

VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO II**

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

BRUNA AZEVEDO DE CASTRO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Bruna Azevedo de Castro; Matheus Felipe De Castro; Rogerio Luiz Nery Da Silva – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-741-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

Parodiando Ihering, o Direito Penal não é uma pura teoria, mas uma força viva. E nos GTs do Conpedi, as teorias se mesclam com as experiências dando origem a novas interpretações e desafios neste que é o campo maior das misérias humanas. Miséria para os que cometem o crime e têm de suportar a pena, miséria para os que o sofrem e têm parte de suas vidas ceifadas por intrusos forasteiros.

Na tarde do dia 24/06/2023, estivemos reunidos neste VI Encontro Virtual do Conpedi, no GT Direito Penal, Processo Penal e Constituição II, onde foram apresentados os seguintes artigos:

STALKING E REVENGE PORN: CONCEITOS, SIMILITUDES E TRATAMENTO LEGISLATIVO, de Greice Patricia Fuller e Rosemeire Solidade Da Silva Matheus, onde se descortinou seus respectivos conceitos e tratamento legislativo, enquanto delitos que despontaram a partir da Sociedade da Informação, mais especificamente com a popularização das redes sociais, destacando os esfacelos psicológicos das vítimas dos cybercrimes, sendo relevante destacar os esforços das mesmas para lidar com as situações de danos e ameaças sofridos.

INCITAÇÃO E APOLOGIA AO CRIME EM LETRAS DE MÚSICA: LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, de Guilherme Manoel de Lima Viana, Irineu Francisco Barreto Junior e Greice Patricia Fuller, abordando os limites da liberdade de expressão em letras de música, especialmente em relação aos crimes de incitação e apologia ao crime, previstos nos artigos 286 e 287 do Código Penal e como esses crimes são expressos em letras de música que tratam de temas como crimes sexuais, roubos, furtos e tráfico de drogas, analisando até que ponto esses temas são protegidos pela Constituição Federal.

IMPARCIALIDADE SUBJETIVA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL COMO ELEMENTO ESTRUTURANTE DO SISTEMA ACUSATÓRIO: ANÁLISE A PARTIR A TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA, de Airto Chaves Junior e Victor Luiz Ceregato Grachinski, estudando a imparcialidade subjetiva do juiz no Processo Penal a partir da Teoria

da Dissonância Cognitiva, buscando compreender como o contato prévio do juiz com o produto da investigação preliminar causa um desequilíbrio cognitivo no julgador em favor da versão acusatória (primado da hipótese sobre os fatos).

FOTOS QUE CONDENAM: O RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO E A OMISSÃO LEGISLATIVA À LUZ DO ART. 4º DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO, de Nathália Leite de Medeiros , Walter Nunes da Silva Júnior, evidenciando que o Código de Processo Penal (CPP) vigente somente prevê o regramento para o reconhecimento de pessoas em sua modalidade presencial, de modo que sobre o reconhecimento fotográfico, meio de prova cada vez mais utilizado nos fóruns e delegacias do país, paira um limbo normativo que abre as portas para arbitrariedades.

A COMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL DA RECOMENDAÇÃO Nº 001/2022-COEAP/RN, de Fernando Rocha De Andrade, analisando a compatibilidade da Recomendação nº 001/2022-COEAP emitida pela Secretaria de Estado da Administração Penitenciária do Estado do Rio Grande do Norte com as normas constitucionais e legais que visam a proteção das prerrogativas dos advogados e dos direitos dos presos, questionando se as restrições impostas pelo documento, como a limitação de tempo no parlatório, a submissão ao bodyscan e a revista de pertences, estão em consonância com as disposições legais brasileiras.

A OMISSÃO IMPRÓPRIA NO CRIME DE LAVAGEM E DINHEIRO, de Fernando Rocha De Andrade, investigando se os mecanismos de controle edificaram um feixe de regras a agentes que atuam em atividades reconhecidas como sensíveis à lavagem de capitais, cujo descumprimento aumenta o risco em favor da prática do mascaramento, e se a mera condição de compliance prevista na norma de regência não impõe necessariamente um dever de garantir a evitação da lavagem de dinheiro.

EXPECTATIVA VS REALIDADE NA EXECUÇÃO PENAL: COMO E QUEM FALHA NO AMBIENTE PRISIONAL BRASILEIRO O QUAL SE DISTANCIA A CADA DIA DO IDEAL DA LEI?, de Leila Gomes Gaya, trabalhando com um comparativo entre o “dever-ser” estabelecido na Lei nº 7210/84, a Lei de Execução Penal, e o “ser” que é a realidade das instituições prisionais brasileiras.

CRIME DE MOTIVAÇÃO RACIAL: ESTUDO COMPARATIVO DO JULGAMENTO DE AHMAUD ARBERY NA PERSPECTIVA BRASILEIRA, de Eudes Vitor Bezerra, Claudia Maria Da Silva Bezerra e Natália Diniz Filgueiras, considerando que o direito penal moderno requer observação por meio de diferentes óticas, de modo que a análise de fenômenos

estrangeiros por meio de um estudo de caso de ampla divulgação midiática contribui para compreendermos como situações semelhantes são tratadas de forma diversas a depender da sistemática penal. Nos Estados Unidos, episódios de crimes de motivação racial como os de George Floyd, Breonna Taylor e Ahmaud Arbery são apenas alguns nomes dessa lista, sendo que a realidade no Brasil não é diferente.

DIÁLOGOS ENTRE A SANÇÃO E A RESPONSABILIDADE PENAL: UMA MUDANÇA DE PARADIGMA NA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA, de Walter Carlito Rocha Júnior, objetivando despertar no leitor uma reflexão de que estaríamos diante da macrocriminalidade sendo que os crimes teriam tomado uma proporção muito maior, cometidos através de pessoas jurídicas, demandando da legislação permitir a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes econômicos.

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, de Lauro Mens de Mell , José Antonio de Faria Martos e Oniye Nashara Siqueira, retomando o princípio da legalidade e sua relação como o Estado de Direito Democrático. Para tanto distingue Estado de Direito e Estado de Direito Democrático. Demonstra a relevância do princípio da legalidade para o Estado de Direito Democrático, passando à análise do princípio da legalidade em matéria penal, indicando seus elementos.

