



A NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DAS FORMALIDADES PREVISTAS NO ARTIGO 226 DO CPP APÓS O JULGAMENTO DO HC Nº 598.886/SC NO STJ

Arthur de Assis Costa

Graduado pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Advogado.

Resumo- o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC nº 598.886-SC, determinou que o reconhecimento de pessoas, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observadas às formalidades previstas no artigo 226 do Código de Processo Penal e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. O presente trabalho relata os motivos que ensejaram a mudança jurisprudencial ocorrida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, as graves consequências de uma condenação injusta na vida de um cidadão e a potencialização do racismo estrutural nos erros ocorridos. Apresenta as mazelas da execução penal e do sistema carcerário, demonstrando a temeridade que é a exposição de um inocente a locais desumanos. Em consonância com o que foi decidido e determinado no julgado analisado, expõe que os atores responsáveis pela persecução penal devem estar empenhados na concretização de um processo penal comprometido com os direitos e os valores positivados na Constituição da República.

Palavras-chave- Direito Processual Penal. Artigo 226 do Código de Processo Penal. Reconhecimento fotográfico. Mudança jurisprudencial. HC nº 598.886-SC do Superior Tribunal de Justiça.

Sumário- Introdução. 1. Reconhecimento de pessoas e a realidade dos inocentes condenados no Brasil. 2. Mazelas do sistema carcerário e as consequências de uma condenação injusta. 3. Nova interpretação do artigo 226 do Código de Processo Penal após o julgamento do HC nº 598.886/SC no Superior Tribunal de Justiça. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico aborda a nova interpretação do artigo 226 do Código de Processo Penal, segundo a qual a inobservância do procedimento descrito no mencionado dispositivo legal torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo.

Para tanto, será abordado o julgamento do HC nº 598.886/SC, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, posições doutrinárias e jurisprudenciais, além de pesquisas a respeito do tema, de modo a demonstrar que a inobservância da atual recomendação ensejará a continuidade das inúmeras condenações de inocentes, que evidenciam o racismo estrutural enraizado na sociedade.



O tema é controvertido, tendo em vista que a jurisprudência dos Tribunais Superiores não era uníssona e por diversas vezes admitiu, no caso de reconhecimento por fotografia, o descumprimento das disposições dos requisitos formais presentes no artigo 226 do CPP, sob o argumento de serem meras recomendações, e não uma exigência absoluta.

No primeiro capítulo serão abordados os motivos que ensejaram a mudança jurisprudencial no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a precariedade do reconhecimento pessoal e a consequente constatação de inúmeros inocentes condenados.

Serão abordados os aspectos da falibilidade da memória humana, o fenômeno das falsas memórias e a consequente constatação da seletividade do sistema penal, tendo que a maioria das pessoas condenadas injustamente são pessoas negras, periféricas, pobres e de baixa escolaridade.

Para melhor compreensão da temeridade que é condenar um inocente, no segundo capítulo serão analisadas as mazelas da execução penal e do sistema carcerário, por meio de caso concreto será demonstrado o quão cruel e impiedoso é submeter um inocente a locais desumanos e cruéis.

O terceiro capítulo irá demonstrar a necessidade de se uniformizar o entendimento adotado a partir do julgamento do HC nº 598.886/SC, que conferiu nova e adequada interpretação do artigo 226 do Código de Processo Penal.

Nesse viés, o Ministro relator sinalizou a magistratura nacional, Órgãos de segurança nacional e demais atores envolvidos na persecução penal para que reproduzam em julgados penais soluções similares à que serviu de motivo para a mudança jurisprudencial.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.



1. A FALIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DE PESSOAS E A REALIDADE DOS INOCENTES CONDENADOS NO BRASIL

O reconhecimento de pessoas e coisas está positivado no artigo 226 do Código de Processo Penal¹, segundo Lopes Junior²: “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”.

Conforme descrito por Lopes Junior³, “o ponto de estrangulamento é o nível de (in) observância por parte dos juízes e delegados da forma prevista no Código de Processo Penal”.

