X CONGRESSO DA FEPODI

DIREITOS FUNDAMENTAIS E JUSTIÇA

A532
Anais do X Congresso da Fepodi [Recurso eletrônico on-line] organização X Congresso da Fepodi: Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – Campo Grande;

Coordenadores: Abner da Silva Jaques, João Fernando Pieri de Oliveira e Lívia Gaigher Bósio Campello – Campo Grande: Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, 2023.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-798-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Desenvolvimento, responsabilidade e justiça: a função da ciência jurídica no aperfeiçoamento da sociedade.
1. Desenvolvimento. 2. Responsabilidade. 3. Justiça. I. X Congresso da Fepodi (1:2023 : Campo Grande, MS).

CDU: 34

Federação Nacional de Pós-Graduandos em Direito

X CONGRESSO DA FEPODI

DIREITOS FUNDAMENTAIS E JUSTIÇA

Apresentação

A Federação Nacional de Pós-Graduandos em Direito (FEPODI) realizou, nos dias 07, 08 e 09 de agosto de 2023, o X Congresso Nacional da FEPODI, em formato híbrido, adotando o seguinte eixo temático: "Desenvolvimento, Responsabilidade e Justiça: A função da Ciência Jurídica no aperfeiçoamento da Sociedade", justamente para corroborar o compromisso institucional em promover a integração ensino-pesquisa-extensão entre os corpos discente e docente da Graduação e Pós-Graduação.

Para a realização do evento, contamos com o essencial apoio do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), do Observatório de Direitos Humanos, Acesso à Justiça e Desenvolvimento Sustentável da UFMS e do Centro Universitário UNIGRAN Capital.

Mais uma vez a abrangência de nosso trabalho alcançou as cinco regiões brasileiras, recebendo participantes vinculados a Instituições de Ensino Superior de 13 estados, dentre eles graduandos, graduados, especializandos, especialistas, mestrandos, mestres, doutorandos e doutores, todos empenhados na missão de contribuir com o rumo da pesquisa no direito. O interesse de nossos alunos mostra à comunidade acadêmica que a pesquisa é capaz de criar espaços comuns para o diálogo, para a reflexão e para o intercâmbio de experiências.

Fruto de um trabalho coletivo, na décima edição do evento, após o processo de submissão dos trabalhos e suas respectivas duplas avaliações às cegas, foram aprovados 273 resumos expandidos para apresentação, distribuídos em 11 Grupos de Trabalhos, sendo 9 deles presenciais e 2 on-lines, que buscaram contemplar as mais variadas áreas do direito, além de mais de 700 acadêmicos inscritos como ouvintes para o evento.

Sempre acreditamos que o formato utilizado para a apresentação dos trabalhos (resumos expandidos) auxilia consideravelmente o desenvolvimento acadêmico, ao passo que permite ao pesquisador apresentar as ideias iniciais sobre um determinado tema e melhor desenvolvêlas a partir das contribuições que são concedidas, nos Grupos de Trabalho, por docentes ligados a renomadas Instituições de Ensino Superior do país, os quais indicam sempre bons caminhos para o aperfeiçoamento da pesquisa.

Os Anais que ora apresentamos já podem ser considerados essenciais no rol de publicações dos eventos científicos, pois além de registrar conhecimentos que passarão a nortear novos estudos em âmbito nacional e internacional, revelam avanços significativos em muitos dos temas centrais que são objeto de estudos na área jurídica e afins.

Assim, com esse grande propósito, apresentamos uma parcela do que representa a grandiosidade do evento científico, como se fosse um retrato de um momento histórico, com a capacidade de transmitir uma parcela de conhecimento, com objetivo de propiciar a consulta e auxiliar no desenvolvimento de novos trabalhos, tudo com vistas a ampliar o acesso ao conhecimento e a democratizar a pesquisa no Brasil.

Esperamos que todos possam aproveitar a leitura.