DIREITO À VIDA, MAS QUE VIDA?, de Lauro Mens de Mello, José Antonio de Faria Martos e Oniye Nashara Siqueira, analisando a terminalidade da vida, abordando o choque entre os princípios da intangibilidade da vida humana, dignidade humana e autonomia da vontade, a fim de avaliar as hipóteses de disposição da vida humana, em casos determinados.

O DIREITO FUNDAMENTAL À INVIOABILIDADE DOMICILIAR E OS STANDARDS PROBATÓRIOS NA ENTRADA FORÇADA EM DOMICÍLIO EM SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA DELITIVA, de Rafaela Volpato Viaro e Matheus Felipe De Castro, considerando que inviolabilidade domiciliar está reconhecida como direito fundamental em nosso ordenamento jurídico, comportando exceções estabelecidas pelo próprio texto constitucional, como no caso da entrada forçada em domicílio em situação de flagrante delito, demandando a demonstração de fundadas razões (causa provável) da ocorrência concreta de flagrância no interior da residência. Todavia, não havendo previsão legal no que consistiriam tais fundadas razões e, ainda menos, do quanto devem estar comprovadas para se permitir o controle do juízo de fato, a necessidade de estabelecimento de claros standards probatórios que justifiquem a entrada forçada em domicílio na jurisprudência dos Tribunais Superiores.

EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE OMISSÃO IMPRÓPRIA NA DOGMÁTICA PENAL, de Júlio César Craveiro Deveschi e Fábio André Guaragni, apresentando a evolução do conceito de omissão na dogmática penal, com enfoque para a omissão imprópria, ressaltando a necessidade de aprofundamento dogmático sobre a omissão imprópria, que vem sendo largamente utilizada pelo Direito Penal Econômico inserido em um contexto de sociedade de risco.

O ESTUPRO DE VULNERÁVEL: A IMPOSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL, de Adriana Fasolo Pilati e Samara Scartazzini Awad, debatendo os crimes sexuais contra vulneráveis menores de 14 anos, bem como a sua impossibilidade de relativização no caso concreto, cuja ampla recorrência exige máxima atenção no que concerne às tentativas de prevenções e novas atribuições de penalidade.

DIREITOS HUMANOS E O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS, PROBLEMAS E SOLUÇÕES COM ENFOQUE NAS MULHERES APENADAS, de Adriana Fasolo Pilati e Ana Raquel Pantaleão da Silva, debatendo o sistema carcerário, suas origens, mudanças ao decorrer da história, juntamente com um enfoque no sistema brasileiro, seus problemas e apresentação de soluções para resolvê-los, bem como a situação das mulheres apenadas que nele cumprem suas sentenças.

ESTUDO DO CRIME DE EXTORSÃO QUANDO CONSIDERADO CRIME MILITAR: DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA, de Lizandro Rodrigues de Sousa e Emanuel Marques dos Santos, estudando o crime de extorsão quando considerado crime militar, previsão legal e desdobramentos jurisprudenciais no STJ, especificamente o caso Resp. 1.903.213 - MG.

LAWFARE: O DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE PERSEGUIÇÃO POLÍTICA NOS CRIMES DE CORRUPÇÃO E LAVAGEM DE DINHEIRO, de Romulo Rhemo Palitot Braga e Jonathan Rocha de Lima, ressaltando que o lawfare é entendido não apenas como uma ferramenta de guerra híbrida, como também abuso de leis e sistemas judiciais em benefício político, empresarial e sociopolítico, sendo que no Brasil o caso mais emblemático de lawfare no campo político, com manipulação da opinião pública ao combate da corrupção, teria ocorrido no âmbito da operação Lava-jato, gerando instabilidade política e um processo de impeachment culminando, também, com a prisão do ex-presidente Lula.

EDUCAÇÃO NO SISTEMA PRISIONAL COMO EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA PARA OS ENCARCERADOS NO ESTADO DA PARAÍBA, de Romulo Rhemo Palitot Braga, Mariana Soares de Moraes Silva e Allan Vítor Corrêa de Carvalho, apresentando a

educação no âmbito do sistema prisional do estado da Paraíba como forma de efetivar a cidadania das pessoas encarceradas.

As leitoras e leitores, por certo, perceberão que os textos aqui reunidos, além de ecléticos, são críticos quanto à realidade do sistema penal, o que reflete o compromisso de suas autoras e autores na busca pelo aperfeiçoamento do direito material e processual penal em prol da melhor e maior adequação ao texto constitucional e às demandas da contemporaneidade, dentro de um modelo integrado de Ciências Criminais.

Tenham todas e todos uma ótima leitura!

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UFSC/UNOESC

Profa. Dra. Bruna Azevedo de Castro – Faculdades Londrina

Prof. Dr. Horácio Monteschio – UNICURITIBA/UNIPAR

**FOTOS QUE CONDENAM: O RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO E A
OMISSÃO LEGISLATIVA À LUZ DO ART. 4º DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS
NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO**

**PHOTOGRAPHIC RECOGNITION AND LEGISLATIVE OMISSION IN LIGHT OF
ART. 4º OF THE LAW OF INTRODUCTION TO THE NORMS OF BRAZILIAN
LAW**

**Nathália Leite de Medeiros ¹
Walter Nunes da Silva Júnior ²**

Resumo

O artigo evidencia que o Código de Processo Penal (CPP) vigente somente prevê o regramento para o reconhecimento de pessoas em sua modalidade presencial, de modo que sobre o reconhecimento fotográfico, meio de prova cada vez mais utilizado nos fóruns e delegacias do país, paira um limbo normativo que abre as portas para arbitrariedades. Busca-se analisar, a partir da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), se o procedimento previsto no art. 226 do CPP deve ser aplicado analogicamente ao reconhecimento por foto, como tem feito o Supremo Tribunal Federal, embora não haja expressa previsão legal nesse sentido. Para tanto, é utilizado o método de abordagem hermenêutico e o estudo bibliográfico e documental como técnica de pesquisa, buscando traçar um embasamento legal e constitucional, desenvolvendo conclusões que possam ser úteis para o uso do reconhecimento fotográfico na seara criminal. Nota-se que, embora seja necessário estabelecer um procedimento específico para o reconhecimento por foto, o que se espera que aconteça com a aprovação do Projeto de Lei nº 676, de 2021, os juristas precisam, por ora, se valer da disciplina presente no CPP para regular a temática, pois os parâmetros existentes, embora obsoletos e passíveis de críticas, representam o mínimo necessário em um processo criminal, pois forma significa garantia.

