesma descrição dada pela pessoa que está fazendo o reconhecimento.

V. Após a resposta da pessoa que está fazendo o reconhecimento, seja positiva ou negativa quanto a ter reconhecido ali algum dos indivíduos, será solicitado que a mesma indique, com suas palavras, o grau de confiança de sua resposta. (PL nº 676/2021) ²

Estas são algumas das alterações sobre o reconhecimento de pessoas feito pelo texto, o qual prevê, ainda, que antes de iniciar o procedimento deverá ser alertado para a testemunha ou vítima, que irá fazer o reconhecimento, que o autor do delito pode ou não estar entre os indivíduos que serão apresentados; que ela pode reconhecer um ou não reconhecer nenhum deles; e que as investigações irão permanecer independentemente do reconhecimento de alguém naquele momento.

A proposta determina que ao finalizar o ato de reconhecimento será lavrado o auto pormenorizado, o que se diferencia da legislação em vigência é de que deverá constar no auto, uma declaração expressa de que todas as formalidades previstas foram cumpridas, assim como deverá conter a raça autodeclarada da pessoa que tiver de fazer o reconhecimento, como o da eventual reconhecida.

O projeto regula também expressamente o reconhecimento feito por fotografia, estabelecendo regras para o seu cumprimento. As fotografias utilizadas no reconhecimento deverão ser recolhidas nos autos, assim como indicação de fonte de extração; não serão permitidas apresentações de fotografias retiradas de álbuns de suspeitos, extraídas de redes sociais ou a apresentação feita informalmente por autoridades de polícia, procedimento que é comumente utilizado nos dias atuais.

O reconhecimento de pessoas, presencialmente ou por fotografia “[...]deverá ser corroborado por outros elementos externos de prova” (PL nº 676/2021), assim, não será válido de forma isolada para “[...]decretação de medidas cautelares reais ou pessoais, para o recebimento de denúncia ou queixa, para a decisão de pronúncia no procedimento do júri e para a prolação de sentença condenatória.” (PL nº 676/2021). Destaca-se também para a previsão de que o suspeito terá direito de estar acompanhado de “[...]defensor constituído ou nomeado para o ato durante todo o processo de reconhecimento pessoal ou fotográfico” (PL nº 676/2021), o que também destoa em relação à legislação vigente, pois não há tal previsão.

² Disponível em

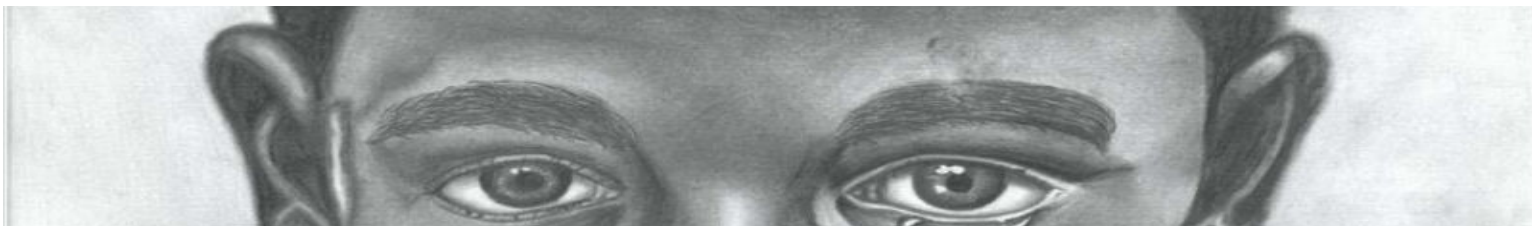
https://www.google.com/url?q=https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor%3D2093301&sa=D&source=docs&ust=1679847019105616&usg=AOvVaw04al8sCxBIVetqcUYT77U4> Acessado em 20 de mar. de 2023.

Por fim, o texto dispõe que deverá ser excluída de registros de suspeitos fotografia de acusado que tiver no caso sentença absolutória transitada em julgado.

O projeto será analisado pela comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, em seguida será remetido ao Plenário. A perspectiva que se tem, caso aprovado e passe a vigorar, é de que o texto do projeto traga maior segurança em relação ao cumprimento do procedimento de reconhecimento de pessoas, trazendo também maior credibilidade para a obtenção desse tipo de prova, garantindo os direitos tanto da pessoa que fará o reconhecimento quanto da pessoa que será reconhecida. Será possível, também, evitar erros que na legislação vigente não estão previstos.

Há também um olhar voltado para a população negra, que é percebido no projeto e nas considerações feitas pelo senador Paulo Paim, de que ponderou as manifestações recebidas da comunidade negra e destacando os avanços feitos com a alteração no texto. “Por parte principalmente da comunidade negra, havia uma grande preocupação com o projeto. Claro que o autor, percebendo as denúncias e a gravidade da situação, teve a boa iniciativa de propor alterações” (SENADO, 2011, p.1).

O que vai de encontro com este trabalho, principalmente em relação ao reconhecimento fotográfico, que atualmente é tratado de forma subsidiária do reconhecimento pessoal, o qual possui maior fragilidade pelos argumentos que serão expostos a seguir, assim como, a atenção que deve ser dada ao tema do racismo, que está presente na nossa cultura e que de forma estrutural marginaliza corpos pretos e os expõem sucessivamente ao tipo de erro decorrente de falsos reconhecimentos.



3. A FALIBILIDADE DO MÉTODO E AS FALSAS MEMÓRIAS

Tratamos anteriormente de como o procedimento de reconhecimento de pessoas é suscetível a falhas, quando não respeitados seus ritos estabelecidos no ordenamento jurídico, somados a isto, temos também como elemento essencial no reconhecimento o uso da mente humana, o que torna ainda mais frágil esse método. Considerando a grande complexidade da mente humana, reconhecendo a possibilidade de sua falibilidade, busca-se no presente trabalho esclarecer acerca de sua funcionalidade e como isso afeta o reconhecimento fotográfico no processo penal.

3.1. Conceito e fases da memória

De modo geral, a memória é definida como a capacidade que o cérebro humano tem em adquirir, armazenar e evocar informações (IZQUIERDO, 2006, p. 9), ou seja, a memória refere-se à capacidade de codificar, armazenar e recuperar informações sobre experiências passadas, conhecimentos adquiridos e habilidades aprendidas. É uma função cognitiva complexa e essencial para muitas atividades humanas e é através deste modo, que ao longo da vida, o indivíduo adquire seus comportamentos e percepções, formando-se um ser único.