A jurisprudência dos Tribunais, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, admitia, no caso de reconhecimento por fotografia, descumprimento as disposições dos requisitos formais presentes no artigo 226 do CPP, sob o argumento de serem meras recomendações, e não uma exigência absoluta, nesse sentido⁴:

[...]

2. É pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que é legítimo o reconhecimento pessoal ainda quando realizado de modo diverso do previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, servindo o paradigma legal como mera recomendação.

3. É firme o entendimento jurisprudencial no sentido de que o Magistrado é livre para formar sua convicção com fundamentos próprios a partir das evidências apresentadas no curso da instrução processual, não estando obrigado a ficar adstrito aos argumentos trazidos pela defesa ou pela acusação, nem tendo que responder, de forma pormenorizada, a cada uma das alegações das partes, bastando que exponha as razões do seu convencimento, ainda que de maneira sucinta.

4. Neste caso, o Tribunal apresentou motivação suficiente para rejeitar os argumentos que davam base à tese absolutória, solucionando a quaestio iuris de modo claro e coerente, não se vislumbrando deficiência de fundamentação apta a ensejar a nulidade do feito.

5. Habeas corpus não conhecido.

Ocorre que a falta de observância prevista no artigo 226 do CPP, anteriormente aceita pelo judiciário, ensejou constantes prisões e condenações que, oficialmente, ocorriam por engano.

¹ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 02 mai. 2021.

² LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal* 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 487.

³ *Ibid*, p. 488.

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 474.665-PR*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=95962129&num_registro=201802736719&data=20190603&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 01 jul. 2021.

Lopes Junior⁵ menciona os diversos fatores que modulam a qualidade da identificação de um suspeito, tais como:

[...] o tempo de exposição da vítima ao crime e de contato com o agressor; a gravidade do fato (a questão da memória está intimamente relacionada com a emoção experimentada); o intervalo de tempo entre o contato e a realização do reconhecimento; as condições ambientais (visibilidade, aspectos geográficos etc.); as características físicas do agressor (mais ou menos marcantes); as condições psíquicas da vítima (memória, estresse, nervosismo etc.); a natureza do delito (com ou sem violência física; grau de violência psicológica etc.), enfim, todo um feixe de fatores que não podem ser desconsiderados.

Pesquisa realizada em julgados do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no período compreendido entre os meses julho de 2015 a julho de 2020, demonstra que o Estado do Rio de Janeiro foi condenado a indenizar 78 pessoas presas injustamente, sendo condenado pela Justiça a pagar R\$ 2,3 milhões de reais⁶.

Relatório apresentado, em setembro de 2020, pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro⁷ apontou que 53 pessoas foram acusadas com base em reconhecimento fotográfico falho ao longo dos últimos seis anos. Em todos os casos o procedimento foi realizado na fase inquisitiva.

Em sede de tutela de urgência⁸, o Juízo da 6ª Vara da Fazenda Pública da comarca da capital/RJ determinou “que as delegacias do município do Rio de Janeiro procedam à retirada das fotos do autor dos seus álbuns de suspeitos” após um cidadão ser acusado 4 (quatro) vezes por crimes que diz não ter cometido⁹.

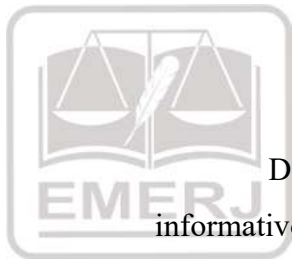
⁵ LOPES JUNIOR, op. cit., p. 493.

⁶ SOARES, Rafael. Em cinco anos, Estado do Rio foi condenado a indenizar 78 pessoas presas injustamente. *Jornal Extra*, Rio de Janeiro, 30, set. de 2020. Disponível em: <<https://extra.globo.com/casos-de-policia/em-cinco-anos-estado-do-rio-foi-condenado-indenizar-78pessoas-presas-injustamente-24636722.html>>. Acesso em: 31 mai. 2021.

⁷ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Relatório de análise de casos sobre o reconhecimento fotográfico em sede policial*. Disponível em: <<https://defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/33e974efa1004184954cc1b08ac2f253.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2021.

⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº 0030977-35.2021.8.19.0001*. Juíza: Regina Lucia Chuquer de Almeida Costa de Castro Lima. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaMov.do?v=2&numProcesso=2021.001.026027-1&acessoIP=internet&tipoUsuario=>>>. Acesso em: 01 jun. 2021.

⁹ HERINGER, Carolina. *Acusado 4 vezes de crimes que diz não ter cometido, ex-militar consegue na Justiça a retirada de sua foto dos álbuns suspeitos*. *Jornal Extra*, Rio de Janeiro, 15, mar. de 2021. Disponível em: <<https://extra.globo.com/casos-de-policia/acusado-4-vezes-de-crimes-que-diz-nao-ter-cometido-ex-militar-consegue-na-justica-retirada-de-sua-foto-dos-albuns-de-suspeitos-rv124925023.html>>. Acesso em: 31 mai. 2021.



Diante de tantos equívocos, houve mudança jurisprudencial no STJ, informativo nº 684¹⁰, passando a estabelecer que o descumprimento das formalidades previstas no artigo 226 do CPP enseja a nulidade do reconhecimento, não podendo servir sequer como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo¹¹.

No julgado que determinou a mudança jurisprudencial o Ministro relator, Rogério Schietti Cruz¹², no item 5 do voto, detalhou os reflexos do fenômeno das falsas memórias na prova do reconhecimento pessoal; ressaltando o cuidado que se deve ter ao valor da prova do reconhecimento, diante da elevada inclinação a falhas e distorções.

Entre os estudos apresentados cabe destacar Reyna e Lloyd¹³ que detalham a possibilidade de fragmentação da memória, ao longo do tempo, impossibilitando o acesso das informações de determinado evento ocorrido.

Fato é que há diversos estudos, notadamente no campo da Psicologia moderna, que demonstram as falhas e os equívocos que podem advir da memória humana e da capacidade de armazenamento de informações. Os estudos indicam que a memória pode, ao longo do tempo, se fragmentar e, por fim, se tornar inacessível quando comparada à essência do evento. Ao mesmo tempo, as falsas memórias podem ser mais resistentes do que as verdadeiras, com relatos mais vívidos em testes de recordação.

Além disso, o julgado¹⁴ realçou a seletividade do sistema penal diante do perfil das pessoas que são acusadas injustamente: pessoas negras, periféricas, pobres e de baixa escolaridade, sugerindo expressamente o racismo estrutural.

Segundo Lopes Junior¹⁵, a maior autoridade sobre o tema das falsas memórias é a professora de Psicologia Elizabeth Loftus¹⁶ que revolucionou os estudos sobre o tema, comprovando a possibilidade de se instituírem falsas memórias.

Provavelmente a maior autoridade nessa questão das falsas memórias, na atualidade, seja Elizabeth Loftus, cujo método revolucionou os estudos nessa área ao demonstrar a possibilidade de implantação das falsas memórias (procedimento de sugestão de falsa informação). Uma informação enganosa

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 598.886-SC*. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=116061726&num_registro=202001796823&data=20201218&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 02 jun. 2021.

¹¹ Anteriormente era pacífico que as disposições contidas no artigo 226 do CPP configuravam uma recomendação legal, e não uma exigência absoluta. Assim, era válido o ato mesmo que realizado de forma diversa da prevista em lei.

¹² BRASIL, op. cit., nota 12.

¹³ REYNA; LLOYD apud BRASIL, op. cit., nota 12.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ LOPES JUNIOR, op. cit., p. 478.

¹⁶ Professora de Psicologia e Direito na Universidade de Washington, é Ph.D em Psicologia, com dezenas de trabalhos publicados sobre o tema.

tem o potencial de criar uma memória falsa, afetando nossa recordação, e isso pode ocorrer até mesmo quando somos interrogados sugestivamente ou quando lemos e assistimos a diversas notícias sobre um fato ou evento de que tenhamos participado ou experimentado.