Palavras-chave: Reconhecimento pessoal, Reconhecimento fotográfico, Omissão legislativa, Lei de introdução às normas do direito brasileiro, Processo penal

Abstract/Resumen/Résumé

The article shows that the Code of Criminal Procedure (CPP) is only in force until the regulation for the recognition of people in its face-to-face modality, so that on photographic recognition, a means of evidence increasingly used in forums and police stations in the country, hovers a normative limbo that opens the door to arbitrariness. It seeks to analyze,

¹ Assessora do Ministério Público Federal; Mestranda em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-9735-4983>.

² Juiz Federal; Corregedor do Presídio Federal em Mossoró/RN; Mestre e Doutor; Professor Associado da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1747-9233>.

from the Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law (LINDB), whether the procedure provided for in art. 226 of the CPP must be applied similarly to recognition by photo, as the Federal Supreme Court has done, although there is no legal provision in this regard. Therefore, the hermeneutic method of approach and the bibliographical and documentary study is used as a research technique, seeking to draw a legal and constitutional basis, developing that may be useful for the use of photographic recognition in the criminal field. It should be noted that, although it is necessary to establish a specific procedure for recognition by photo, which is expected to obtain the approval of Bill No. to regulate the theme, since the existing parameters, although obsolete and subject to criticism, represent the minimum necessary in a criminal process, since form means guarantee.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Personal recognition, Photographic recognition, Legislative omission, Introductory law to the norms of brazilian law, Criminal proceedings

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, o Código de Processo Penal (CPP) vigente é do ano de 1941, ou seja, possui mais de 80 (oitenta) anos, tendo sido editado no período ditatorial, de modo que seu teor está indissociavelmente ligado ao ideário fascista.

As disposições do referido diploma legal refletem, naturalmente, a realidade da época, de modo que muitas das facilidades atualmente existentes e que foram popularizadas sobretudo pela evolução tecnológica, eram, quando da sua edição, inimagináveis.

Por volta da década de 1940, por exemplo, quem desejasse tirar uma foto deveria segurar o disparo do obturador¹, a um custo relativamente elevado, de modo que muitas famílias sequer possuem registros dessa época. Hoje, diferentemente, o que há é uma sociedade marcada por câmeras fotográficas e celulares, em que nada passa despercebido, pois tudo é registrado em uma fração de segundos.

É por esse motivo que tem se popularizado, na seara criminal, o reconhecimento fotográfico, embora a legislação vigente somente preveja a modalidade visual e presencial², mais especificamente no art. 226 do Código de Processo Penal.

O fato é que o reconhecimento por foto vem sendo amplamente aceito pela justiça brasileira como prova definidora da culpabilidade do agente, e em que pese este seja um instrumento relevante para o início de uma investigação, carece de maiores elementos para a busca da verdade em seu sentido processual. A ausência de regulamentação legal, por si, faz com que a produção desse meio de prova ocorra de forma questionável.

A título exemplificativo, tem-se que um estudo da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (2021) mostrou que, em âmbito nacional, em 60% (sessenta por cento) dos casos de reconhecimento fotográfico equivocado em sede policial houve a decretação da prisão preventiva e, em média, o tempo de prisão foi de 281 (duzentos e oitenta e um) dias, ou seja, mais de 9 (nove) meses.

Tal dado, por si, já denota a relevância da temática, bem como o risco da utilização do reconhecimento por foto no nosso ordenamento jurídico.

¹ O obturador é uma cortina que protege o sensor de câmeras fotográficas, abrindo somente quando o disparador é acionado, para captar a luz.

² Ocorre quando o reconhecimento é feito na presença do investigado, que é colocado ao lado de pessoas semelhantes a ele.

Não à toa, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem entendido, diante da ausência de regulamentação normativa, que esse meio de prova precisa ser analisado com cautela e considerado como uma etapa preliminar de investigação, devendo seguir o procedimento previsto no art. 226 do CPP, além de ser sustentado por outras provas (SUSPENSO..., 2021). Caso contrário, se estaria diante de irregularidade capaz de provocar a nulidade da prova, que seria, pela inobservância da lei, imprestável para justificar uma sentença condenatória.

Na prática, verifica-se que embora pare sobre o reconhecimento fotográfico um limbo normativo, trata-se de meio de prova usado com frequência, o que abre as portas para arbitrariedades.

Dito isso, o objetivo desse artigo é analisar, à luz da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), se o procedimento do reconhecimento de pessoas previsto no art. 226 do CPP deve, de fato, ser aplicado ao reconhecimento por foto, como tem feito o STF, embora não haja expressa previsão legal nesse sentido.

Para tanto, tratar-se-á sobre a inalcançabilidade da verdade real no âmbito criminal, no afã de demonstrar que a disciplina processual penal, em que pese origine punições, também representa uma garantia do acusado.

Além disso, abordar-se-á a lacuna normativa e o risco de erros judiciais trazidos pela utilização do reconhecimento fotográfico sem critérios. Embora no Brasil haja, atualmente, poucos estudos quantitativos capazes de demonstrar o grande número de ações penais originadas exclusivamente a partir do reconhecimento pessoal feito pela vítima, nota-se a necessidade de extrema cautela com a admissão do reconhecimento fotográfico, sobretudo na fase pré-processual, pois a sua utilização pode, além de ocasionar condenações injustas, conduzir a uma investigação eivada de vícios e carente de provas contundentes.

Feito isso, versar-se-á sobre o Projeto de Lei nº 676, de 2021, que está em tramitação na Câmara dos Deputados e foi apensado ao Projeto do Novo Código de Processo Penal (PL nº 8045, de 2010), que busca estabelecer um procedimento específico para o reconhecimento fotográfico.

