



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O RECONHECIMENTO POR FOTO EM DELEGACIA POLICIAL, AS FALSAS
MEMÓRIAS E O RISCO DE ERROS JUDICIAIS

Gustavo Garcez de Araujo Souza

Rio de Janeiro
2021

GUSTAVO GARCEZ DE ARAUJO SOUZA

O RECONHECIMENTO POR FOTO EM DELEGACIA POLICIAL, AS FALSAS
MEMÓRIAS E O RISCO DE ERROS JUDICIAIS

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Ubirajara da F. Neto

Rio de Janeiro

2021

O RECONHECIMENTO POR FOTO EM DELEGACIA POLICIAL, AS FALSAS MEMÓRIAS E O RISCO DE ERROS JUDICIAIS.

Gustavo Garcez de Araujo Souza

Graduado pela Universidade Cândido Mendes.
Advogado.

Resumo – o reconhecimento de pessoas no âmbito do Processo Penal é delimitado no Art. 226 do Código de Processo Penal, devendo ser realizado de forma solene e presencial, na qual o acusado é colocado entre pessoas que, dentro do possível, ostentem características físicas semelhantes entre si. Na prática, porém, tal procedimento vem sendo negligenciado, sobretudo por meio da modalidade de reconhecimento por fotografias, em sede de delegacia policial, fato que vem levando a inúmeros erros judiciais, provenientes de aspectos como as falsas memórias, explicados pela psicologia forense, e de cunho racial e social, como bem discorre Gunther Jakobs em sua teoria “Direito Penal do Inimigo”. Pretende-se demonstrar no presente artigo como se posicionam Doutrina e Jurisprudência acerca do tema, os malefícios da inobservância do procedimento do Art. 226 do Código de Processo Penal, bem como possíveis soluções que busquem minimizar a possibilidade de erros judiciais, que, como será demonstrado, ocorrem com indesejável frequência.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Reconhecimento de pessoas. Inobservância dos procedimentos previstos em lei. As falsas memórias. Criminalização como instrumento de perseguição. Erros judiciais.

Sumário – Introdução. 1. O reconhecimento de pessoas no Art. 336 do Código Penal e sua aplicação para admissão de reconhecimento por fotografia. 2. As falsas memórias como fator de risco no erro em reconhecimento de pessoas por elementos fotográficos. 3. Prisões ilícitas derivadas da inobservância da regra de reconhecimento do Art. 226 do CPP: análise de casos concretos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa discute a flexibilização do procedimento de reconhecimento de pessoas, insculpido no art. 226 do Código de Processo Penal, para admitir o reconhecimento por fotos, o que já causou inúmeras injustiças materializadas no indiciamento, acusação e até prisão de indivíduos inocentes.

Para tanto, é necessário debater até onde vai a possibilidade de mitigação dos procedimentos processuais penais na busca pela verdade real, fazendo um paralelo das práticas hoje adotadas em boa parte dos casos com o histórico de condenações lastreadas tão somente no reconhecimento por foto, com entendimentos doutrinários acerca do tema e da jurisprudência.

Existem casos de reconhecimento realizado por fotos obtidas em redes sociais. Como o investigador chegou às fotos? Será que se pode admitir, no Brasil, que se perpetue no sistema criminal vestígios de pensamentos lombrosianos?

Sob o viés do fenômeno das falsas memórias, a ciência já comprovou que o indivíduo, ali posto como vítima, pode introduzir em suas recordações fatos e desdobramentos dissociados da realidade, estando aí inseridos traços e características físicas dos possíveis autores do crime contra ele perpetrado.

No Brasil, existem diversos casos de indivíduos que, mesmo inocentes, foram apontados por fotografias e presos em razão disso, sendo alguns até condenados. Via de regra, e aqui necessário se faz abordar o aspecto social do problema, são os injustiçados jovens, negros, pobres e oriundos das periferias.

No presente trabalho, se busca discorrer sobre a gênese do problema, as contradições doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema e sugerir possíveis soluções.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho analisando o reconhecimento pessoal em si, na forma do art. 226 do Código de Processo Penal, e como se deu a construção, a partir dele, do reconhecimento por fotos. Busca-se analisar o instituto e tecer comentários técnicos acerca da interpretação extensiva que tem sido, por alguns, realizada na aplicação.

No segundo capítulo, pretende-se discorrer sobre o instituto das falsas memórias e a implicação dele no reconhecimento de acusados por meio fotográfico, em sede de delegacia policial.

O terceiro capítulo é voltado ao estudo de casos concretos nos quais o reconhecimento equivocado ensejou erros judiciais, objetos de matérias jornalísticas, inclusive, aproveitando o ensejo para questionar: quantos erros mais não foram cometidos sem que a verdade tenha sido até o momento revelada? A pesquisa é realizada por meio do método hipotético-dedutivo, considerando que o pesquisador se propõe a apontar fatos que servem para a construção de uma análise crítica.

Para tanto, a abordagem se dará de forma qualitativa, pretendendo o pesquisador se utilizar dos artigos acadêmicos, livros, jurisprudências e reportagens acerca do tema, mencionados na bibliografia da fase exploratória da pesquisa, para alicerçar fatos, dados e ponderações necessárias de sua defesa.