A memória pode ser classificada em procedural e declarativa, a primeira é ligada ao aprendizado de atividades, como por exemplo: pegar o talher para comer. Essa ação se forma pela repetição do ato. Já a memória declarativa, é responsável pelo armazenamento de acontecimentos, das características físicas e trejeitos de pessoas, que grava fatos e eventos (BEAR; CONNORS; PARADISO, 2017, p. 824-825). É a memória contextual, e pessoal, que permite o ser humano a viajar mentalmente para o passado e reviver esses eventos em sua mente.

As três etapas principais da memória são: aquisição, consolidação e recuperação. Sinteticamente, a etapa de aquisição é um processo de filtragem de informações, distinguindo informações úteis e que são novas, de informações já obtidas e inúteis. Essas informações selecionadas passam para a etapa de consolidação, que é onde ocorre o armazenamento delas, já na fase de recuperação, a qual mais interessa ao entendimento do reconhecimento fotográfico, busca-se a recuperação de uma informação do passado armazenada a longo prazo.

E é essa retomada da memória que ocorre no procedimento de reconhecimento pessoal: o reconhecimento de um indivíduo envolvido em um fato passado, no presente. O que discutimos é a fragilidade e falibilidade deste ato, afinal, o processo de recuperação da memória pode ser influenciada por vários fatores, tais como: emoções, estresse, a saúde mental, de modo geral entre outros que levam a composição de falsas memórias, em que Fraga (2020, p. 17) elucida esse entendimento:

Por isso, as provas que dependem da evocação da memória não devem ser valoradas na íntegra, vez que a memória é vulnerável estando sujeita a modificações e defraudações oriundas de influências internas e externas, bem como do decurso do tempo, gerando-se, pois, falsas memórias. [...] Através da junção das memórias verdadeiras com sugestões trazidas por terceiros dá-se origem as falsas memórias⁸⁹, isto é, a memória existente é influenciada por sugestões significantes, as quais, somadas, geram falsas memórias.

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

Os estudos acerca das falsas memórias têm sido cada vez mais presentes no campo da Psicologia Clínica (ALVES; LOPES, 2007), por isso, há diversas teorias metodológicas que buscam fazer uma análise crítica desses eventos. Há um acordo quase comum a todos esses campos de pesquisa que “[...]quando as pessoas que estão em psicoterapias ou em julgamentos são encorajadas a “contar mais”, certamente algumas memórias que aparecerão não serão verdadeiras.” (ALVES; LOPES, 2007, p. 54), isso ocorre na maioria das vezes porque os indivíduos estão

sendo estimulados a completar algumas lacunas, que eles mesmos já esqueceram com detalhes e consistência, permanecendo apenas a situação de modo geral (ALVES; LOPES, 2007, p. 46).

3.2. Memória e o reconhecimento fotográfico

Como mencionado anteriormente, dentro do Direito Penal, é comum que o Judiciário utilize de provas produzidas a partir das lembranças das partes envolvidas, acerca do caso ocorrido. A conceituação de memória e o que tem apontado os estudos sobre as falsas memórias, indicam que é cada vez mais necessário saber distinguir as memórias verdadeiras, das memórias distorcidas e influenciadas por fatores externos à cena. Isso não quer dizer que culpabiliza-se a vítima, por mais confiante e detalhista que ela seja em seu relato (LOFTUS, 2003 *apud* ALVES; LOPES, 2007, p. 54). No mesmo sentido, o ministro do STJ, Rogério Schietti Cruz traz no relatório do Agravo Regimental no *Habeas Corpus* n. 730.232/SP³, a seguinte lição:

Não se trata de insinuar que a vítima mentiu ao dizer que reconheceu o acusado. Chama-se a atenção, nesse ponto, para o fundamental conceito de "erros honestos" trazido pela psicologia do testemunho. Para este ramo da ciência, o oposto da ideia de "mentira" não é a "verdade", mas sim a "sinceridade". Quando se coloca em dúvida a confiabilidade do reconhecimento feito pela vítima, mesmo nas hipóteses em que ela diga ter "certeza absoluta" do que afirma, não se está a questionar a idoneidade moral daquela pessoa ou a imputar-lhe má-fé, vale dizer, não se insinua que ela esteja mentindo para incriminar um inocente. O que se pondera apenas é que, não obstante subjetivamente sincera, a afirmação da vítima pode eventualmente não corresponder à realidade, porque decorrente de um "erro honesto", causado pelo fenômeno das falsas memórias. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ (1158)

Fraga (2020, p. 18) corrobora com essa compreensão dos erros honestos a partir da seguinte exemplificação acerca de:

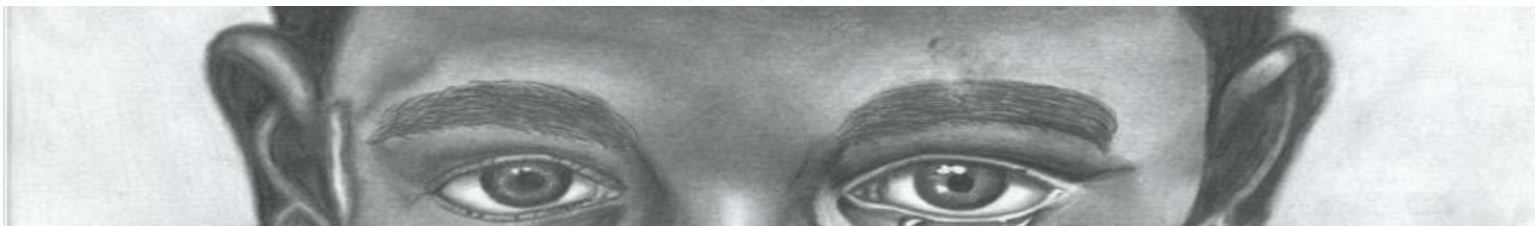
[...]os crimes cometidos com o uso de arma de fogo em que a percepção da vítima fica direcionada quase que exclusivamente para o objeto que ameaça a sua segurança e não para as características físicas do autor, caracterizando o efeito foco na arma. (FRAGA, 2020, p. 18)

³ AgRg no HC n. 730.232/SP, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 19/12/2022, DJe de 21/12/2022.