Para tanto, será utilizado o método de abordagem hermenêutico e o estudo bibliográfico e documental como técnica de pesquisa, buscando traçar um embasamento legal e constitucional, desenvolvendo conclusões que possam ser úteis para o uso do reconhecimento fotográfico na seara criminal.

2. A BUSCA PELA VERDADE NO PROCESSO PENAL E A FALIBILIDADE DA MEMÓRIA HUMANA

Quando se está diante de provas é imprescindível dizer a sua forma de obtenção, incluindo meios e fontes, para que a atividade probatória comporte, necessariamente, o exercício do contraditório e da ampla defesa, sempre às margens do devido processo legal.

Há de se partir do pressuposto de que a temática relativa às provas é uma das mais profundas e complicadas da teoria do processo, uma vez que, para além dos entraves jurídicos, a sua valoração exige conhecimentos interdisciplinares, pois notadamente carece de compreensões no campo da lógica, da psicologia e da epistemologia.

Frise-se que, segundo Walter Nunes (2021, p. 283), é em decorrência do princípio do devido processo legal, no exercício do dever-poder de punir, que o Estado precisa se valer das normas do processo penal, sendo estas uma garantia do cidadão que se opõe ao *jus puniendi*, buscando a conservação do seu *jus libertatis*.

Assim, o processo penal, ainda que seja um instrumento utilizado para realizar reprimendas estatais, também é uma garantia do acusado, na medida em que disciplina formas de resistência à pretensão punitiva.

Ainda que no Brasil, atualmente, haja uma carência de dados sobretudo no que diz respeito ao direito criminal, é possível estabelecer um paralelo com o que ocorre no exterior, para que, valendo-se da experiência e da realidade de outros países que adotam práticas similares às brasileiras, seja possível mensurar os problemas e os riscos decorrentes do uso do reconhecimento como meio de prova.

O que se deseja mostrar, em resumo, é que o reconhecimento fotográfico ocupa uma importante posição no “jogo processual”, na medida em que, não raro, é peça fundamental para a busca pelo verdadeiro autor do crime.

Por outro lado, a experiência estrangeira mostra que este se trata de um meio de prova passível de erros, tanto pelo mau emprego dos seus procedimentos quanto por envolver a memória humana.

Segundo dados do *Innocence Project* (2021?), nos Estados Unidos as identificações pessoais equivocadas são a principal causa de erros judiciais, presentes em 69% (sessenta e nove por cento) dos casos em que, mediante prova de DNA, se obteve a revisão de condenações

indevidas com a posterior declaração de inocência do condenado. Isso decorre da complexidade desse meio de prova e evidencia o que, há tempos, a Psicologia estuda: a falibilidade da memória humana.

Tem-se, portanto, que é preciso partir do pressuposto de que a memória pode, com o passar do tempo, se deteriorar, não sendo capaz de cristalizar fatos.

Para além da memória humana, o procedimento adotado para o reconhecimento pessoal gera muitos questionamentos, na medida em que a existência de perguntas sugestivas, as diferenças gritantes entre as fotos apresentadas para o reconhecimento (quando são apresentadas mais de uma) e o grande lapso temporal entre a data do crime e o efetivo reconhecimento, por exemplo, podem comprometer a idoneidade e a confiabilidade da produção da prova.

Trata-se, infelizmente, de um calo no processo penal, na medida em que a atipicidade procedimental do reconhecimento acaba por provocar erros judiciários. Injustiças, essas, que se para alguns representam meras falhas inerentes ao sistema de justiça, para outros, notadamente para as vítimas do reconhecimento sem critérios e suas famílias, são o retrato do desassossego, do medo e da dúvida.

É necessário compreender que o processo penal deve se atentar aos limites do poder do Estado, pois a busca da verdade, ainda que em seu sentido processual, não pode ocorrer a qualquer custo, na medida que o desrespeito aos limites legais pode comprometer os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos e toda a estrutura do Estado Democrático de Direito.

Frise-se, no ponto, que a busca da verdade no processo penal não pode ser real ou substancial, uma vez que esses conceitos são inatingíveis, dadas as limitações cognitivas e temporais. Sobre isso, Aury Lopes Júnior (2009, p. 387) afirma que há uma imprestabilidade jurídica e científica do conceito de verdade real.

A ciência demonstra que tal verdade é inatingível pelo cérebro humano, pois, por questões biológicas, “não vemos as pessoas e as coisas como elas são em todos os seus aspectos, mas sempre em parte (isso quando as percebemos)” (TOSCANO JÚNIOR, 2023, pos. 998). Ademais, embora exista a crença de que, com base na razão, é possível se alcançar a verdade real, isso, segundo a neurociência, não passa de uma vã ilusão (WOJCIECHOWSKI; ROSA, 2021, p. 89).

Nesse mesmo sentido, Lara Teles (2011, p. 73) sustenta que a existência de uma verdade real, passível de ser alcançada no interior do processo penal, parte de uma visão mais

ampla, a da máxima confiabilidade na racionalidade humana, na onipotência dos sujeitos de conhecimento e na precisão da ciência, o que torna evidente a ignorância às restrições de ordem epistemológica.

Diante disso, tem-se que o que é possível extrair de um processo é a formação de um juízo de convicção sobre um fato que pode ou não ter acontecido conforme o narrado. Ou seja, se parte de uma dedução daquilo que provavelmente ocorreu.

Caso a forma não seja respeitada, estar-se-á diante de um ato nulo, que origina prejuízo, uma vez que, no processo penal, forma significa garantia, e qualquer violação nesse sentido macula o princípio constitucional do devido processo legal, previsto no art. 5º, inciso LIV, da Constituição.

Não só pela importância do rigor formal, como também pelo risco de falsas memórias, a existência de um procedimento para o reconhecimento fotográfico seria imprescindível. No nosso ordenamento jurídico, entretanto, não há disciplina específica, conforme se abordará no tópico a seguir, o que gera, além de enorme insegurança jurídica, risco de erros judiciais.

3. O RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO, A LACUNA NORMATIVA E A APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O reconhecimento pessoal, segundo Ada Pellegrini, Antônio Magalhães e Antônio Scarance (2009, p. 155), é uma providência probatória por meio da qual alguém, por ter conhecido antes determinada pessoa, poderá apontá-la como responsável pela prática de um ato.