1. O RECONHECIMENTO DE PESSOAS NO ART. 226 DO CÓDIGO PENAL E SUA APLICAÇÃO PARA ADMISSÃO DE RECONHECIMENTO POR FOTOGRAFIA

O presente trabalho tem inicialmente como escopo o estudo do instituto do reconhecimento de pessoas no Processo Penal, à luz do art. 226¹, e a interpretação que, na prática, tem conferido interpretação extensiva para admitir o apontamento de acusados por elementos fotográficos, principalmente em sede de delegacia policial.

Como se pode perceber, o art. 226 do Código Penal² é taxativo em sua estrutura, que diz:

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;(...)

Ocorre que, na prática, tanto em sede de delegacia policial quanto em juízo, se tem observado uma tendência de aceitação da mitigação do texto da norma para admitir o reconhecimento por elementos fotográficos.

Passa-se a ter, portanto, a percepção de que o Direito, no Brasil, tem cada vez mais se afastado do “Direito Penal dos Fatos” e se aproximado do “Direito Penal da Pessoa”, teoria íntima da abominável tese de Gunther Jakobs³ denominada “Direito Penal do Inimigo”, segundo a qual o Direito serviria aos anseios da sociedade na busca por um inimigo comum, a figura do indivíduo delituoso.

Hoje, pode-se dizer que este inimigo comum se materializa, em sua maioria, na figura de jovens, pobres, negros ou pardos e de origem periférica. Não se sabe ao certo se por construção social ou por mero despreparo, essa figura é o objeto central de perseguição pelos órgãos policiais, e neste sentido importante se faz mencionar o caráter mundial do fenômeno, como ficou claro, por exemplo, no caso “George Floyd”⁴, jovem negro e inocente, assassinado em 25 de maio de 2020 pela Polícia de Mineápolis, Estados Unidos, em uma

¹BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <https://www.2.senado.leg.br/codigo_penal_1ed.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2021.

²Ibid.

³JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal del enemigo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 19.

⁴ESTADÃO. *Entenda o caso George Floyd*. Disponível em: <<https://internacional.estadao.com.br/geral.entenda-o-caso-george-floyd.70003323879>>. Acesso em: 11 mar. 2021.

abordagem que se tornou rotineira, no que tange às práticas agressivas em detrimento do “inimigo em comum”.

Não é qualquer exagero dizer que a atuação não só da polícia, mas do sistema penal como um todo no Brasil, também tem sido implacável com estes jovens. Hoje, conforme dados da comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados⁵, o país possui população carcerária de mais de 700 mil presos, sendo que destes, 61,7% são negros ou pardos e até 75% tem somente o ensino fundamental completo, no máximo, o que reforça o argumento de que o Brasil tem um sistema cujo rosto é negro, pobre e periférico.

Diante dos fatos, surge a preocupação que é cerne do presente estudo. Como já mencionado, em alguns casos o reconhecimento objeto do Art. 226 do Código de Processo Penal⁶ tem sido interpretado extensivamente para aceitar o reconhecimento por fotos.

Ora, não é necessário esforço muito grande para se imaginar que tipos de fotografias são essas, quais as imagens que são mostradas e de onde surgiram. Qual seria, para a autoridade policial, o indivíduo cujo rosto poderia figurar nos álbuns de possíveis suspeitos? Evidente que a resposta se encontra no catálogo de reincidentes ou investigados naquela delegacia de polícia, de que outro local viriam? Mais claro ainda que são aqueles indivíduos que perfazem 61,7% da população carcerária⁷, conforme já demonstrado. É o inimigo comum, estampado em fotografias diversas, pronto para ser apontado por um novo crime, que muitas vezes não cometeu.

Busca-se a verdade real no Processo Penal, mas como se pode falar de autoria possível, mediante indução? Como se alcançar esta verdade real por meio de uma autoria induzida? E não há qualquer irregularidade em dizer que a determinação da autoria é induzida quando se mostra à vítima, já fragilizada pela prática do crime contra si, fotos que seguem quase que um sistema lombrosiano de investigação.

Importante igualmente frisar que em muitos casos a doutrina decepciona com a tolerância a esta prática, como se pode aduzir do entendimento de Nicollit⁸, por exemplo, sobre o reconhecimento por fotografia, quando afirma em sua obra que “embora sua relevância pode ser menor, dentro do sistema do livre convencimento motivado nada impede sua realização e consideração para efeito de julgamento”.

⁵BRASIL. Câmara dos Deputados. *Sistema carcerário brasileiro: negros e pobres na prisão*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/sistema-carcerario-brasileiro-negros-e-pobres-na-prisao>>. Acesso em: 11 mar. 2021.

⁶BRASIL, op. cit., nota 1.

⁷ BRASIL, op. cit., nota 5.

⁸NICOLLIT, André Luiz. *Manual de Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 672.

No mesmo sentido, Pacelli⁹ apresenta entendimento levemente divergente, todavia ainda insuficiente, quando diz que

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.

Ainda na análise dos entendimentos doutrinários, se demonstra um alento a posição de Aury¹⁰, quando menciona que

exemplo típico de prova inadmissível é o reconhecimento do imputado por fotografia, utilizado, em muitos casos, quando o réu se recusa a participar do reconhecimento pessoal, exercendo seu direito de silêncio (*nemo tenetur se detegere*). O reconhecimento fotográfico somente pode ser utilizado como ato preparatório do reconhecimento pessoal, nos termos do art. 226, inciso I do CPP¹¹, nunca como um substitutivo àquele ou como uma prova inominada.