O que ocorre é um desvio de foco, em que influenciado pelo fator “arma de fogo” a vítima não consegue ter o foco apenas no indivíduo, impossibilitando que grave seus traços de forma nítida e clara, pois desvia parcialmente ou totalmente sua atenção ao objeto que o indivíduo traz consigo, concentrando-se em manter sua segurança. Desta forma, ao fazer posteriormente o reconhecimento fotográfico, pouco pode descrever sobre os traços do rosto do indivíduo, mas que ao ser induzido por fatores externos, como por exemplo, o ato de um policial ao mostrar uma fotografia de um indivíduo que já cometeu delito parecido na mesma região, ou fazer afirmações ao indagar sobre a cor do indivíduo, vestimentas e traços, gera uma falsa memória de forma involuntária, que acaba se tornando uma verdade para a vítima ou testemunha do ocorrido.

Esse fator gera prejuízos tanto ao indivíduo conhecido erroneamente quanto o reconhecedor, que, após ser induzido e acrescido de informações que alterem a sua percepção, dificilmente irá converter a memória fotográfica criada. Diante deste cenário, os estudos sobre as falsas memórias apontam que aqui o foco da vítima está no objeto que a coloca em perigo (arma de fogo) e por isso, muito provavelmente, pouco ela se lembrará com clareza das características físicas do acusado. Mas, em outros cenários, nos quais não há outro elemento que demande uma carga emocional, as recordações sofrem menos interferências.

Com base nos apontamentos que têm sido levantados nesta pesquisa, de que a prova é elemento essencial ao processo penal, é imprescindível questionar-se se o reconhecimento fotográfico, que está ligado diretamente à memória, é um meio de prova eficaz ou um instrumento de indução suscetível ao erro, em razão da sua maleabilidade. Os estudos expostos até este momento indicam os riscos e consequências que o reconhecimento fotográfico produz, especialmente em razão da incidência das falsas memórias, de modo que, isoladamente, não deve servir como base para uma sentença condenatória.



4. O POLICIAMENTO OSTENSIVO E OS IMPACTOS DO RACISMO ESTRUTURAL

Neste capítulo, busca-se, de forma breve, entender a construção histórica do policiamento no Brasil e qual a sua relação com os casos, sobretudo os que envolvem reconhecimento fotográfico, assim como as influências do racismo nos órgãos e unidades responsáveis pelo cumprimento do Direito Penal, de forma que garanta a justiça responsável.

4.1 Contexto histórico do surgimento policial no Brasil

O racismo estrutural decorre da forma como uma sociedade é criada, enraizando em sua organização privilégios de um grupo em detrimento de outro, em razão de cor e raça.

A primeira polícia a ser criada no Brasil foi a Divisão Militar da Guarda Real de Polícia do Rio de Janeiro, após a chegada da Família Real portuguesa em 1809. Neste período histórico, o país utilizava-se da escravidão dos povos negros, que movimentava a economia com sua mão de obra. A elite branca e escravista era dependente desse sistema de escravidão, e o maior “risco” que corriam era de perderem seus escravos, assim, entre as principais atividades da polícia naquela época era o de proteger essas elites e evitar que a população negra escravizada se organizasse de forma com que criasse força suficiente para acabar com a escravidão através de fugas, revoltas ou movimentações populares (ZULLI, 2018, p.104).

A partir disso, historicamente, a instituição policial foi feita para que houvesse o “[...] controle da circulação da massa escrava” (CASARA, 2015, p. 228.), e mesmo que a escravidão tenha sido abolida em 1888, pouco se alterou no papel da polícia e

na formação de seus agentes, que passaram a manter o controle social através da contenção das “classes perigosas”: grupos de pessoas socioeconomicamente vulneráveis e marginalizadas, ou seja, pobre e preto.

Persiste, ainda, essa herança nas abordagens policiais, que utilizam de generalizações fundadas na cor e raça dos indivíduos para revistas pessoais, denominado de perfilamento racial (ONU, 2020). Essa prática esquiva-se de utilizar-se corretamente de indícios e elementos objetivos que justifiquem a abordagem e isso só ocorre porque o racismo mais do que individual é coletivo e, está enraizado na estrutura da nossa sociedade, como veremos a seguir.

4.2 Repercussão do racismo estrutural nos dias atuais

O filósofo, advogado e atual ministro dos Direitos Humanos e da Cidadania (ano civil 2023), Sílvio Almeida, descreve o racismo estrutural como uma consequência do modo “normal” com que as relações políticas, econômicas e sociais de modo geral, foram e ainda são estabelecidas dentro de um projeto de comunidade que reforça que algumas pessoas são menos dignas de direitos em decorrência de sua raça (ALMEIDA, 2019, p.33), colocando-os para fora da condição humana. A normalização dessas práticas de estigmatização do povo preto só é possível pois foi se estabelecendo ao longo da história, principalmente durante o período colonial, que a branquitude é, até hoje, a referência de ser humano e, aqueles que não correspondem a um padrão racial, que se desejou por muito tempo ser estabelecido, são os diferentes. Grada Kilomba (2016) ajuda-nos a pensar essa “diferença”, ao nos provocarmos a pensar a racialização da branquitude.

As pessoas brancas não se vêem como brancas, se vêem como pessoas. E é exatamente essa equação, “sou branca e por isso sou uma pessoa” e esse ser pessoa é a norma, que mantém a estrutura colonial e o racismo. E essa centralidade do homem branco não é marcada. [...]E o que quer dizer marcar? Quer dizer também falar sobre diferenças. Por exemplo, como pessoas negras, muitas vezes, somos referidos como diferentes. E eu coloco a questão: diferente de quem? Quem é diferente? Tu és diferente de mim ou eu sou diferente de ti? Pra dizer a verdade nós somos reciprocamente diferentes. Então a diferença vem de onde? Eu só me torno diferente se a pessoa branca se vê como ponto de referência, como a norma da qual eu difiro. Quando eu me coloco como a norma da qual os outros diferem de mim, aí os outros se tornam diferentes de mim. Outro mito que precisamos desconstruir é de que muitas vezes nos dizem que nós fomos discriminados,

insultados, violentados porque nós somos diferentes. Esse é um mito que precisa acabar. Eu não sou discriminada porque eu sou diferente, eu me torno diferente através da discriminação. É no momento da discriminação que eu sou apontada como diferente. (KILOMBA, 2016)

Tais reflexões corroboram para pensarmos que enquanto não for possível desconstruir o racismo ele seguirá perpetuando os espaços e os discursos hegemônicos, como o que interessa a esta pesquisa, seguirá influenciando os órgãos responsáveis pela aplicação da lei, assim como a sociedade civil.