Consoante Mariângela Tomé Lopes (2011, p. 41), o reconhecimento de pessoas no processo penal é um ato por meio do qual se busca obter de alguém, seja da testemunha, da vítima ou de um coimputado, a declaração de identificação positiva de uma pessoa como sendo aquela envolvida no fato criminoso.

Embora as legislações que preveem o reconhecimento pessoal sempre disponham sobre a sua modalidade visual e presencial (como é o caso do Brasil), estabelecendo o

procedimento para a sua realização, há, ainda, a o reconhecimento não presencial³, que tem sido cada vez mais utilizado, o que traz preocupação para a comunidade jurídica.

Nos últimos anos, especialmente, nota-se que existe uma enorme desconfiança quanto ao uso de fotografias para a realização do reconhecimento. Isso ocorre, em grande parte, em razão do estado de coisas de seletividade penal, que tem feito com que juristas e a sociedade em geral atribuam ao reconhecimento por foto a “culpa” pelo cometimento de injustiças.

Estudiosos como Janaina Matida e William Weber Ceconello (2021, p. 413), no entanto, pontuam que o problema não reside no reconhecimento fotográfico em si, mas sim na utilização de procedimentos capazes de aumentar o risco de um falso reconhecimento, como a apresentação de um único suspeito (*show-up*) ou de múltiplos suspeitos ao mesmo tempo (álbum ou catálogo de suspeitos).

É indispensável, portanto, despir-se de qualquer juízo preexistente acerca do reconhecimento fotográfico para que seja possível analisar o reconhecimento pessoal em sentido lato e a disciplina legal em torno da temática, sem esquecer dos entraves práticos encontrados nas delegacias e fóruns pelo país.

Se deve partir da compreensão de que o grau de confiança que merece ser dado ao reconhecimento depende não do seu caráter presencial ou não, mas sim da realização de um alinhamento justo, em que nenhuma das pessoas expostas durante o procedimento se destaque em relação às demais.

Por essa razão, o reconhecimento, seja ele presencial ou fotográfico, deve ser analisado com cuidado, pois seu uso isolado pode conduzir a conclusões equivocadas quanto à autoria delitiva e, conseqüentemente, levar ao cometimento de injustiças.

No ponto, merece ser tecida uma importante reflexão.

O Direito Penal, segundo as lições de Cezar Roberto Bitencourt (2015, p. 36), se apresenta como um conjunto de normas que tem por objeto a determinação das condutas infracionais, que merecem reprimenda estatal, e sua correspondente sanção. Para além disso, tem como função tornar possível a convivência humana, ganhando aplicação prática nos casos ocorrentes, observando rigorosos princípios de justiça.

³ A modalidade não presencial acontece quando há a ausência da pessoa a ser reconhecida, de modo que a prova é construída a partir da exibição de uma imagem, seja ela fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de reprodução, sendo este, ao menos teoricamente, um meio de prova de caráter subsidiário.

O Direito, portanto, se mostra como uma maneira de conformar a conduta social, partindo do pressuposto de que há uma série de condutas proibidas, das quais se deseja a abstenção social de suas práticas, de modo que, para isso, existe uma sanção.

Assim, o modo que a ciência jurídica tem de motivar as ações humanas dentro da sociedade é oferecer a exata contrapartida da sanção cabível na hipótese de cometimento dos comportamentos proibidos. É necessário, para esse fim, que os aplicadores do Direito sejam capazes de atingir aqueles que efetivamente incorreram em práticas delituosas.

Urge considerar, portanto, que o risco de condenação de um inocente por um erro judiciário é, acima de tudo, um atestado de que o verdadeiro culpado não foi submetido à sanção que lhe era devida. Nesse sentido, afirma Francesco Carrara (2002, p. 202):

No conflito entre essas duas necessidades, qual a que deve prevalecer? Sem dúvida a de tutelar o direito do acusado. É palpável a razão principal de tal resposta, pois, violado o direito em prejuízo do acusado, ocasiona-se um mal certo e positivo, a condenação do inocente; ao passo que, se se preferir a absolvição no caso de dúvida, ter-se-á, perante a verdade oculta, violado o direito que tinham os associados à punição do culpado, não se reproduzindo mais que simples perigo. De modo que a diferença entre as duas conseqüências é precisamente a que ocorre entre enfrentar um mal e enfrentar um perigo.

(Grifos nossos)

Por essa razão, quando se está diante da notícia de um fato delitivo, surge para o Estado o dever de investigá-lo, no afã de delimitar a autoria e materialidade delitivas. Para identificar o suposto autor da conduta criminosa busca-se os elementos de identificação, pois, como bem aponta Mariângela Tomé Lopes (2011, p. 43), uma investigação somente pode se direcionar contra uma certa pessoa se ela estiver devidamente identificada.

Sobre isso, importante precedente do Tribunal Constitucional espanhol, na decisão STC 93/1996 (ESPANHA, 1996), apregoa que um dos pressupostos mais elementares que integram o processo penal está necessariamente constituído pela certeza da identidade da pessoa objeto da acusação, uma vez que se ela for duvidosa toda a estrutura procedimental vem abaixo.

De fato, não adianta possuir inúmeras provas de materialidade se não há certeza sobre a autoria do delito, e é exatamente por isso que o reconhecimento, enquanto meio de prova destinado à identificação daquele que cometeu o crime, possui extrema importância quando há dúvida sobre a identidade do culpado.

A legislação vigente no Brasil, entretanto, além de somente regular o reconhecimento pessoal presencial, mais especificamente no capítulo VII do Código de Processo Penal, no artigo 226, traz uma redação simplista:

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

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

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

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

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

Segundo o art. 226 do CPP, a pessoa que irá realizar o reconhecimento deve descrever o agente que cometeu o crime. Tal providência faria com que, a partir do que ficou armazenado na memória da vítima ou testemunha, um suspeito fosse identificado. Em seguida, o acusado, quando possível, deve ser exposto ao lado de outras pessoas que com ele guardem semelhança, o que denota a preocupação com um alinhamento justo. Após, caberia ao reconhecedor apontar o autor do crime.