Abner da Silva Jaques

Presidente da Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito - FEPODI

João Fernando Pieri de Oliveira

Vice-presidente da Comissão de Acadêmicos e Estagiários da OAB/MS

Lívia Gaigher Bósio Campello

Coordenadora do Observatório de Direitos Humanos, Acesso à Justiça e Desenvolvimento Sustentável

RECONHECIMENTO DE PESSOAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DO HABEAS CORPUS 608.756/SP

RECOGNITION OF PERSONS IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM: AN ANALYSIS OF HABEAS CORPUS 608.756/SP

Débora de Souza Widmer de Deus
Flávia Costa Barbosa Machado Borges
Joao Paulo Calves [1]

Resumo

O reconhecimento de pessoas no direito processual penal brasileiro tem natureza jurídica como meio de prova, cuja função é a de contribuir no convencimento do juiz sobre determinado fato. Contudo, por efeito da rasa disposição sobre esse procedimento no ordenamento jurídico, bem como, sua inobservância, abre-se margem para que ocorram erros no reconhecimento de suspeitos, razão pela qual é de extrema importância maior dedicação a este tema. Objetiva-se analisar, através de um caso concreto, como a negligência nesse procedimento resultam em falhas e qual sua consequência processual. A pesquisa é bibliográfica, jurisprudencial e legislativa, visando ao aprofundamento no tema e uma análise de sua aplicação no caso concreto. Para tanto, foi utilizada uma pesquisa descritiva, através do método hipotético-dedutivo.

Palavras-chave: Processo penal, Reconhecimento fotográfico, Habeas corpus 608.756/sp

Abstract/Resumen/Résumé

The recognition of people in Brazilian criminal procedural law has a legal nature as a means of proof, whose function is to contribute to the judge's conviction of a certain fact. However, due to the shallow provision on this procedure in the legal system, as well as its non-compliance, there is room for errors to occur in the recognition of suspects, which is why greater dedication to this topic is extremely important. The objective is to analyze, through a concrete case, how negligence in this procedure results in failures and what is its procedural consequence. The research is bibliographical, jurisprudential and legislative, aiming at deepening the theme and an analysis of its application in the concrete case. For that, a descriptive research was used, through the hypothetical-deductive method.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal procedure, Photographic recognition, Habeas corpus 608.756/sp

[1] Orientador

INTRODUÇÃO

O ato do reconhecimento pode ocorrer tanto na fase pré-processual como processual. Para tanto, em ambas, deve-se respeitar os procedimentos contidos no artigo 226 e seguintes do Código de Processo Penal, que serão devidamente descritos no decorrer do artigo. Nada obstante ser essa a regra, na prática essa formalidade não é devidamente observada, sendo corriqueiramente ignorada, e, por consequência, gerando falhas que permeiam até uma condenação injusta.

Neste cenário, uma prática que tem se tornado comum na fase investigativa (pré-processual) é o reconhecimento realizado por fotografia que, embora não esteja regulado na lei processual penal, deriva do procedimento já instituído, devendo seguir seus direcionamentos. Contudo, assim como ocorre no reconhecimento pessoal, esse instrumento tem sido utilizado sem obedecer suas premissas, fomentando ainda mais decisões equivocadas.

Ainda que não seja pacífica, há decisões nos tribunais, sobretudo no Supremo Tribunal Federal, autorizando o reconhecimento por fotografia, desde que observada a sistemática do artigo 226 do Código de Processo Penal, além disso, essa prova não pode ser utilizada isoladamente como fundamento de uma condenação.

Sob essa perspectiva, o problema da pesquisa busca responder ao seguinte questionamento: como a fragilidade no reconhecimento de pessoas no processo penal tem consequências na aplicação ao caso concreto? Sendo assim, a hipótese apresentada pelo presente trabalho é a notável fragilidade do reconhecimento de pessoas como prova no processo penal, visto que, pode causar prisões e até condenações injustas.

Com isso, o objetivo geral buscará analisar, à luz do caso concreto, o impacto do reconhecimento fotográfico e suas implicações no processo penal.

Para tanto, será realizada uma pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e legislativa, visando ao aprofundamento no tema e uma análise de sua aplicação no caso concreto. Com essa finalidade, será utilizada da pesquisa descritiva, através do método hipotético-dedutivo.

1 CASO PARADIGMA: RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO NO HABEAS CORPUS 608.756/SP

Inicialmente, é importante analisar tal discussão à luz de um caso concreto. Assim, Utiliza-se como paradigma o Habeas Corpus 608.756/SP (BRASIL, STF, 2022).