Como se pode perceber, a doutrina diverge quanto à aplicação do reconhecimento por foto como “prova inominada”. Os entendimentos vão desde a possibilidade de aplicação, com restrições, até a impossibilidade da aplicação solitária da prática, o que se mostra mais acertado.

Não há um consenso construído doutrinariamente no sentido de proteger eventual acusado do reconhecimento fotográfico, cabendo ressaltar que a jurisprudência é igualmente reticente, com leve predominância de que o instituto pode servir como lastro probatório, desde que acompanhado de outros elementos aptos a construir um nexo de autoria e materialidade nos autos, como se percebe no julgamento do *Habeas Corpus* nº 335.956, do STJ¹²:

1. O reconhecimento fotográfico, como meio de prova, é apto para identificar o réu e fixar a autoria delitiva somente quando corroborado por outras provas, colhidas sob o crivo do contraditório. 2. A identificação do acusado por meio de fotografia enviada ao e-mail da vítima foi realizado sem a observância das regras procedimentais do art. 226 do CPP e se constituiu na única prova judicializada que deu lastro à condenação em segundo grau de jurisdição. 3. Ainda que produzida sob o crivo do contraditório, não é possível emprestar credibilidade e força probatória à confirmação, em juízo, de reconhecimento formal eivado de irregularidades. Se extirpado tal elemento informativo, não seria possível nem sequer denunciar o paciente, pois não foi colhido nenhum outro indício de sua participação (...)

⁹PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 352.

¹⁰LOPES JR., Aury Paulo. *Direito Processual Penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 490.

¹¹BRASIL, op.cit., nota 1.

¹²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 335.956*. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/861512940/habeas-corpus-hc-335956-sp-2015-0231029-9>>. Acesso em: 18 fev. 2021.

Em que pese o entendimento ora esposado, insta salientar que existem precedentes diversos no próprio Superior Tribunal de Justiça, como é o caso do *Habeas Corpus* nº 46.998/SP¹³, que privilegia uma verdade real por meio do reconhecimento fotográfico, o que, é por si só contraditório, como se pode ver:

1. Almejada a apresentação de fotografias do irmão do acusado para se refutar a autoria delitiva, o indeferimento da produção probatória defensiva restou pautado no desvirtuamento com as formalidades previstas no artigo 226 do Código de Processo Penal, não obstante o reconhecimento informal realizado em sede inquisitória, a partir da foto do acusado obtida dos arquivos policiais (...) 3. Mostrando-se razoável o requerimento da defesa, possível é a submissão das fotografias às testemunhas, em prol da obtenção da verdade real e da formação do convencimento do julgador.

Finalmente, ao menos com relação à jurisprudência, parece que houve um marco na modificação do entendimento anterior, conferindo mais rigidez ao procedimento de reconhecimento e afastando, em parte, a possibilidade do reconhecimento por fotos e ainda tecendo recomendações para a correta aplicação do art. 226 do Código de Processo Penal¹⁴.

Os fatos ocorreram no âmbito da notável decisão do STJ, em Outubro de 2020, nos autos do *Habeas Corpus* nº 598.886/SC¹⁵, decisão que merece ter aqui algumas passagens mencionadas, dada a sua importância e inovação. Diz o Ministro Rogério Schietti, relator, que

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 judiciais de efeitos deletérios e muitas vezes irreversíveis.

Na mesma esteira, vai além o Ministro relator¹⁶:

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

¹³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 46.998*. Relator: Min. Maria Thereza de Assis. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/863839159/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-46998-sp-2014-0082068-5/inteiro-teor-863839355>>. Acesso em: 11 dez. 2020.

¹⁴BRASIL, op.cit., nota 1.

¹⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 598.886*. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/897212872/habeas-corpus-hc-598886-sc-2020-0179682-3>>. Acesso em: 15 fev. 2021.

¹⁶Ibid.

o juiz realize, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório.

Ainda no mesmo julgamento, parece que o Ministro¹⁷ resolveu romper com a ausência de uniformização das decisões dos Tribunais Superiores para prestigiar o devido processo legal, como se aduz do seguinte trecho do julgado:

De todo urgente, portanto, que se adote um novo rumo na compreensão dos Tribunais acerca das consequências 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 (...).

Permite-se induzir que o teor do julgamento do *Habeas Corpus* nº 598.886/SC¹⁸ vem tentar, de vez, sepultar da prática jurídica o reconhecimento de acusados por foto, no âmbito dos processos criminais, prestigiando a ciência na aplicação do Direito quando reconhece o fenômeno das falsas memórias, o que, todavia, por se tratar de decisão muito recente, ainda não teve o desdobramento necessário na prática.