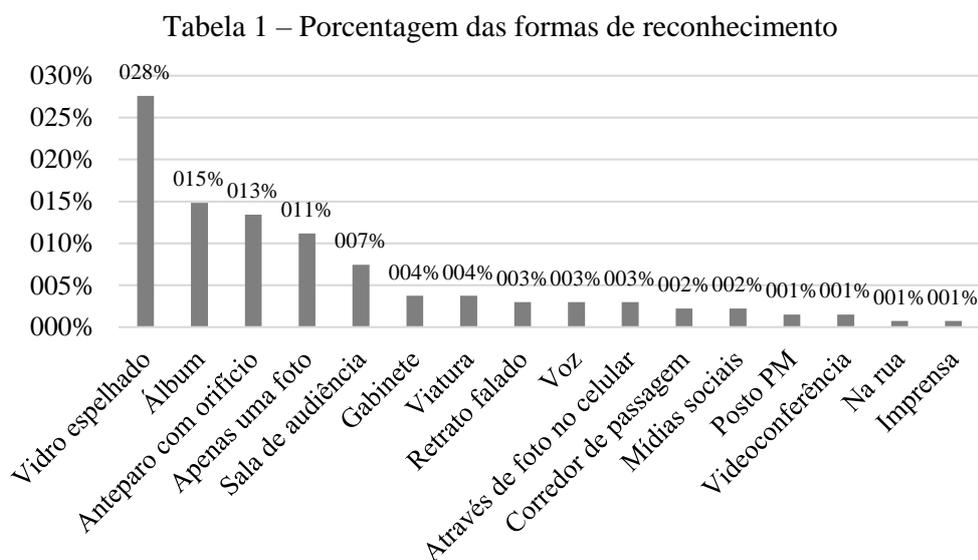
No entanto, embora o CPP estabeleça que o reconhecimento pessoal deve ser feito alinhando pessoas que tenham características semelhantes às dos suspeitos, após a vítima ou testemunha tê-la descrito, nem mesmo essa diretriz mínima tem sido respeitada.

Além disso, no inciso III do referido dispositivo, o CPP prevê que a autoridade providenciará que o suspeito não veja o reconhecedor somente quando houver fundada razão, por meio de intimação ou outra influência, para que este não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida. Acrescente-se que, nos moldes do art. 226, parágrafo único, do Código de Processo Penal, não se aplica o inciso III em se tratando de reconhecimento realizado durante o processo, o que, segundo Walter Nunes (2019, p. 182), ocorreria em homenagem à ampla defesa.

Ocorre que apesar do reconhecimento de pessoas possuir forma estritamente definida, há um grave nível de inobservância por parte dos juízes e delegados. No dia a dia forense, se verifica que o procedimento elencado na norma é negligenciado, originando uma espécie de

legitimidade velada a um grande número de prisões realizadas em desacordo com os mandamentos legais. Não à toa, um levantamento da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, divulgado pela Folha de São Paulo, mostrou que o reconhecimento fotográfico leva à prisão de 8 (oito) a cada 10 (dez) réus absolvidos (RECONHECIMENTO..., 2022).

Ademais, segundo levantamento realizado em 2015 pelo Ministério da Justiça (MILNITSKY; ÁVILA, 2015), há uma heterogeneidade muito grande em relação aos procedimentos realizados para o reconhecimento de suspeitos, conforme a tabela abaixo:



Fonte: Lilian Milnitsky Stein e Gustavo Noronha Ávila (2015).

Tais “reconhecimentos informais” são muito comuns e encontram amparo no princípio do livre convencimento motivado.

Essa simplificação, para além de ser um desprezo à formalidade do ato probatório, atropela o devido processo legal e pode ensejar a nulidade, na medida em que, como bem aponta Aury Lopes Júnior (2021, p. 215), viola o sistema acusatório (que apregoa que a gestão da prova está nas mãos das partes); quebra a igualdade de tratamento, oportunidades e fulmina a imparcialidade; constitui flagrante nulidade do ato, na medida em que praticado em desconformidade com o modelo legal previsto; e, por fim, nega eficácia ao direito de silêncio e de não fazer prova contra si mesmo.

A par disso, surge uma importante discussão, cerne desse artigo: deve-se aplicar ao reconhecimento fotográfico o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal?

Como já pontuado, o art. 226 do Código de Processo Penal é direcionado ao reconhecimento de pessoal na modalidade presencial. Há, portanto, uma lacuna normativa quanto ao reconhecimento fotográfico, cabendo ao intérprete buscar meios para solucionar a omissão legislativa, uma vez que há, atualmente, o uso massivo de câmeras fotográficas e celulares nas relações humanas, o que impactou sobremaneira a persecução penal.

Diante disso, é necessário recorrer à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que tem dentre suas funções a de reger as normas, indicando como interpretá-las ou aplicá-las, determinando-lhe a vigência e a eficácia.

Tal diploma legal, em seu art. 4º, dispõe que quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

Além desse dispositivo, o art. 3º do Código de Processo Penal prevê que a lei processual penal admite tanto a interpretação extensiva quanto a aplicação analógica e o suplemento dos princípios gerais do direito.

Da análise dos referidos artigos nota-se que é possível recorrer à analogia, que consiste em aplicar, para um caso concreto não previsto em lei, dispositivo legal existente para uma hipótese semelhante, o que remonta ao brocardo latino “*ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*”, ou seja, “onde existe a mesma razão fundamental aplica-se a mesma regra jurídica”.

Isto é, o emprego da analogia permitida pelo art. 3º do CPP e pelo art. 4º da LINDB pressupõe a inexistência de lei disciplinando matéria específica, constatando-se, pois, a lacuna involuntária da lei. Desse modo, por ser a analogia recurso de autointegração, e não instrumento de derrogação de texto ou de procedimento legal, o seu emprego só pode ser admitido quando a lei for omissa, sendo exatamente isso o que ocorre no âmbito do reconhecimento por foto.

Portanto, dada a omissão legislativa quanto ao reconhecimento de pessoas na modalidade fotográfica, não resta outra opção a não ser aplicar, analogicamente, o previsto para o reconhecimento presencial, nos moldes dos referidos dispositivos.