Sobre os autos em análise, tratou-se do paciente jovem, desempregado, cor de pele pardo, que fora preso em flagrante no dia 13 de outubro de 2018, ao fim da noite, enquanto caminhava pelo parque Jacuí em São Paulo, momento em que os policiais militares o abordaram pois estavam à procura de um suspeito de ter participado de um crime de roubo acontecido por volta das 21:00h (BRASIL, STF, 2022).

Apesar de não encontrarem nada de ilícito em posse do suspeito, os policiais tiraram uma foto e enviaram pelo aplicativo WhatsApp à guarnição que estava atendendo às vítimas do referido assalto. Apresentada às vítimas a foto do suspeito, enviada na altura daquela noite, elas o reconheceram, o que levou os policiais darem imediata voz de prisão ao paciente como um dos autores do delito (BRASIL, STF, 2022).

No presente caso, o reconhecimento do paciente pelas vítimas se revestiu de verdadeira imposição de culpa, uma vez que a autoridade policial contaminou a prova de erro, induzindo as vítimas a erroneamente reconhecerem o paciente. Isso porque, o envio de uma única foto do paciente via WhatsApp para as vítimas, no limite da noite, apresentando às mesmas o paciente como suspeito apreendido, violou por completo a formalidade prevista no ordenamento jurídico (BRASIL, STF, 2022).

A norma legal prevê a necessidade da descrição da pessoa a ser reconhecida pela vítima, bem como de se espelhar o reconhecimento em pessoas com características semelhantes com o provável suspeito, de modo a assegurar a lisura e imparcialidade do ato de se reconhecer, não imputando a culpa primeiro, para que depois se reconheça e mais depois ainda se descreva o provável suspeito, constata-se que nenhuma dessas exigências legais foi observada (BRASIL, STF, 2022).

O Ministério Público ofereceu denúncia em face do paciente, como incurso no crime previsto no artigo 157, §2°, inciso II e §2°-A, inciso I do Código Penal (roubo majorado pelo concurso de agentes e emprego de arma de fogo), por três vezes, em concurso formal (BRASIL, STF, 2022).

Sobrevindo sentença condenatória, o magistrado da 13ª Vara Criminal do Foro Criminal da Barra Funda da Comarca de São Paulo/SP julgou procedente a ação penal para condenar o paciente à pena privativa de liberdade de 08 (oito) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, no regime inicial fechado, mais ao pagamento de 21 (vinte e um) dias-multa, no valor mínimo (BRASIL, STF, 2022).

A defesa do paciente apresentou recurso de Apelação ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, contestando a validade do reconhecimento em fase policial, o que segundo a defesa, tornou o reconhecimento nulo, requerendo, por consequência, a absolvição

do acusado por ausência de constatação da autoria. Ao julgar a Apelação defensiva, a 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, negou provimento ao recurso (BRASIL, STF, 2022).

Permanecendo, portanto, o paciente preso, inconformado pela injustiça que estava enfrentando, escreveu de próprio punho, uma carta à Defensoria Pública da União no dia 14 de julho de 2020, solicitando assistência jurídica em seu favor, declarando sua inocência e pedindo uma revisão criminal. Foi quando a Defensoria Pública da União assumiu o caso e entrou com o referido Habeas Corpus no dia 25 de agosto de 2020, requerendo liminarmente a liberdade do paciente até o julgamento final, bem como, a reforma da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, fazendo cessar o constrangimento ilegal sofrido pelo paciente, de modo que o mesmo seja absolvido, ante a nulidade do reconhecimento realizado em sede policial (BRASIL, STF, 2022).

Em sua fundamentação a defensoria sustentou que o reconhecimento fotográfico do condenado, procedido pelos agentes de segurança pública na ocasião da sua apreensão, foi realizado em afronta ao disposto no artigo 226 do Código de Processo Penal, desvirtuando, além do instituto jurídico, qualquer possibilidade de racional reconhecimento (BRASIL, STF, 2022).

Em decisão proferida no dia 01 de setembro de 2020, o Superior Tribunal de Justiça, especificamente, a relatora Ministra Laurita Vaz, em julgamento monocrático, decidiu pelo indeferimento liminar do pedido, sob o fundamento de que o acórdão transitou em julgado para as partes no dia 24 de abril de 2019. Portanto, diante de tal situação, não deveria ser conhecida a ordem do *habeas corpus*, pois, para a relatora, foi manejado como substitutivo de revisão criminal. Além do mais, manifestou que não havia flagrante ilegalidade apta a ensejar a concessão do *habeas corpus* de ofício, tendo em vista que em sede de recurso, foi proferida decisão comprovando a prática do crime pelo Paciente (BRASIL, STF, 2022).