Há de se reconhecer que Tribunais Estaduais continuam aceitando a prática para prisão e condenação de acusados, dando ensejo às injustiças que o STJ tenta coibir com o novo entendimento, como na decisão que consta nos autos da Apelação nº 0111468-74.2015.8.19.0054¹⁹, datada de 03 de Março de 2021, cujo relator, Des. Luiz Zveiter, se utiliza do seguinte trecho para embasar sua decisão:

Inicialmente, impende salientar que não há que se falar em nulidade do reconhecimento fotográfico, já que tal ato, mormente em fase extrajudicial, não encontra vedação legal, sendo plenamente admitido pela nossa jurisprudência pátria. Ademais, mister consignar que no que toca ao inciso II, do artigo 226, do Código de Processo Penal, nem sempre as peculiaridades fáticas favorecem o seu cumprimento, tanto que consta no referido dispositivo legal a expressão “se possível”, o que, todavia, não macula o decreto condenatório, porquanto baseado no robusto arcabouço de provas ora analisado.

Percebe-se, portanto, que o entendimento mais recente do STJ ainda não vem sendo adotado por alguns magistrados, o que remete ao fato de que na seara processual penal, no

¹⁷Ibid.

¹⁸Ibid.

¹⁹BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação nº 0111468-74.2015.8.19.0054*. Relator: Desembargador Luiz Zveiter. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/processos/168906240/processo-n0111468-7420158190054-do-tjrj>> . Acesso em: 7 mar. 2021.

âmbito da “práxis jurídica”, os acusados ainda convivem com a possibilidade de figurarem no polo passivo das demandas por mero reconhecimento fotográfico.

2. AS FALSAS MEMÓRIAS COMO FATOR DE RISCO NO ERRO EM RECONHECIMENTO DE PESSOAS POR ELEMENTOS FOTOGRÁFICOS

No presente capítulo, pretende-se ir além da impropriedade referente à interpretação extensiva do Art. 226 do Código Penal²⁰ e debruça-se, portanto, no fenômeno científico intitulado por profissionais da psicologia forense como “instituto das falsas memórias”, demonstra como pode a vítima do crime apontar equivocadamente um indivíduo, ainda que de forma inconsciente, sem dolo de prejudicar, porém criando uma situação jurídica que pode levar a graves injustiças.

Falsas memórias consistem em recordações de situações que, na verdade, nunca ocorreram ou aconteceram de forma diversa de como lembrado pela vítima/testemunha. A interpretação errada de um acontecimento também pode desencadear esse processo.

Embora não apresentem uma experiência direta, as falsas memórias representam a verdade como os indivíduos as lembram²¹. Podem surgir de duas formas: espontaneamente ou através de uma sugestão externa.

Trata-se, portanto, de um processo que se desenvolve na psique do indivíduo e que pode levar ao induzimento de que tenha ocorrido situação de fato que, na prática, jamais ocorreu.

Nas palavras de Aury²², “as falsas memórias se diferenciam da mentira, essencialmente, porque, nas primeiras, o agente crê honestamente no que está relatando, pois a sugestão é externa (ou interna, mas inconsciente), chegando a sofrer com isso.” Já a mentira é um ato consciente, em que a pessoa tem noção do seu espaço de criação e manipulação.

Ambos são perigosos para a credibilidade da prova testemunhal, mas as falsas memórias são mais graves pois a testemunha ou vítima desliza no imaginário sem consciência disso. Daí o porquê é mais difícil identificar uma falsa memória do que uma mentira, ainda que ambos sejam extremamente prejudiciais ao processo.

²⁰BRASIL, op. cit., nota 1.

²¹BARBOSA, C. *Estudo experimental sobre emoção e falsas memórias*. 2002. 190 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002, p. 26.

²²LOPES JR., op. cit., p. 477.

Neste sentido, preocupa-se com alicerces em fundamentos científicos, relativamente à fidedignidade do apontamento de suspeito por meio fotográfico, analisado sob o prisma das falsas memórias.

Giacomolli²³ bem esclarece outra faceta da problemática do reconhecimento por meio de fotografias, quando diz que

[...] a imagem cristalizada na foto representa uma expressão do sujeito que está sendo fotografado e não do que está em movimento, empunhando uma arma, falando, correndo; portanto, bem diversas do ambiente tensional do cometimento de um delito.

De fato, a imagem de um indivíduo recostado a uma parede, em procedimento de reconhecimento criminal, muitas vezes apresentando um sujeito pálido, cansado por uma série de atos como prisão, depoimentos, exame de corpo de delito e lavratura de auto de prisão em flagrante, como é o caso das fotografias que se apresentam em sede de delegacia policial, podem levar à uma distinção frontal da percepção que a vítima tem de seu agressor.

Neste último caso, a vítima se recorda de um indivíduo que possivelmente demonstra traços de inquietude, nervosismo, adrenalina, que se movimenta a todo tempo, gesticula, grita e ameaça, ou seja, pratica atos típicos de condutas delituosas e que em razão de sua dinâmica, podem fazer com que se altere parcialmente a imagem que a vítima guarda do criminoso.

Se pode imaginar, por exemplo, as prisões efetuadas pela operação Lava-Jato. Tinha-se enquanto sociedade a imagem de um político respeitado, sempre bem-vestido, trajando ternos sofisticados e com postura altiva e ostentando serenidade, sobriedade e seriedade, como no caso do ex-governador Sérgio Cabral Filho.