Embora seja possível discutir a insuficiência do previsto no art. 226 do CPP a essa modalidade de reconhecimento, haja vista que possui suas particularidades, não há outra maneira de garantir um procedimento mínimo senão essa. É preciso entender a necessidade de estabelecer parâmetros, ainda que diminutos, para a realização do reconhecimento, qualquer que seja a sua modalidade.

O reconhecimento de pessoas, seja ele presencial ou fotográfico, deverá, portanto, ser precedido pela descrição, realizada de forma livre, da pessoa suspeita e das condições de observação. Ademais, deve ser respeitado um alinhamento justo, garantindo, cumulativamente, que nenhuma pessoa (ou foto) suspeita se sobressaia com relação às outras e que as pessoas (ou fotos) não suspeitas atendam ao menos às descrições apresentadas pelas vítimas e testemunhas.

Em síntese, tem-se que, no momento, dada a omissão legislativa quanto ao reconhecimento por foto, deve-se, em prol do devido processo legal e do princípio da presunção de inocência, respeitar o art. 226 do Código de Processo Penal, que estabelece parâmetros que, embora obsoletos e passíveis de inúmeras críticas, representam o mínimo necessário em um processo criminal.

4. O PROJETO DE LEI Nº 676, DE 2021, E A BUSCA POR UM REGRAMENTO ESPECÍFICO PARA O RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO

Como dito, a existência de uma lacuna normativa com relação ao reconhecimento por foto tem provocado incômodo entre os juristas. Apesar de, por ora, a solução imediata ser a de aplicar, analogicamente, o procedimento previsto no art. 226 do CPP, a comunidade jurídica tem pontuado a necessidade de uma disciplina específica para essa modalidade de reconhecimento.

Nesse contexto, o Senador Marcos do Val apresentou, no dia 3 de março de 2021, o Projeto de Lei nº 676, de 2021, cujo objetivo é, além de modificar as regras sobre o reconhecimento de pessoas, disciplinar o reconhecimento fotográfico (BRASIL, 2021). A proposta ressaltou o uso dos catálogos de suspeitos e de fotos obtidas por meio das redes sociais em delegacias pelo Brasil, bem como a prática corriqueira do reconhecimento por fotografia ser utilizado como a única prova na hora de apontar um possível criminoso.

O referido Senador destacou, em síntese, que os estudos da psicologia moderna demonstram as deficiências da memória humana, de modo que o reconhecimento fotográfico é um meio de prova sujeito a equívocos e falhas que, em alguns casos, está levando inocentes para a cadeia.

Diante desses argumentos, propôs que o disposto no art. 226 do Código de Processo Penal tenha aplicação obrigatória e não seja mais considerado uma mera recomendação. Esse

entendimento, inclusive, passou a ser o adotado pela jurisprudência do STJ no início do ano de 2021⁴.

Ainda consoante o Senador Marcos do Val, o ideal seria que a prova obtida em desobediência aos ditames da lei fosse considerada ilícita, alcançando eventuais reconhecimentos posteriores feitos pela mesma pessoa, tomando por base estudos que demonstram que nesses casos há um grande risco de que ocorra um “reconhecimento do reconhecimento”, ou seja, que a pessoa chamada a apontar um suspeito acabe por editar sua própria memória com a sugestão da pessoa ou foto que lhe foi mostrada na delegacia.

Além disso, a redação originária do PL nº 676, de 2021, buscou acrescentar algumas cautelas ao teor do art. 226 do Código de Processo Penal. A proposta prevê que, além de a pessoa a ser reconhecida ter que ser colocada ao lado de pelo menos outras 2 (duas) pessoas, deveriam ser consideradas as dificuldades já conhecidas pela ciência para o reconhecimento de pessoas entre raças diferentes, de forma que tal fato deveria ficar consignado no auto. Somado a isso, visando diminuir na pessoa que tiver que fazer o reconhecimento o natural sentimento de querer colaborar com as investigações, ela deveria ser expressamente advertida do fato de que o autor do crime poderia não estar presente ao ato.

A redação originária do PL aponta também que no reconhecimento de pessoas feito a partir de fotografia existe a necessidade de juntar ao inquérito policial e à ação penal as fotos utilizadas para o reconhecimento, e que, tão logo fosse possível, deveria haver o reconhecimento presencial do suspeito.

Esse ponto é muito importante, pois se as fotos utilizadas durante o reconhecimento não constarem nos autos não há como analisar a ilegalidade do procedimento feito em sede pré-processual.

Mais a mais, há a previsão de impossibilitar a restrição da apresentação das fotografias somente a retratos de amigos ou associados conhecidos do suspeito já identificado ou de suspeitos de outros crimes semelhantes, pois isso poderia ter um tom sugestivo.

Resta nítido, portanto, que o projeto surgiu, em resumo, com o objetivo não só de impedir a condenação de um suspeito quando o reconhecimento não fosse corroborado com

⁴ Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). **Habeas Corpus nº 278.542/SP**. Impetrante: Vinicius Santos de Santana. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, 4 de agosto de 2015. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1425555&num_registro=201303307184&data=20150818&formato=PDF. Acesso em: 2 ago. 2022.

outras provas constantes nos autos, mas também de disciplinar o uso do reconhecimento fotográfico no ordenamento jurídico brasileiro.

Partiu-se da compreensão de que embora o reconhecimento pessoal, seja ele presencial ou não, seja um meio de obtenção de prova útil e que, em conjunto com outras provas, se configura como um importante meio para a descoberta da verdade processual, pode conduzir a resultados falhos, dado que depende da memória da vítima ou da testemunha (BRASIL, 2021).

Por todo o exposto, verifica-se que a ideia de um regramento específico para o reconhecimento por foto, além de legítima, deve ser incentivada, pois a obediência a um procedimento específico é imprescindível para garantir a liberdade do reconhecimento e para evitar o risco de indução daquele que reconhece pelos agentes públicos que conduzem a formação do meio de prova. Do contrário, ele poderia se tornar um instrumento de elaboração de provas forjadas, comprometendo o descobrimento da verdade processual e, conseqüentemente, conduzindo ao cometimento de injustiças.

Repise-se que o procedimento previsto na legislação atual, além de extremamente simplificado, remonta ao ano de 1941, uma vez que ainda vigora a redação originária, tendo sido criado à luz de uma realidade histórica ditatorial e policialesca, sob os olhos de um sistema inquisitivo, incompatível, portanto, com o que existe hoje.