Assim sendo, a Defensoria Pública da União interpôs agravo regimental, que lhe foi negado provimento. Opostos embargos de declaração, a Turma o rejeitou. Posteriormente, interpôs Recurso Ordinário (BRASIL, STF, 2022).

Em 28 de setembro de 2021, o Ministro Gilmar Mendes deferiu o pedido liminar realizado no recurso ordinário, determinando a soltura do paciente, em razão de aparente ilegalidade no reconhecimento fotográfico na fase pré-processual. O julgamento realizado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal teve início no dia 23 de novembro de 2021.

O voto de abertura proferido pelo relator, Ministro Gilmar Mendes, foi no sentido do provimento ao recurso de habeas corpus para absolver o recorrente ante a nulidade do reconhecimento e a ausência de provas independentes. Isso devido a inobservância, tanto em sede policial quanto em audiência, do reconhecimento, afrontando a disposição do artigo 226 do Código de Processo Penal. Bem como, em razão das contradições nos depoimentos das vítimas (BRASIL, STF, 2022). Conforme segue trecho do voto do Relator:

> Portanto, como regra geral, o reconhecimento pessoal há de seguir as diretrizes determinadas pelo Código de Processo Penal, de modo que a irregularidade deve ocasionar a nulidade do elemento produzido, tornando-se imprestável para justificar eventual sentença condenatória em razão de sua fragilidade cognitiva.
> Ademais, a repetição em juízo do ato anteriormente produzido em desconformidade legal não garante a sua confiabilidade, de modo que igualmente não se presta a fundamentar a condenação (BRASIL, STF, 2022)

Tendo por base seus fundamentos, a razão de ser este o seu voto, é pelo fato do processo penal ser um instrumento de limitação do poder punitivo estatal. Portanto, deve observar os direitos e garantias individuais contra possíveis abusos do Estado. Nesse sentido, o processo penal buscar verificar a tese acusatória em um procedimento desenvolvido em contraditório, perante um juízo imparcial e com respeito ao devido processo (BRASIL, STF, 2022).

Nessa perspectiva, se faz necessário ressaltar um dos pilares fundamentais do processo penal, o princípio da presunção de inocência, contido no artigo 5°, inciso LVII, da Constituição Federal, que tem como objetivo garantir que o Estado só possa condenar uma pessoa quando houver provas concretas e suficientes de sua culpabilidade. À vista disso, constata-se a importância do respeito às formalidades previstas na legislação para a produção da prova através do reconhecimento de pessoas. Pois, trata-se de postura necessária para buscar maior confiabilidade da informação inserida no processo judicial e, assim, reduzir os riscos de condenação de pessoas inocentes (BRASIL, STF, 2022).

Ainda, o posicionamento do ministro, é no sentido de consolidar que mesmo que haja a repetição, em juízo, do reconhecimento realizado ilegalmente na fase de investigação preliminar, não pode fundamentar, isoladamente, a condenação (BRASIL, STF, 2022).

Em contrapartida, o Ministro Ricardo Lewandowski, votou pelo improvimento do recurso. Não obstante, ter compartilhado inicialmente, das fundadas e relevantes explanações do relator, quanto à observância das formalidades legais em relação ao procedimento do reconhecimento à luz do ordenamento jurídico, divergiu a despeito da conclusão. Em seu entendimento, ainda que o reconhecimento do paciente na fase policial não tenha observado a integralidade das disposições contidas no artigo 226 do Código de Processo Penal, entendeu

como suficiente os depoimentos que foram reafirmados pelas vítimas no curso da instrução judicial. Além do que, as divergências nos depoimentos foram simples desconexões (BRASIL, STF, 2022).

Acompanhando o voto anterior, o Ministro André Mendonça, negou provimento ao recurso, mesmo não acolhendo o ato do reconhecimento. O seu voto foi no sentido de que embora não seja desprezível o reconhecimento, por não obedecer as formalidades, ele perde a sua força como reconhecimento, mas que ainda assim prevalece às testemunhas. Ou seja, os policiais que realizaram as diligências (BRASIL, STF, 2022).