Logo que vazaram²⁴ na imprensa as imagens de sua identificação criminal, a sociedade se viu diante de uma figura cabisbaixa, acanhada, com uma camisa verde de gola esgarçada e olhar que demonstrava ao mesmo tempo vergonha e desespero. A pergunta a se fazer é: caso não se conhecesse bem a figura do político em questão, caso a sociedade tivesse visto apenas uma vez a figura do ex-governador solto, quantos seriam capazes de reconhecê-lo tão somente por meio da fotografia que retrata o momento de sua identificação criminal? A resposta é que muitos não seriam capazes de realizar o reconhecimento com plena certeza.

²³ GIACOMOLLI, N. J. *A fase preliminar do processo penal: crises, misérias e novas metodologias investigatórias*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 164.

²⁴ IMAGEM mostra Sérgio Cabral com uniforme da Seap após prisão no Rio. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/11/imagem-mostra-sergio-cabral-com-uniforme-da-seap-apos-prisao-no-rio.html>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

Neste momento, lamentavelmente faz-se importante mencionar Cesare Lombroso, que ficou conhecido por suas teorias sobre o “delinquente nato”²⁵, ou seja, a ideia de que as características, sobretudo físicas e fisiológicas, dos indivíduos, seriam aptas a demonstrar se a pessoa era predisposta ao crime ou não. Em síntese, defendia que o criminoso poderia ser “diagnosticado” em razão das condições anatômicas de seus corpos.

Aqui, em que pese a criminologia crítica hoje abominar tal perspectiva, imagina-se que Lombroso ficaria orgulhoso ao folhear um álbum de possíveis suspeitos em sede de qualquer delegacia policial. A semelhança é gritante, evidentemente que em razão de aspectos sociais que empurram indivíduos para a vida delituosa e não em observância à deletéria teoria lombrosiana.

Ainda no que diz respeito à ciência e ao fenômeno das falsas memórias, demonstra-se imperioso trazer à apreciação o estudo e as considerações daquela que talvez seja a maior autoridade no tema, a Professora Elizabeth Loftus²⁶, citada por Aury²⁷ em sua obra e cujos experimentos serão tratados nos parágrafos que se seguem.

Após experimentos psicológicos diversos, a pesquisadora e sua equipe conseguem comprovar que é possível implantar uma falsa memória de um evento que nunca ocorreu. E não se trata de apenas extrair da memória percepções no que tange à alteração de detalhes, mas criar na psique do indivíduo uma memória inteiramente falsa de um fato que jamais ocorreu.

Em suas pesquisas, Loftus²⁸ montou um grupo de 24 pessoas com idades variadas, mas todos entre 18 e 54 anos, para tentarem recordar de eventos da infância, relatados aos pesquisadores por pais, irmãos e parentes mais velhos. Partindo-se daí, foi confeccionada uma brochura pelos pesquisadores, construindo um falso evento sobre um possível passeio ao shopping, que nunca ocorreu, mas no qual o participante teria ficado perdido durante um período prolongado, incluindo choro, ajuda e consolo por uma mulher idosa e finalmente o reencontro com a família. Após lerem o material, foram os indivíduos submetidos a várias entrevistas para verificar o que recordavam.

Inacreditavelmente, dentre os entrevistados, 29% deles lembram-se tanto parcialmente quanto totalmente do falso evento construído para eles e, incrivelmente, após o

²⁵ LOMBROSO, Cesare. *O Homem Delinquente*. São Paulo: Ícone, 2010, p. 43.

²⁶ Professora de Psicologia e Direito na Universidade de Washington, é PhD em Psicologia, com dezenas de trabalhos publicados sobre o tema.

²⁷ LOPES JR., op. cit., p. 479.

²⁸ Ibid, p. 477-481.

transcorrer de mais duas entrevistas em períodos distintos, 25% continuaram afirmando que se recordavam do evento fictício.

Aqui tem-se que, para além da crítica jurídica à interpretação extensiva do Art. 226 do Código Penal²⁹, necessário se faz demonstrar como é frágil o reconhecimento por intermédio de fotografias na seara Processual Penal. Tal fato é corroborado pelos ensinamentos de Tourinho Filho³⁰, que diz que “O reconhecimento é, de todas as provas, a mais falha, a mais precária. A ação do tempo, o disfarce, as más condições de observação, os erros por semelhança, a vontade de reconhecer, tudo, absolutamente tudo, torna o reconhecimento uma prova altamente precária.”.

Ultrapassadas as críticas necessárias ao modelo de reconhecimento por meio de fotografias e sua aplicação, é importante passar a ilustrar a tormenta que recai sobre os procedimentos criminais, tanto em sede de delegacia policial quanto em sede de Juízo, agora por meio da análise de casos concretos, versando sobre notórios erros judiciais frutos de reconhecimentos equivocados, como se passa a demonstrar.

3. PRISÕES ILÍCITAS DERIVADAS DA INOBSERVÂNCIA DA REGRA DE RECONHECIMENTO DO ART 226 DO CPP: ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS

Aqui se pretende demonstrar, mediante a análise de casos concretos, que a objeção ao reconhecimento de indivíduos por fotografia em sede de delegacia policial, bem como a correlação com o fenômeno das falsas memórias e a guerra contra o “inimigo comum”, se dá em razão de aspectos muito além das meras discussões doutrinárias.