Um recente exemplo, sobre os impactos de uma sociedade racista, veiculado pelo streaming Netflix, é a minissérie “Olhos que Condenam”. A minissérie, que é baseada em fatos reais, retrata a história de cinco adolescentes negros do Harlem, bairro de Manhattan, em Nova Iorque, que foram acusados e condenados injustamente por um crime de estupro cometido contra uma mulher branca, em 1989. Na noite em que ocorre o crime, um grupo com cerca de 30 jovens negros e hispânicos circulavam no Central Park, esses adolescentes foram descritos como “arruaceiros” pelos oficiais que patrulhavam na época. Alguns desses jovens foram presos e antes que os fossem liberados, a polícia acaba descobrindo uma mulher desacordada dentro do parque, logo, os cinco garotos se tornam suspeitos.

Toda a investigação é frágil e cheia de erros jurídicos, tornando-se visível o racismo existente, a única motivação ali era a condenação dos cinco jovens negros, mesmo que todas as provas obtidas não comprovassem os fatos. Os cinco jovens foram condenados a penas entre 7 e 13 anos, até que em 2002 um estuproador em série confessou o crime, seu DNA era compatível com a amostra tirada de uma meia que estava na cena do ocorrido, levando à inocência dos cinco jovens que circulavam pelo Central Park.

Marcado com um dos erros mais absurdos do sistema judiciário norte-americano esse caso é no mínimo revoltante, no entanto, não é um caso isolado e infelizmente nada incomum quando olhamos a repetição incansável de casos parecidos e, principalmente, quando nos debruçamos sobre o sistema judiciário brasileiro.

4.3 Innocence Project Brasil

Com o intuito de reparar as condenações equivocadas, surgiu nos Estados Unidos, o Innocence Project⁴. Fundado em 1992 por Barry Scheck e Peter J. Neufeld na Universidade Yeshiva em Nova Iorque, o projeto tornou-se uma organização independente, sem fins lucrativos, que trabalha em prol da libertação de inocentes e a fim de evitar condenações injustas, tendo como base a ciência e uma prática antirracista. O projeto chega no Brasil em 2016 e é denominado de Innocence Project Brasil⁵, que, além de reverter os erros judiciários, tem como missão fomentar o debate sobre as causas dessas condenações e buscar prevenções. Diante disso, torna-se a primeira organização brasileira voltada especificamente a enfrentar a questão de condenações de inocentes no país.

No projeto, são recebidos as solicitações de assistência de possíveis inocentes condenados em definitivo, sendo feita uma análise do caso e identificadas as qualificações necessárias para a atuação do projeto, após essa triagem feita, inicia-se uma investigação do caso em busca de novas provas para comprovar a inocência do condenado, quando reunidas, são levadas aos Tribunais em busca da liberdade dos assistidos.

Dentre os casos assistidos no Brasil, podemos notar os erros judiciários, em especial no tema de reconhecimento fotográfico, que é objeto deste trabalho. Muitas vezes o reconhecimento equivocado é o que acaba ocorrendo como fator único para a justificação de uma condenação. Ocorre a obtenção recorrente de prova sem que haja o devido cumprimento do dispositivo legal regulamentador e, posteriormente, uma condenação baseada em uma prova que não é confrontada com os demais elementos do processo.

Um exemplo dos casos atendidos é o de Sílvio José da Silva Marques, conhecido como Sílvio “Pantera”, condenado a quase 17 anos de prisão por uma tentativa de latrocínio (roubo seguido de morte) ocorrida em 2015 na cidade do Rio de Janeiro. Sua condenação foi baseada exclusivamente em seu reconhecimento fotográfico pela vítima, que o fez após acordar de um coma de mais de um mês, o que indica que esse reconhecimento foi, no mínimo, indutivo, e apesar de confirmado em juízo, houve desconformidade com o procedimento previsto em lei.

⁴ <https://innocenceproject.org/about/>

⁵ <https://www.innocencebrasil.org/>

Outras provas foram desconsideradas, como por exemplo o fato de que Silvio, que trilhava sua carreira como lutador de MMA e estava treinando em uma academia localizada a mais de 30 km de distância do local dos fatos, também, foi desconsiderado que nenhuma das 3 testemunhas que presenciaram o crime o reconheceram. Silvio ficou preso por 5 anos, 11 meses e 14 dias, e através do Projeto, foi absolvido pelo Ministro Ribeiro Dantas, do Superior Tribunal de Justiça, em razão da flagrante ilegalidade no processo de seu reconhecimento, bem como das importantes provas colhidas, que foram cabais para demonstrar sua inocência (INNOCENCE PROJECT BRASIL).

Outro exemplo, que interessa para esta pesquisa é o de Igor Barcelos Ortega, vítima de um disparo de arma de fogo após sair de uma festa com seu irmão e um amigo, foi levado ao hospital com ferimentos graves. Enquanto estava em seu leito hospitalar foi erroneamente identificado por uma foto, tirada por um policial que o abordou, como sendo um rapaz que havia roubado um carro e tentado roubar outro de um Policial Militar, em Guarulhos. A festa em que Igor estava naquela noite estava localizada a 24km da cena do crime, na Zona Norte da capital paulista. Igor ficou preso 3 anos, e através do projeto, que ao investigar o caso, conseguiu novas provas que demonstraram que era impossível Igor estar na cena dos crimes, e que seus ferimentos eram incompatíveis diante dos dois crimes que foi condenado. O rapaz foi solto provisoriamente em julho de 2019 e inocentado por decisão do 2º Grupo de Câmaras Criminais do TJSP, em 29 de junho de 2021.(INNOCENCE PROJECT BRASIL). Todas essas informações constam no site do Innocence Project⁶.

Além de terem sido condenados erroneamente com base apenas no reconhecimento fotográfico, Sílvio e Igor têm em comum a cor da pele preta. Esses dois casos são uma parte ínfima de casos passíveis de serem analisados. O que percebemos, é que o componente racial opera significativamente nos casos de falsos reconhecimentos fotográficos, seja através do racismo estrutural ou pelo racismo institucional (ALMEIDA, 2019, p. 37).