Com relação às divergências apontadas nas declarações das vítimas, sua fundamentação permeou na explicação teórica sobre a psicologia criminal, acerca de que essas incongruências seriam a não identidade de narrativas, que não desqualificam, por si só, a narrativa dos fatos (BRASIL, STF, 2022).

Por sua vez, o Ministro Edson Fachin, seguindo a restrito os fundamentos apresentados pelo eminente Ministro-Relator, acompanhou seu voto para o provimento do recurso. Nesse sentido, foi o voto do Ministro Nunes Marques, que fundamentou seu posicionamento pelo provimento do recurso, apontando a violação da garantia fundamental ao exercício da ampla defesa do acusado e, portanto, ignorada na fase investigativa e indevidamente confirmado na esfera judicial. Segue fragmento de seu voto: (BRASIL, STF, 2022)

> Desde logo, salta aos olhos a constatação de que o procedimento probatório exigido para o reconhecimento pessoal, previsto no art. 226 do Código de Processo Penal – garantia fundamental ao exercício da ampla defesa do acusado e, portanto, de observância obrigatória pelos operadores do direito –, foi solenemente ignorado na fase investigativa e indevidamente chancelado na esfera judicial.

Em suma, nos termos dos votos favoráveis, os argumentos guardam correspondência pelos mesmos fundamentos, quais sejam, a preponderância das garantias fundamentais, como o devido processo legal, que segundo o artigo 5°, inciso LIV, da Constituição Federal, deve assegurar o contraditório e a ampla defesa, também estabelecidos na Carta Magna em seu artigo 5°, inciso LV (BRASIL, STF, 2022).

Ainda, nota-se que as expostas negligências das formalidades, ensejaram a desvalorização do reconhecimento e resultou no entendimento de que o Órgão acusador não reuniu provas aptas a formarem, para além de qualquer dúvida razoável, o juízo de certeza necessário à condenação do recorrente (BRASIL, STF, 2022).

Foi então, que no dia 22 de fevereiro de 2022, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, declarou a absolvição do jovem Regivam Rodrigues dos Santos, sendo reconhecida a

nulidade do reconhecimento fotográfico e a ausência de provas para condenação, uma vez que, fora inicialmente condenado com base unicamente nessa prova (BRASIL, STF, 2022).

2 RECONHECIMENTO DE PESSOAS COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO PENAL E A IMPOSSIBILIDADE EM UTILIZÁ-LA COMO ÚNICA FUNDAMENTAÇÃO PARA A CONDENAÇÃO DO ACUSADO

O reconhecimento de pessoas no processo penal trata-se de um meio de prova nominado e típico, já que possui denominação legal e um procedimento descrito na lei que deve ser observado. Nas palavras de Lopes Júnior (2022, p. 770):

> é um ato através do qual alguém é levado a analisar alguma pessoa ou coisa e, recordando o que havia percebido em um determinado contexto, compara as duas experiências. Quando coincide a recordação empírica com essa nova experiência levada a cabo em audiência ou no inquérito policial, ocorre o reconhecer.

O Código de Processo Penal em seus artigos 226 a 228, regulamenta o procedimento para o reconhecimento de pessoas e coisas. Contudo, por ser objeto central do presente artigo, será tratado com exclusividade o reconhecimento de pessoas.

Como salienta Lima (2020), o reconhecimento pessoal pode ser realizado tanto na fase pré-processual (investigação preliminar) como na fase processual (em audiência). O procedimento para sua realização está estabelecido nos incisos do artigo 226 do Código de Processo Penal, e sua inobservância constitui nulidade, tendo em vista ser uma garantia fundamental para assiduidade da prova.

Esse entendimento foi firmado recentemente pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na decisão do Recurso Ordinário em Habeas Corpus 206.846/SP. Pois, havia um entendimento jurisprudencial anterior, no sentido de que as irregularidades no ato do reconhecimento pessoal do acusado não ensejavam nulidade, visto que, as previsões do artigo 226 do Código Processual, eram meras recomendações legais. (BADARÓ, 2018). No entanto, esse posicionamento foi afastado, conforme segue um trecho da decisão supracitada:

> [...] SUPERAÇÃO DA IDEIA DE "MERA RECOMENDAÇÃO". TIPICIDADE PROCESSUAL, SOB PENA DE NULIDADE. [...] 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.[…] 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.