Por meio de casos concretos e notórios, busca-se comprovar, na prática, a ocorrência dos erros judiciais, bem como apontar possíveis correções procedimentais e legislativas a fim de garantir, ao menos na seara aqui abordada, a correção das injustiças perpetradas pelo sistema criminal.

Inicialmente, começa-se abordando o caso do mototaxista Marcos Antônio dos Santos Veiga³¹, homem negro, pobre e morador da periferia, que foi preso injustamente ao se encaminhar à delegacia policial para registrar uma ocorrência.

²⁹BRASIL, op.cit., nota 1.

³⁰TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 625.

³¹SANTOS, Eliane. *Preso que foi reconhecido por foto em roubo em que ladrões estavam mascarados é solto no RJ*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/03/20/preso-que-foi-reconhecido-por-foto-em-roubo-em-que-ladros-estavam-mascarados-e-solto-no-rj.ghtml>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

Lá chegando, descobriu que havia contra si um mandado de prisão por roubo, razão pela qual foi imediatamente preso e recolhido ao cárcere, onde permaneceu por cerca de 210 (duzentos e dez) dias, tendo sido solto no dia 17 de março de 2021.

Ocorre que da análise do fato se podem perceber alguns elementos procedimentais que, realizados com maior diligência, poderiam ter evitado o transtorno irreparável para a vítima. Aduz-se do registro de ocorrência, por exemplo, que o roubo foi perpetrado por dois indivíduos em uma moto, estando o motorista trajando boné e máscara e o carona capacete e máscara. Ainda assim, a autoridade policial decidiu proceder ao reconhecimento por meio de fotos, tendo sido então, o Sr. Marcos Antônio apontado no álbum como um dos roubadores.

Ora, se já é difícil o reconhecimento do indivíduo que praticou o crime sem qualquer proteção à sua figura, o que dizer do reconhecimento por álbum fotográfico de um indivíduo que ostentava capacete e máscara? Além do mais, como aquela fotografia chegou à seleção de possíveis autores do crime?

O próprio reconhecido, em reportagem do Portal G1³² responde: “Minha foto estava lá porque eu tenho passagem na polícia. Fui pego por tráfico quando tinha 25 anos. Mas cumpri minha pena e saí pela porta da frente da cadeia. Desde então, só faço trabalhar e cuidar dos meus filhos”, afirma Marcos, hoje com 36 anos e pai de Antônia, 3 anos, e Gael, 4.

Indagado na reportagem, a vítima desabafou: “Não tem revolta. Tem o sentimento de injustiça, mas quero seguir em frente. Quero arrumar um emprego, continuar cuidando dos meus filhos e viver a vida. Fui no meu antigo emprego, e disseram para eu ir lá conversar na próxima semana. Torcendo para ter algo para mim. Só não quero mais trabalhar como mototaxista, que é muito visado. Sempre acham que você é bandido”, diz.

Em juízo, na 4ª Vara Criminal de Niterói, mais precisamente nos autos do processo nº 0019975-02.2020.8.19.0002³³, a vítima do roubo não reconheceu o Sr. Marcos, razão pela qual o juiz João Guilherme Chaves Rosas Filho proferiu, na audiência do dia 15 de Março de 2021, a sentença absolutória, no seguintes termos:

[...] Assim, analisando o acervo dos autos verifico que a prova produzida sob o crivo do contraditório não traz a certeza necessária para lastrear um edito condenatório, restando dúvida fundada acerca da autoria do roubo em tela. Diante disso, deve ser adotada a solução mais benéfica ao acusado com a aplicação do princípio IN DUBIO PRO REO. Ante o exposto JULGO IMPROCEDENTE A PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL PARA ABSOLVER MARCOS ANTONIO DOS SANTOS

³²Ibid.

³³BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº 0019975-02.2020.8.19.0002*. Relator: Juiz João Guilherme Chaves Rosas Filho. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaMov.do?v=2&numProcesso=2020.002.019415-3&acessoIP=internet&tipoUsuario=>>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

VEIGA da imputação que lhe foi feita, com base no art. 386, VII, CPP. Sem custas. [...].

Os fatos corroboram com o que foi dito nos tópicos anteriores. O reconhecimento por meio de foto na delegacia policial é basicamente realizado por meio de um álbum onde constam indivíduos que em determinado momento da vida tiveram passagens criminais e serve à investigação como forma de induzir o indivíduo ali fragilizado a apontar um culpado, ainda que não exista certeza, tanto é que em juízo o reconhecimento não se repetiu.

Outro caso que merece atenção é o do músico Vando dos Santos Bernardo³⁴, que permaneceu preso por quase 03 (três) anos acusado de cometer um latrocínio, no bairro da Barra da Tijuca, no ano de 2018. Ele foi inicialmente reconhecido por fotografia em sede de delegacia policial, ainda que, comprovadamente, no momento do crime estivesse trabalhando, tocando em um bar no município de Nova Iguaçu, conforme reportagem do Portal G1³⁵.