4.4 Análise de relatórios do CONDEGE.

6

<https://www.google.com/url?q=https://www.innocencebrasil.org/nossos-casos&sa=D&source=docs&ust=1679019837861682&usg=AOvVaw2iu6UMe1KqzIBMdYrbNvRs>

A Comissão Criminal do Colégio Nacional de Defensores Públicos Gerais (CONDEGE) juntamente com a Defensoria Pública do Rio de Janeiro, emitiu dois (2) relatórios que demonstram o significativo número de reconhecimentos fotográficos envolvendo suspeitos negros, o que reforça o entendimento deste trabalho de que o componente racial é elemento significativo nesses casos.

Ambos os relatórios analisam casos encaminhados por defensores públicos sobre reconhecimento fotográfico realizado em sede policial, que deveriam observar três requisitos: (1) o reconhecimento pessoal em sede policial ter sido feito por fotografia; (2) o reconhecimento não ter sido confirmado em Juízo; (3) a sentença ter sido absolutória.

Assim, os casos analisados preenchem os três requisitos: o reconhecimento ter sido feito por fotografia em sede policial e não ter sido confirmado em juízo, ainda, a sentença prolatada foi absolutória, aquela que corresponde a improcedência da ação penal, e pode ser um de seus motivos a ausência de prova da materialidade ou da autoria delitiva.

O primeiro relatório, que iremos denominar aqui de relatório 1, analisou casos recebidos entre 1º de junho de 2019 até março de 2020, totalizando 47 processos, 58 acusados e 53 pessoas, havendo a variante de que mais de uma pessoa foi acusada em mais de um processo, e que pela falta de informação em alguns casos da data de ocorrência dos fatos, foi anotado a data de distribuição destes, assim, os processos foram iniciados ou os fatos ocorreram entre novembro de 2014 e agosto de 2019.

Com exceção de um caso de acusação de homicídio, todos processos foram por acusação de roubo, previsto no art. 157 do Código Penal (CP), transcreve-se:

Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência. (BRASIL, 1940)

Na maioria dos casos há a causa de aumento pelo concurso de pessoas ou emprego de arma, e quanto à cor da pele, nos casos em que continha a informação, aponta-se que apenas 10 são brancos, correspondendo o percentual de 20%, o restante foi descrito como cor negra, correspondendo a negras e pardas. Registrou-se que 86,2% dos casos houve a decretação de prisão preventiva, em que

os acusados permaneceram presos preventivamente por no mínimo 5 dias até o máximo de 3 anos e 21 dias. Conforme tabela do relatório abaixo:

| Menor período | Maior período | Média | Mediana |
|----------------------|---|---|--|
| 5 dias | 1.116 dias (aprox. 3 anos e 21 dias) | 277,1 dias (aprox. 9 meses e 7 dias) | 238,5 dias (aprox. 7 meses e 28 dias) |

Quadro 1: Tabela do relatório nº 1 emitido pelo CONDEGE.

Em todos os casos o acusado foi reconhecido através do reconhecimento fotográfico em sede policial, e o que mais se destaca no relatório são os erros e falhas que alguns dos casos apresentam:

[...]um caso em que a vítima compareceu duas vezes na delegacia em momentos diversos, tendo identificado fotos diferentes em cada um deles; um caso em que a vítima fez o reconhecimento cinco meses depois da ocorrência do fato, chamada pelos policiais porque um homem tinha sido preso praticando roubos com o mesmo modus operandi na região; um caso de reconhecimento por foto no celular do policial procurado pela vítima logo após na ocorrência, lotado na UPP do local; alguns casos em que a vítima afirmou em juízo que, em seu depoimento em sede policial, não havia dado certeza sobre o reconhecimento, demonstrando dúvida em relação a várias fotos que foram apresentadas. (CONDEGE, 2021)

Ao final, é feito um alerta em relação a estigmatização criminal, pois, no que foi observado, pelo menos metade dos(as) acusados(as) tinham anotações anteriores, e que há certa habitualidade em apresentar fotos de pessoas acusadas de outros crimes.

Passaremos então a análise do segundo relatório, que iremos denominar de relatório 2, em que foram analisados casos recebidos nos meses de novembro e dezembro de 2020, totalizando 28 processos e 32 acusados, listados de 10 (dez) estados brasileiros, e que pela falta de informação da data de ocorrência dos fatos, foi anotado a data de distribuição destes, assim, os processos foram iniciados ou os fatos ocorreram entre maio de 2012 e julho de 2020.

Grande parte dos processos a acusação se dá por roubo, na forma simples ou com causa de aumento, e em sua maioria, a causa de aumento se dá pelo concurso de pessoas ou emprego de arma. Há, ainda, um furto qualificado, dois homicídios simples e uma tentativa de homicídio.

Em relação a cor da pele, apenas 5 dos acusados são brancos, o restante se distribui em 7 (sete) pardos, 17 (dezessete) pretos e 3 (três) não constam cor da pele, totalizando o correspondente à 83% de negros, entre pessoas pretas e pardas conforme o IBGE⁷ classifica as pessoas de cor negra. Registrou-se que em 19 dos casos houve a decretação de prisão preventiva, aproximadamente 60%, em que os acusados permaneceram presos preventivamente por no mínimo 24 dias até o máximo de 2 anos e 3 meses. Conforme tabela do relatório abaixo:

| MENOR PERÍODO | MAIOR PERÍODO | MÉDIA | MEDIANA |
|----------------------|---|------------------------------------|------------------------------------|
| 24 dias | 851 dias (aproximadamente 2 anos e 3 meses) | 281 dias (aproximadamente 9 meses) | 246 dias (aproximadamente 8 meses) |

Quadro 2: Relatório nº2 emitido pelo CONDEGE. Período médio de prisão.