Dessa forma, a aprovação do referido projeto de lei, caso ocorra, irá representar um grande avanço para o direito probatório, na medida em que não só considera que se está diante de uma prova dependente da memória e que deve ser sempre somada a outras, como também traz uma disciplina exclusiva para o reconhecimento fotográfico.

5. CONCLUSÃO

No Código de Processo Penal vigente o procedimento relativo ao reconhecimento de pessoas se destina especificamente à modalidade presencial, até mesmo porque sua redação remonta ao ano de 1941, época em que a obtenção de fotos era difícil e excessivamente custosa.

Atualmente, com a evolução tecnológica, se faz necessária uma regulamentação específica para o reconhecimento fotográfico, pois houve uma popularização do seu uso nos fóruns e delegacias brasileiras, diante da facilidade trazida pela existência de câmeras fotográficas e celulares.

Ocorre que o procedimento para o reconhecimento de pessoas, por si só, tem gerado muitos questionamentos, na medida em que a existência de perguntas sugestivas, as diferenças gritantes entre as pessoas (ou fotos) apresentadas para o reconhecimento, dentre outros fatores, são passíveis de comprometer a idoneidade e a confiabilidade da produção da prova.

No reconhecimento por foto, especialmente, o risco é ainda maior, pois as fotografias muitas vezes sequer seguem um padrão, podendo ser escuras, distorcidas e até manipuladas, o que, invariavelmente, pode comprometer a prova produzida.

Se por um lado é evidente a necessidade de um aparato legislativo que preveja o procedimento a ser adotado para o reconhecimento fotográfico, por outro não pode o ordenamento jurídico ficar com essa lacuna por tempo indeterminado, até que seja aprovada uma lei que regule a questão. Cabe ao intérprete, portanto, por meio da analogia, suprir o espaço existente, na medida em que o reconhecimento continua sendo usado no cotidiano forense.

Assim, em que pese o art. 226 do Código de Processo Penal seja passível de críticas e mereça diversos ajustes, representa, hoje, uma garantia mínima para quem se encontra na posição de acusado. Por isso, e considerando que forma significa garantia no processo penal, é preciso aplicá-lo também ao reconhecimento fotográfico, nos moldes do art. 4º da LINDB e do art. 3º do CPP, como tem feito o Supremo Tribunal Federal, ao menos até que a omissão legislativa possa ser suprida, o que precisa acontecer o quanto antes, a partir da aprovação do PL nº 676, de 2021, por exemplo.

No mais, nota-se que não se deve normalizar o uso de fotografias de maneira desordenada, sob pena de levar o sistema de justiça a erro. Entender de modo contrário traria não só o risco de condenação de inocentes, mas também de impunidade do verdadeiro culpado, o que, a longo prazo, leva inclusive à redução do grau de confiança concedido pela população ao Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 36.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 16 ago. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 ago. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Parecer nº 229, de 2021 – PLEN/SF**. Brasília: Senado Federal, 2011. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9026799&ts=1636473520520&disposition=inline>. Acesso em: 11 ago. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 676, de 3 de março de 2021**. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para disciplinar o reconhecimento fotográfico de pessoa. Brasília: Senado Federal, 2021. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8935888&ts=1632255588901&disposition=inline>. Acesso em: 10 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). **Habeas Corpus nº 278.542/SP**. Impetrante: Vinicius Santos de Santana. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, 4 de agosto de 2015. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=1425555&num_registro=201303307184&data=20150818&formato=PDF. Acesso em: 2 ago. 2022.

CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Editora LZN, 2002, v. 2, p. 292-293.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional de Espanha. **Sentencia 93/1996, de 28 de maio de 1996**. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3145>. Acesso em: 13 ago. 2022.

FERNANDES, Lara Teles. **Standards probatórios e epistemologia jurídica: uma proposta interdisciplinar para a valoração do testemunho no processo penal**. 2019. 260 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 11 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 155-157.

INNOCENCE PROJECT. **DNA exonerations in the United States, 2021?**. Disponível em: <https://innocenceproject.org/dna-exonerations-in-the-united-states/>. Acesso em: 10 ago. 2022.

LOPES, Mariângela Tomé. **O Reconhecimento como Meio de Prova: Necessidade de reformulação do direito brasileiro**. São Paulo: 2011. 224f. Tese de Doutorado Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 215.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 2, p. 387.

MATIDA, Janaina; CECCONELLO, William Weber. Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 7, n. 1, p. 413, jan.-abr. 2021. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/506/335>. Acesso em: 9 ago. 2022.

RECONHECIMENTO fotográfico leva à prisão 8 entre 10 réus absolvidos, mostra estudo. **Folha de São Paulo**, Rio de Janeiro, 5 mai. 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2022/05/reconhecimento-fotografico-leva-a-prisao-8-entre-10-reus-absolvidos-mostra-estudo.shtml>. Acesso em: 16 ago. 2022.

RELATÓRIO consolidado sobre reconhecimento fotográfico em sede policial. **Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, [s.d]. Disponível em: https://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/consolida%C3%A7%C3%A3o_rel%C3%B3rio_CONDEGE_e_DPE_RJ_reconhecimento_fotogr%C3%A1fico.pdf. Acesso em: 15 ago. 2022.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal: Teoria (constitucional) do Processo Penal**. 3 ed. rev., ampl. e atual. Natal: Editora Jurídica OWL, 2021, p. 283.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Reforma Tópica do Processo Penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas, principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão)**. 3 ed. rev., ampl., atual. Natal: Editora Jurídica OWL, 2019, p. 182-183.

STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses**. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça (Série Pensando Direito, nº 59), 2015, p. 65. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf. Acesso em: 16 ago. 2022.

SUSPENSO julgamento sobre condenação baseada apenas em reconhecimento fotográfico. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 23 nov. 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=477076&ori=1>. Acesso em: 14 ago. 2022.

TOSCANO JÚNIOR, Rosivaldo. **O cérebro que julga: neurociências para juristas**. 1 ed. Florianópolis: Ematis, 2023.

WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre de Moraes. **Vieses da justiça:** como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. 2 ed. Florianópolis: Emais, 2021.