A vulnerabilidade do reconhecimento está intimamente ligada à sua subjetividade e às influências externas que podem interferir na percepção e na memória da vítima ou testemunha. Isso porque, é influenciada por uma série de fatores, como a qualidade da iluminação, a distância, o estresse do momento do crime, a duração do contato visual com o suspeito, entre outros. Portanto, esses fatores podem afetar a precisão e a confiabilidade da identificação, levando a erros e injustiças. Nessa linha, Lopes Jr. (2022, p. 596) esclarece que:

> [...] o reconhecimento pessoal é uma prova essencialmente precária, por depender da memória (e sua imensa fragilidade), da capacidade de atenção em situações quase sempre traumáticas e violentas; por depender da maior ou menor qualidade dos sentidos de quem é chamado a reconhecer; da fragilidade em relação às pré-compreensões e estereótipos, etc.

Além disso, a fragilidade do reconhecimento de pessoas pode ser agravada pela presença de sugestões externas, como, por exemplo, um policial que conduz a identificação, que inadvertidamente transmitir informações ou sinais que induza a escolha da testemunha, comprometendo a credibilidade do reconhecimento como prova válida.

Esses breves apontamentos, por si só, evidenciam a vulnerabilidade do reconhecimento, visto que deriva da lembrança psíquica que a vítima ou testemunha tem do fato e de seu autor.

O reconhecimento de pessoas, como já mencionado, está descrito no artigo 226 do Código de Processo Penal e estabelece uma os seguintes critérios:

> 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; Il - 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 (BRASIL, 1941).

Como visto, o inciso III, permite que esse reconhecimento seja realizado sem que o suspeito veja quem o está identificando (BRASIL, 1941). Sobre essa possibilidade, dispõe Capez (2021, p.176) que:

> atenta aos princípios do contraditório e da ampla defesa, e ciente da natureza acusatória do processo criminal brasileiro, pela qual o acusado tem o direito de conhecer todas as provas contra si produzidas, a lei proibiu aplicação do

> mencionado inciso III em juízo, quer em plenário de julgamento, quer na fase de instrução criminal (CPP, art. 226, parágrafo único).

Entretanto, apesar do impedimento imposto pelo parágrafo único do artigo supracitado, é comum a prática desse procedimento em sede de julgamento, o que constitui uma irregularidade exercida pelos magistrados, quando questionam a vítima ou testemunha se reconhecem como autor do fato o réu ali presente. Nessa linha, Lopes Jr. (2022, p. 596) pondera que:

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

Respeitando as devidas cautelas para realizar o reconhecimento, sobretudo o direito do suspeito ou acusado de não participar, a autoridade responsável pelo procedimento (juiz ou autoridade policial) deverá colocar ao lado do imputado outras pessoas que possuam características físicas semelhantes. Nessa perspectiva, devem-se analisar dois critérios, um com relação ao número de pessoas que devem ser colocadas ao lado do imputado e outro sobre a necessidade de possuir semelhança física.

Sobre a quantidade de pessoas, o Código de Processo Penal é omisso, mas o entendimento doutrinário é que esse número não seja inferior a 5 (cinco), contando com o suspeito. Na questão das semelhanças físicas, essa exigência visa a tornar esse procedimento o menos induzido possível, colocando ao lado do suspeito pessoas com semelhante porte fisico, estatura, cor de pele, cor de cabelo, etc. (LOPES JR., 2022).

Uma prática que apesar de não prevista no Código de Processo Penal, mas admitida pela doutrina e jurisprudência, que vem sendo utilizada como forma de identificação do suspeito, é o reconhecimento por fotografia, que deve respeitar as formalidades do reconhecimento pessoal (art. 226 do CPP).

Em síntese, o reconhecimento fotográfico é aquele feito pela vitima ou testemunha em sede de delegacia de polícia geralmente logo após os fatos, momento em que lhe é apresentado retrato de diversos indivíduos a fim de que possa identificar aquele que supostamente cometeu o crime, sendo comum nas delegacias a existência de álbuns fotográficos compostos por imagens de pessoas que possuem antecedentes criminais.

Contudo, apesar do firme entendimento do Tribunal Superior, sobre a observância dos requisitos impostos pela norma processual ao proceder com o reconhecimento fotográfico

na fase de investigação preliminar, ainda ocorre sua negligência, ocasionando reconhecimentos errôneos e consequentemente grandes injustiças.