Assim como no relatório 1, o relatório 2, traz alguns exemplos de destaque ao reconhecimento fotográfico e a forma como foi feito:

Em um caso (0096721-45.2019.8.19.0001), a vítima afirma não ter condições de realizar um reconhecimento porque o local do crime estava escuro, c o n t u d o f a z o r e c o n h e c i m e n t o f o t o g r á f i c o . H á u m e p i s ó d i o (0320700-52.2019.8.19.0001) em que a vítima também afirma que o local do crime estava escuro e não poderia fazer o reconhecimento. Nesse caso, não consta no inquérito policial qualquer indicativo de que algum reconhecimento tenha sido efetuado, todavia, dois meses após o ocorrido, a vítima realiza reconhecimento fotográfico. Em diferentes processos, o juízo aponta alguma inconsistência nos depoimentos, mas há um caso em que as duas vítimas apresentam narrativas desencontradas e apenas uma reconhece o suposto autor do crime (0500729-40.2017.8.05.0201). (CONDEGE, 2021)

Diante do exposto, cabe constatar que as pessoas negras são as maiores vítimas desse tipo de erro, e que há regularidade na forma em que é conduzido o reconhecimento fotográfico, revelando o racismo estrutural. Abrindo o debate que para além do erro, caracterizado como um engano ou uma falha, a forma com que se aplica o reconhecimento fotográfico está intrínseca dentro da instituição policial e do sistema penal.

⁷ Instituto Brasileiro de Estatísticas.

5. JURISPRUDÊNCIA

A jurisprudência, termo jurídico utilizado para um conjunto de decisões, aplicações e interpretações das leis, serve para uniformizar o entendimento dos tribunais a respeito de temas específicos, seguindo o princípio da segurança jurídica de previsibilidade e coerência na aplicação das leis. No entanto, como vimos no capítulo 2 deste trabalho, existe certa divergência no entendimento acerca do tema reconhecimento fotográfico e observância do art. 226 do CPP.

Até o ano de 2020 os tribunais mantinham o entendimento de que o art. 226 do CPP era uma mera recomendação, e que o não cumprimento do disposto ali não acarretava nulidade da prova. Em uma mudança de paradigma, a fim de superar o entendimento, até então vigente, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça proferiu, em outubro de 2020, decisão em relação ao tema, no HC n° 598.886/SC, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, foi estabelecido que

[...]o reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto, para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial (HC n° 598.886/SC)

Assim sendo, firma entendimento de que devem ser observadas as regras estabelecidas no art. 226 do CPP, sob pena de nulidade da prova:

[...]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, ressalve-se, que o juiz realize, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório.

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

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

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

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

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

9. O primeiro paciente foi reconhecido por fotografia, sem nenhuma observância do procedimento legal, e não houve nenhuma outra prova produzida em seu desfavor. Ademais, as falhas e as inconsistências do

suposto reconhecimento – sua altura é de 1,95 m e todos disseram que ele teria por volta de 1,70 m; estavam os assaltantes com o rosto parcialmente coberto; nada relacionado ao crime foi encontrado em seu poder e a autoridade policial nem sequer explicou como teria chegado à suspeita de que poderia ser ele um dos autores do roubo – ficam mais evidentes com as declarações de três das vítimas em juízo, ao negarem a possibilidade de reconhecimento do acusado.

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

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

12. Conclusões:

1) O reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime;

2) A vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo;

3) Pode o magistrado realizar, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório, bem como pode ele se convencer da autoria delitiva a partir do exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento;

4) O reconhecimento do suspeito por simples exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo.

13. Ordem concedida, para: a) com fundamento no art. 386, VII, do CPP, absolver o paciente Vânio da Silva Gazola em relação à prática do delito objeto do Processo n. 0001199-22.2019.8.24.0075, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Tubarão – SC, ratificada a liminar anteriormente deferida, para determinar a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso; b) reconhecer a causa geral de diminuição relativa à participação de menor importância no tocante ao paciente Igor Tártari Felácio, aplicá-la no patamar de 1/6 e, por conseguinte, reduzir a sua reprimenda para 4 anos, 5 meses e 9 dias de reclusão e pagamento de 10 dias-multa.

Dê-se ciência da decisão aos Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais, bem como ao Ministro da Justiça e Segurança Pública e aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, encarecendo a estes últimos que façam conhecer da decisão os responsáveis por cada unidade policial de investigação. (HC 598.886/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2020, DJe 18/12/2020)(grifei).

Essa mudança de entendimento, além de firmar o aqui defendido no presente trabalho, de que o reconhecimento de pessoas, sobretudo pelo meio de fotografia, deve observar a norma e suas formalidades, sob pena de invalidade da prova, tange ainda, alguns pontos essenciais para que se alcance uma mudança efetiva, como o dever de comprometimento de policiais judiciários em respeito ao cumprimento das normas e ao Ministério Público em cumprir seu papel de fiscalizador.

Passou-se a ser adotado pelas Turmas do Superior de Justiça esse novo entendimento, sendo citado o primeiro tópico na maioria das posteriores decisões o HC n. 598.886/SC, de forma a guiar e explicar o raciocínio da decisão. Em consonância com a norma aplicando no caso concreto de forma a analisar suas particularidades, como exemplo a existência de outras provas que justifiquem e validem a condenação:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. NULIDADE. ART. 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. RECONHECIMENTO PESSOAL. OUTRAS PROVAS QUE CONFIRMAM A AUTORIA DELITIVA. DECLARAÇÃO DAS VÍTIMAS E APREENSÃO DA RES FURTIVA NA POSSE DO AGRAVANTE. AGRAVO DESPROVIDO.

1."Em julgamento concluído no dia 23/2/2022, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal deu provimento ao RHC n. 206.846/SP (Rel. Ministro Gilmar Mendes), para absolver um indivíduo preso em São Paulo depois de ser reconhecido por fotografia, tendo em vista a nulidade do reconhecimento fotográfico e a ausência de provas para a condenação. Reportando-se ao decidido no julgamento do referido HC n. 598.886/SC, no STJ, foram fixadas três teses: 4.1) O reconhecimento de pessoas, presencial ou por fotografia, deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime e para uma verificação dos fatos mais justa e precisa; 4.2) A inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita, de modo que tal elemento não poderá fundamentar eventual condenação ou decretação de prisão cautelar, mesmo se referido e confirmado o reconhecimento em Juízo. Se declarada a irregularidade do ato, eventual condenação já proferida poderá ser mantida, se fundamentada em provas independentes e não contaminadas; 4.3) A realização do ato de reconhecimento pessoal carece de justificação em elementos que indiquem, ainda que em juízo de verossimilhança, a autoria do fato investigado, de modo a se vedarem medidas investigativas genéricas e arbitrárias, que potencializam erros na verificação dos fatos."(HC n. 712.781/RJ, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 15/3/2022, DJe de 22/3/2022.)

2. No caso em tela, destacou-se a existência de outras provas que reforçam a constatação da autoria delitiva, como as declarações uníssonas das vítimas em juízo e a apreensão da res furtiva em posse do agravante.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 763.779/GO, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 12/12/2022, DJe de 15/12/2022.)(grifei).