Pode-se aduzir dos autos do processo nº 0175277-32.2017.8.19.000³⁶ que, após quase 03 (três) anos, estando o então réu preso, o magistrado reconheceu o equívoco ocorrido quando do reconhecimento do Sr. Vando, conforme se percebe em apertada síntese da sentença:

(...) Ora, embora ter afastado a arguição de nulidade do reconhecimento por fotografia em sede policial, assim como do reconhecimento pessoal realizado pela testemunha Rayssa em Juízo, aos 12/11/2018 e, ainda, tenha reconhecido a legalidade do segundo reconhecimento pessoal realizado por Rayssa em Juízo, aos 17/06/2019, não posso ignorar que a forma como foi o realizado o reconhecimento em sede policial, assim como foi realizado o primeiro reconhecimento pessoal em Juízo, fragilizam sobremaneira o valor dessas provas para o juízo de reprovação.(..)

Aponta ainda o magistrado³⁷ contradições no depoimento da testemunha, como se segue:

(...) A primeira contradição é observada no depoimento prestado por Rayssa perante a Autoridade Policial da 41ª DP (fl. 106), no dia seguinte aos fatos, oportunidade em que descreveu o agente como sendo um homem negro, com idade entre 24 e 35 anos, cabelo crespo com corte rente e com um cavanhaque ralo, sendo certo que essa última característica não foi repetida pela testemunha quando prestou declarações cerca de duas semanas depois, perante a Autoridade Policial da Divisão de

³⁴ G1. *Homem é solto no Rio depois de ficar quase três anos preso por engano*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/03/13/homem-e-solto-no-rio-depois-de-ficar-quase-tres-anos-preso-por-engano.ghtml>>. Acesso em: 26 mar. 2021.

³⁵Ibid.

³⁶BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº 0175277-32.2017.8.19.0001*. Relator: Juiz João Guilherme Chaves Rosa Filho. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaMov.do?v=2&numProcesso=2017.001.143567-2&acessoIP=internet&tipoUsuario=#>>. Acesso em: 21 mar. 2021.

³⁷Ibid.

Homicídios (fl. 28), tampouco há qualquer fotografia nos autos ou notícia de qualquer natureza de que o réu usou cavanhaque em alguma oportunidade (...)

Tendo, neste sentido, apontado outras duas contradições latentes, não por outra razão foi o então réu absolvido com fundamento no Art. 386, inciso II e VII, do Código de Processo Penal³⁸, fato que não apagou os anos de injusto recolhimento ao cárcere, a mácula à honra e a estigmatização característica do sistema criminal brasileiro.

Mais uma vítima, o mesmo *modus operandis*, tendo, desta vez, a chefia da Polícia Civil se manifestado para a reportagem³⁹, afirmando que:

orienta, desde outubro do ano passado, que os delegados não usem apenas o reconhecimento fotográfico como única prova em inquéritos policiais para pedir a prisão de suspeitos. A nota diz ainda que o reconhecimento por foto, que é aceito pela Justiça, é um instrumento importante para o início de uma investigação, mas deve ser ratificado por outras provas técnicas.

Note-se que a soltura do Sr. Vando se deu apenas na data de 13 de Março de 2021⁴⁰. Logo, pode-se perceber que ambos os casos apresentados se referem a acontecimentos recentes, demonstrando que, em que pese a tímida evolução jurisprudencial nos Tribunais Superiores, na prática o famigerado reconhecimento por meio de fotografias em sede de delegacia policial continua a ser uma realidade.

Percebe-se, por meio da análise de dois dos mais recentes casos concretos, que as prisões injustas em razão da inobservância dos procedimentos previstos no art. 226 do Código⁴¹ continuam se impondo, via de regra, aos indivíduos socialmente hipossuficientes, corroborando a tese de perseguição ao inimigo comum que é esposada no capítulo anterior.

Parece ser, portanto, uma prática cujos destinatários encontram-se bem definidos em um triste conluio, seja omissivo ou comissivo, entre os órgãos policiais e a própria justiça, que, por ironia, acabam por determinar um outro retrato: o do sistema prisional. Como já visto, o que se traz é, não só em razão do procedimento exposto, mas igualmente em função dele, uma imagem negra, pobre e periférica que se presta a definir a população carcerária do Brasil.

³⁸BRASIL, op. cit., nota 1.

³⁹G1, op.cit., nota 30.

⁴⁰Ibid.

⁴¹BRASIL, op.cit., nota 1.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa procurou demonstrar os males causados pela inobservância dos procedimentos de reconhecimento de pessoas no Processo Penal, previsto no Art. 226 da codificação. Por muitas vezes, o reconhecimento tem sido realizado por meio de um álbum de fotografias de “potenciais suspeitos do crime”, o que tem causado diversas anomalias jurídicas, ensejando a prisão e até condenação de acusados inocentes.

De um lado, encontram-se autoridades policiais e até promotores de justiça que, no afã da busca pela verdade real, têm mitigado a aplicação dos procedimentos previstos em lei para o reconhecimento de pessoas.

Por outro lado, se percebe a violação ao devido processo legal e ao princípio da presunção de inocência, que vêm sendo mitigados, por vezes, inclusive, com o aval da Doutrina e da Jurisprudência.

Quando a Academia e os Tribunais Superiores fazem vista grossa para procedimentos pré-processuais, praticamente ocorre a outorga de uma “carta em branco” aos responsáveis pela investigação e identificação dos culpados, o que remete ao brocardo de que os fins justificam os meios.