Essa flexibilização adotada para o reconhecimento do suspeito, sem respeitar a formalidade descrita no artigo 226 do Código de Processo Penal, qual seja, num primeiro momento, descrever o suspeito e somente depois ser apresentada fotos de indivíduos com características semelhantes, acaba por comprometer a confiabilidade desse reconhecimento, pois, tendo em vista o cenário em que ele se realiza, bem como, a condição psicológica do reconhecedor, há uma forte influência dos diversos sentimentos que decorrem da situação vivenciada, muitas vezes traumática.

Sobretudo, segundo Lima (2020), o reconhecimento fotográfico pode ser utilizado, mas não de forma a querer validá-lo como prova em juízo, ou seja, pode se valer dele como um ato preparatório de um posterior reconhecimento pessoal que deverá ser feito presencialmente, seja em uma delegacia de policia ou em juízo. Infere-se, portanto, que o reconhecimento fotográfico deverá ser realizado na instrução penal como prova quando estiver acompanhado de outros elementos probatórios, como por exemplo, depoimentos de testemunhas, de forma subsidiária, pois é um mecanismo a ser mais suscetível à falibilidade.

Neste contexto, consoante ao Seminário Técnico sobre Reconhecimento Pessoal em Processos Criminais, promovido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), realizado no dia 25 de outubro de 2021, que contou com a participação de especialistas, foi mencionado um estudo realizado pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro, demonstrando que o racismo implantado nesse procedimento, causa prisões ilegais e condenação de inocentes, conforme o trecho a seguir, do texto de Montenegro (2021), da Agência CNJ de Noticias:

> Um estudo da Defensoria Pública do Rio de Janeiro (DPRJ) que analisou 32 casos de pessoas acusadas graças ao reconhecimento pessoal e depois inocentadas pela Justiça revelou que em 83% dos casos tratavam-se de pessoas negras. Os casos encaminhados por defensores públicos de 10 estados se referiam a processos ajuizados entre 2012 e 2020. Em 60% das ações, antes de serem inocentadas no tribunal, as pessoas indevidamente reconhecidas em vez dos verdadeiros autores dos crimes passaram oito meses presas, em média.

Isto posto, entende-se a essencial importância de se respeitar todas as formalidades impostas para o reconhecimento, bem como, a necessidade de corroborar, juntamente com esse reconhecimento, outras provas capazes de gerar a convicção do juiz.

CONCLUSÃO

Importante ressaltar que as provas necessitam estar em consonância com os limites legais e respeitando as garantias do acusado. As provas produzidas de forma ilegal, sem a devida observância, são inadmissíveis e não podem ser admitidas no processo penal. No intuito de demonstrar essa necessidade, em específico, utilizando-se da prova em espécie do reconhecimento de pessoas, é possível perceber que, como meio de prova no processo penal, ela pode ensejar, se não observada sua formalidade contida na norma processual, em falha na identificação do suspeito, gerando, via de consequência, um julgamento falho.

Foi ponderado, por meio da análise do Habeas Corpus 608.756/SP, o impacto que a inobservância da formalidade, no reconhecimento pessoal, igualmente, no reconhecimento fotográfico, pode causar no caso concreto. Restou claro, que a prova gerada em meio à irregularidade, pode levar à condenação de inocentes e que esse erro não comporta justificativas.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, G. H. **Processo Penal**. 6° ed. revista, atual e amplificada. São Paulo: Editora Thomson Reuters Brasil, 2018.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União. Brasilia, 05 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 set 2022.

BRASIL. **Código de Processo Penal**, Decreto-Lei n° 3.689, de 03 de outubro de 1941. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 07 set 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus**: RHC 206.846/SP 0218471-28.2020.3.00.0000. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJ: 22/02/2022. JusBrasil, 2022. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1512838241/inteiro-teor-1512838265. Acesso em: 08 de mar 2023.

CAPEZ, F. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022.

LIMA, R. B. **Manual de Processo Penal: Volume Único**. 8° ed. revista, atual e amplificada. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022.

MONTENEGRO, M. C. **Especialistas pautam discriminação racial no debate sobre reconhecimento de pessoas como prova.** 26 de out de 2021. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/especialistas-pautam-discriminacao-racial-no-debate-sobre-reconhecimento-de-pessoas-como-prova/. Acesso em: 02 maio 2023.