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça:

Recurso ordinário no habeas corpus. Conhecimento. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite o manejo excepcional do habeas corpus como substitutivo de revisão criminal, em casos de manifesta ilegalidade. Condenação fundamentada exclusivamente no reconhecimento fotográfico, embora renovado em Juízo, ambos em desacordo com o regime procedimental previsto no art. 226 do CPP. Superação da ideia de “mera recomendação”. Tipicidade processual, sob pena de nulidade.

1. O reconhecimento de pessoas, presencial ou por fotografia, deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime e para uma verificação dos fatos mais justa e precisa.

2. A inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita, de modo que tal elemento não poderá fundamentar eventual condenação ou decretação de prisão cautelar, mesmo se refeito e confirmado o reconhecimento em Juízo. Se declarada a irregularidade do ato, eventual condenação já proferida poderá ser mantida, se fundamentada em provas independentes e não contaminadas.

3. A realização do ato de reconhecimento pessoal carece de justificação em elementos que indiquem, ainda que em juízo de verossimilhança, a autoria do fato investigado, de modo a se vedarem medidas investigativas genéricas e arbitrárias, que potencializam erros na verificação dos fatos. Recurso em habeas corpus provido, para absolver o recorrente, ante o reconhecimento da nulidade do reconhecimento pessoal realizado e a ausência de provas independentes de autoria.

(RHC 206846, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 22/02/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 24-05-2022 PUBLIC 25-05-2022)(grifei).

Entretanto, apesar da posição aqui sustentada, e da importantíssima mudança no entendimento STJ no que tange ao reconhecimento fotográfico, há que se considerar que ainda há entendimentos divergentes deste, como visto no capítulo 2, sustentados não mais pela afirmação de “meras recomendações” mas pela argumentação de se tratar de nulidade relativa, sendo necessária a demonstração de prejuízo. Destaco que, pelas pesquisas feitas dentre as jurisprudências do referido tribunal, essa divergência ocorre de forma esporádica.

Em relação às instâncias inferiores, o que ainda se observa é a não adequação sobre o tema, refletindo não apenas uma divergência em relação ao novo entendimento pós HC n. 598.886, mas uma não aceitação de forma que ignorados nos acórdãos argumentos utilizados pelos ministros no referido julgamento (SANTOS, 2022, p. 28).

Demonstra-se, como exposto, que ainda há muitas mudanças a serem feitas, desde o policial que atua no flagrante até os membros de cortes superiores do Poder Judiciário, e para isso, o debate é fundamental, principalmente nas academias de direito acerca do procedimento de reconhecimento fotográfico e seus vícios, reconhecendo-os e formulando novas compreensões, de forma a evitar futuras novas injustiças.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo analisar o reconhecimento fotográfico e a forma em que o racismo estrutural se apresenta nele, especialmente quando realizado sem o cumprimento das normas estipuladas pelo art. 226 do Código de Processo Penal, em que os acusados são em maioria a população negra.

Por meio da análise bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial, verificou-se que o reconhecimento fotográfico consiste em um meio de prova frágil, especialmente quando usado de forma isolada para uma condenação, pois existem diversos fatores capazes de influenciar na qualidade e eficácia do ato.

Entretanto, é trazido junto com a análise feita do Projeto de Lei nº 676/21 de que é possível uma correção dessas falhas de forma que se possa aplicar efetivamente a legislação, e de que o reconhecimento possa ser aplicado respeitando os direitos e garantias dos indivíduos obtendo maior credibilidade para a obtenção da prova, principalmente no que diz respeito ao reconhecimento fotográfico.

Um dos fatores que envolvem a fragilidade do reconhecimento é a dependência com a memória humana, e sua complexidade, dependendo de que um indivíduo identifique outro, baseando-se em fatos passados e que em sua maioria são acontecimentos traumáticos, apontando os estudos de que as memórias podem sofrer distorções, e até mesmo, criar novas memórias em decorrência de interferências exteriores, como a indução, chamadas de falsas memórias, que podem levar ao reconhecimento com total convicção de um indivíduo mesmo que este não estivesse envolvido com os fatos narrados.

Após, passa-se ao estudo acerca do racismo estrutural, conceito e forma em que se apresenta na sociedade, desde o seu início até os dias atuais, destaca-se para o fato de haver ainda distinção da população negra, e que institucionalmente está inserido nas abordagens policiais. Foi possível constatar que historicamente, os

povos pretos são tidos como perigosos, e que há desde a criação da primeira polícia no Brasil, até os dias de hoje, a utilização de generalizações fundadas na cor e raça de indivíduos, realidade esta também contidas nos relatos de casos do Innocence Project Brasil, em que verifica-se que a raça opera significativamente nos casos de falsos reconhecimentos fotográficos.

Conclui-se ainda que, com os dados trazidos pelos relatórios do CONDEGE, o racismo estrutural está ativo nas instituições, influenciando as condenações de pessoas negras exclusivamente por falso reconhecimento fotográfico. Também foi constatado que em todos os casos analisados pelos relatórios, há erros em sede policial, que não respeitam as normas do art. 226 do Código de Processo Penal, provocando influências na prova obtida, demonstrando mais um dos fatores de fragilidade do procedimento.

Por fim, a análise na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, nos mostra que o Poder Judiciário está se posicionando no sentido de que o reconhecimento de pessoas, presencial ou por fotografia, deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, devendo considerar a nulidade de provas obtidas fora dessas observações, considerando também que a condenação não poderá ser baseada unicamente na prova de reconhecimento fotográfico, mesmo que válida. Entendendo também que é preciso que haja sincronia em todos os órgãos envolvidos, desde as delegacias de polícia até às instâncias superiores, de que esse entendimento deve atingir todos.

O que se conclui dos fatos e dados analisados é de que o reconhecimento fotográfico é um meio de prova frágil, em decorrência da sua grande exposição ao erro, sejam estes produzidos pela fragilidade da mente humana ou pela falta de rigor com que deveria ser aplicado às suas normas, ou ainda, ambas as variantes. O que não se encerra por aí, pois há de forma comprovada a presença do racismo estrutural dentro deste tipo de reconhecimento e de como, desproporcionalmente, isso atinge em grande maioria a população negra.