Da mesma forma, quando autoridades policiais confeccionam livros com fotografias de indivíduos que já tiveram algum tipo de passagem criminal □ na maioria jovens, negros, pobres e de origem periférica é como se dissessem que aqueles indivíduos, não importando as circunstâncias de tempo ou sociais, trarão consigo sempre a pecha de “possíveis culpados”.

Ora, chega-se à conclusão de que se o sistema carcerário tem um rosto, este rosto é aquele que começa a se construir na investigação criminal, sem qualquer respaldo na lei.

Para muito além da crítica de mero descumprimento da lei, a pesquisa busca comprovar que a própria prática do reconhecimento por meio de fotos é falha, existindo inclusive tese da psicologia forense, mencionada por alguns importantes autores, que define o fenômeno das falsas memórias. Tal fenômeno demonstra que, por várias razões, pode a vítima do crime ser compelida a descrever fatos realizados no seu íntimo, mas que nunca ocorreram.

Muitos são os casos de prisões e condenações equivocadas de indivíduos inocentes em razão do reconhecimento por fotografia. A pesquisa buscou explorar dois dos mais recentes, para alicerçar a crítica, individualizando os personagens vítimas da injustiça. Pessoas que tiveram um passado criminoso mas que reconstruíram suas vidas, sendo anos após acusados de crimes que não cometeram e permanecendo por longos períodos presos injustamente.

A visualização do problema no caso concreto, com o relato dos injustamente acusados, é importante para sustentar o argumento de que não se trata de mero descumprimento de procedimento processual. Trata-se de uma prática que tem ceifado a liberdade de indivíduos inocentes, trazendo danos irreparáveis a eles e suas famílias.

Entende-se que não há margem para erro no Processo Penal, já que se lida com um dos maiores bens do indivíduo, que é a liberdade, argumento que se demonstra, talvez, como o principal pilar da crítica contida na pesquisa.

Pretende-se aqui sustentar que os erros continuarão ocorrendo enquanto não houver dispositivo concreto na lei que proíba o reconhecimento por foto. Enquanto doutrina e jurisprudência patinam no assunto, seria o momento certo para o legislador inserir o Art. 226-A do Código de Processo Penal, vedando expressamente que o reconhecimento de pessoas seja feito com inobservância dos procedimentos inseridos no dispositivo.

Acredita-se que só assim a famigerada prática do reconhecimento por fotos será extirpada do ordenamento jurídico brasileiro, afastando as injustiças e ao menos parte dos erros ocasionados por decisões judiciais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Sistema carcerário brasileiro: negros e pobres na prisão*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/sistema-carcerario-brasileiro-negros-e-pobres-na-prisao>>. Acesso em: 11 mar. 2021.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/529748/codigo_penal_1ed.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 335.956*. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/861512940/habeas-corpus-hc-335956-sp-2015-0231029-9>>. Acesso em: 18 fev. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 46.998*. Relator: Min. Maria Thereza de Assis. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/863839159/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-46998-sp-2014-0082068-5/inteiro-teor-863839355>>. Acesso em: 11 dez. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 598.886*. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/897212872/habeas-corpus-hc-598886-sc-2020-0179682-3>>. Acesso em: 15 fev. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação nº 0111468-74.2015.8.19.0054*. Relator: Luiz Zveiter. Disponível em: <

<https://www.jusbrasil.com.br/processos/168906240/processo-n0111468-7420158190054-do-tjrj>> . Acesso em: 7 mar. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº 0019975-02.2020.8.19.0002*. Relator: Juiz João Guilherme Chaves Rosas Filho. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaMov.do?v=2&numProcesso=2020.002.019415-3&acessoIP=internet&tipoUsuario=>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº 0175277-32.2017.8.19.0001*. Relator: Juiz João Guilherme Chaves Rosa Filho. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaMov.do?v=2&numProcesso=2017.001.143567-2&acessoIP=internet&tipoUsuario=#>>. Acesso em: 21 mar. 2021.

BARBOSA, C. *Estudo experimental sobre emoção e falsas memórias*. 2002. 190 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002.

ESTADÃO. *Entenda o caso George Floyd*. Disponível em: <<https://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,entenda-o-caso-george-floyd,70003323879>>. Acesso em: 11 mar. 2021.

G1. *Homem é solto no Rio depois de ficar quase três anos preso por engano*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/03/13/homem-e-solto-no-rio-depois-de-ficar-quase-tres-anos-presos-por-engano.ghtml>>. Acesso em: 26 mar. 2021.

GIACOMOLLI, N. J. *A fase preliminar do processo penal: crises, misérias e novas metodologias investigatórias*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

IMAGEM mostra Sérgio Cabral com uniforme da Seap após prisão no Rio. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/11/imagem-mostra-sergio-cabral-com-uniforme-da-seap-apos-prisao-no-rio.html>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal del enemigo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 19.

LOMBROSO, Cesare. *O Homem Delinquente*. São Paulo: Ícone, 2010.

LOPES JR., Aury Paulo. *Direito Processual Penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

NICOLITT, André Luiz. *Manual de Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

SANTOS, Eliane. *Preso que foi reconhecido por foto em roubo em que ladrões estavam mascarados é solto no RJ*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/03/20/preso-que-foi-reconhecido-por-foto-em-roubo-em-que-ladros-estavam-mascarados-e-solto-no-rj.ghtml>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.