É perceptível que apesar das mudanças na jurisprudência, elas ainda não atingiram de forma eficiente outros níveis do Judiciário e da sociedade civil, mesmo que tenham tamanha importância para que os primeiros passos sejam dados, entende-se ser necessário o cumprimento da norma para que sejam evitados erros, principalmente quando visualizamos que esses erros derivam de uma autonomia policial em não fazer o uso da mesma.

Para além do debate, conseguimos, com o Projeto de Lei nº 676/211 visualizarmos mudanças essenciais para o melhor funcionamento do procedimento de reconhecimento fotográfico, preenchendo lacunas e exigindo o cumprimento das regras, pois, até o momento, repercussão que se tem em decorrência dessa ausência de cumprimento da norma é de que o reconhecimento equivocado tem sido uma das principais causas de erros judiciários, que vem produzindo condenações errôneas no país. Em outras palavras, produzindo condenações inocentes.

Com isso, compreendemos que existem muitas coisas a serem reformuladas e ajustadas, reconhecendo que há um tempo entre o pensar e o agir para que mudanças sejam concluídas efetivamente, por isso, é necessário fomentar os debates acerca do reconhecimento fotográfico, bem como sua aplicação, na sociedade e no meio jurídico e reformular o olhar das instituições sobre a população negra no Brasil.

7.0 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Silvio. **Racismo estrutural: Feminismos plurais**. São Paulo: Jandaíra, 2019.

ALVES, Cíntia Marques; LOPES, Ederaldo José. **Falsas Memórias: questões teórico-metodológicas**. Paidéia (Ribeirão Preto), v. 17, n. 36, p. 45-56, abr. de 2007.

BEAR, M. F.; CONNORS, B. W.; PARADISO, M. A. **Neurociências: desvendando o sistema nervoso**. Tradução por: Carla Dalmaz. et al. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2017. p. 824-825.

BRASIL, INNOCENCE PROJECT. **Quem somos**. Disponível em <<https://www.innocencebrasil.org/quem-somos-1>> Acesso em: 14 de marc. de 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 1942. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em 10 de fev. de 2023.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. Fernando Capez. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CARVALHO, André. Os Impactos Sociais da Lei Áurea. Intranet da Câmara, 2017. Disponível em <<https://www.cms.ba.gov.br/intranet/artigo/5#:~:text=Aqui%20no%20Brasil%2C%20os%20negros, trabalho%20em%20troca%20da%20sobreviv%C3%Aancia>>

CASARA, Rubens R. R. **Mitologia Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

FRAGA, Clarice Lessa de. **A influência das falsas memórias no reconhecimento fotográfico**. Reconhecimento fotográfico e a influência de falsas memórias, p. 17, 8 nov. 2020. Disponível em:

https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2020/08/clarice_fraga.pdf.

Acesso em: 21, mar. 2023.

CONDEGE, 2021 Relatórios indicam prisões injustas após reconhecimento fotográfico. Disponível em:

<<http://condege.org.br/2021/04/19/relatorios-indicam-prisoas-injustas-apos-reconhecimento-fotografico/>>. Acesso em: 31, jan. de 2023.

DIAS, Camila Cassiano. **“Olhos que Condenam”**: Uma análise etnográfica do reconhecimento fotográfico no processo penal. Artigo científico. Prêmio Ajuris Direitos Humanos. 2019.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 550-552.

FONSECA, J. J. S. **Metodologia da pesquisa científica**. Fortaleza: UEC, 2002. Apostila.

FRAGA, Clarice Lessa de. **A influência das falsas memórias no reconhecimento fotográfico**. Reconhecimento fotográfico e a influência de falsas memórias, p. 1-29, 8 nov. 2020. Disponível em <

https://www.pucrs.br/direito/wpcontent/uploads/sites/11/2020/08/clarice_fraga.pdf>

Acesso em: 14 mar. 2023.

IZQUIERDO, Ivan. **Memória**. Porto Alegre: Artmed, 2006.

KILOMBA, Grada. “O racismo é uma problemática branca”. [Entrevista concedida a] Carta Capital. **Carta Capital**: 30 de mar. de 2016. Disponível em <<https://www.cartacapital.com.br/politica/201co-racismo-e-uma-problemativa-branca-201d-uma-conversa-com-grada-kilomba/>> Acesso em: 04 de marc. de 2023.

LOFTUS, Elizabeth. Make believe memories. *American Psychologist*, 277. p. 867-873. In: ALVES, Cíntia Marques; LOPES, Ederaldo José. **Falsas Memórias**:

questões teórico-metodológicas. *Paidéia* (Ribeirão Preto), v. 17, n. 36, p. 45-56, abr. de 2007.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I, 2007.

LOPES, Mariângela Tomé. **O Reconhecimento como Meio de Prova: Necessidade de reformulação do direito brasileiro**. São Paulo: 2011. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

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

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 24^a ed. São Paulo: Atlas, 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Prevenindo e combatendo o perfilhamento racial de pessoas afrodescendentes**. Boas práticas e desafios. 2020. Disponível em <https://acnudh.org/load/2020/12/1821669-S-DPI-RacialProfiling_PT.pdf> Acesso em: 04 marc. 23.

SANTOS, Júlia Wailand dos. **Reconhecimento fotográfico como fator contributivo do encarceramento negro em massa**. Trabalho de Conclusão de Curso, Direito do Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina. Santa Catarina, p. 71. 2022

SENADO FEDERAL. **Senado aprova mudanças em regras de reconhecimento de acusados, texto vai à Câmara.** Relator Alessandro Vieira, Brasília, 13 de out. 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/10/13/senado-aprova-mudancas-em-regras-dereconhecimento-de-acusados-texto-vai-a-camara>. Acesso em: 20, mar. 2023.

SENADO, Agência. Senado aprova mudanças em regras de reconhecimento de acusados; texto vai à Câmara. **Senado Notícias**, 13 de out. de 2021. Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/10/13/senado-aprova-mudancas-em-regras-de-reconhecimento-de-acusados-texto-vai-a-camara>> Acessado em 20 de marc. de 2023.

ZULLI, André Luis Cardoso Azoubel. **Guarda real da polícia do rio de janeiro:** um estudo sobre as atribuições da primeira instituição policial ostensiva brasileira (1809 – 1831). Rio de Janeiro: UNIRIO. 2018. 149 p. Dissertação (Mestrado em História). Programa de Pós- Graduação em História, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Porto Alegre, 2018.