Os erros do Judiciário, condenando inúmeros inocentes, tornaram-se tão calamitosos que no ano de 2016 foi criada a associação sem fins lucrativos *Innocence Project Brasil*, organização voltada especificamente para enfrentar a grave questão das condenações de inocentes no país¹⁷.

Superada explanação de que não seria nenhum fato excepcional um cidadão ser condenado por algum delito que não cometeu, passa-se a análise objetiva da sistemática penal na vida de um indivíduo que supostamente tenha transgredido a norma penal e percorre árduo caminho até a Reabilitação prevista no Código Penal.

2. MAZELAS DO SISTEMA CARCERÁRIO E AS CONSEQUÊNCIAS DE UMA CONDENAÇÃO INJUSTA

As transgressões à legislação de execução penal se iniciam nas cadeias públicas, que deveriam ser destinadas especificamente ao recolhimento de presos provisórios, na forma do artigo 102 da Lei de Execuções Penais¹⁸.

Além disso, o artigo 300 do Código de Processo Penal¹⁹ preconiza que as pessoas presas provisoriamente deveriam ficar separadas das que já estiverem definitivamente condenadas, nos termos da lei de execução penal.

A Lei de Execução Penal, no artigo 84, determina que acusados pela prática de crimes hediondos ou equiparados, sejam separados dos acusados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa e ambos segregados dos acusados pela prática de outros crimes ou contravenções diversos dos apontados nas demais hipóteses.

No artigo 85²⁰, acrescenta que o estabelecimento penal deve ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade, o preso provisório deve ficar separado do

¹⁷ INNOCENCE PROJECT BRASIL. *Apresentação*. São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://https://www.innocencebrasil.org/innocence-brasil>>. Acesso em: 02 jun. 2021.

¹⁸ BRASIL. *Lei n° 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 27 mai. 2021.

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 2.



condenado por sentença transitada em julgado, além de estabelecer critérios na separação.

Todavia, conforme informativo 543 do STJ²¹, o que se constata são “[...] inúmeras irregularidades nas cadeias públicas de todo o Brasil, tais como superlotação, celas sem condições mínimas de salubridade e desrespeito à integridade física e moral dos detentos.”²²

Situações que revelam clara violação aos princípios da dignidade da pessoa humana, do mínimo existencial e à garantia constitucional da integridade física e moral do preso, na forma do artigo 5º, inciso XLIX, da CRFB/88²³.

Diante do constante e persistente descaso do Poder Executivo, no sistema prisional, o STF, em sede de repercussão geral, RE nº 592.581/RS²⁴, fixou tese em que é possível o controle jurisdicional de políticas públicas:

É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.

O Ministro relator, Ricardo Lewandowski, em seu voto, pormenorizou o assombroso “panorama atual das prisões brasileiras”, títulos impactantes como “descida ao inferno de Dante²⁵” e “excursionando pelo Hades²⁶” impressionam e descrevem um cenário execrável.

²¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.389.952- MT*, Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seq_uencial=35575402&num_registro=201301926710&data=20161107&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 03 jun. 2021.

²² Neste julgado o STJ considerou que “a alegação de ausência de previsão orçamentária não impede que seja julgada procedente ação civil pública que, entre outras medidas, objetive obrigar o Estado a adotar providências administrativas e respectiva previsão orçamentária para reformar a referida cadeia pública ou construir nova unidade, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal”.

²³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 03 mai. 2021.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 592.581/RS*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>> Acesso em: 03 jun. 2021.

²⁵ O Inferno descrito por Dante está em forma de um funil, que segue em direção ao centro da terra, onde Lúcifer está à espera. Em cada círculo são punidos pecados distintos, de acordo com seu grau de “gravidade” Os pecados menos graves são punidos nos primeiros círculos e os mais graves nos últimos.

²⁶ O Reino de Hades, ou mundo inferior na mitologia grega, é a terra dos mortos, o local para onde a alma das pessoas se dirigiria após a morte. Nesse local as almas passariam por um julgamento, onde seu destino seria decidido.

Desapegado do propósito de escandalizar e propondo reflexão acurada sobre o tema, será transcrito trecho de um relatório de inspeções, apresentado no julgado, e que demonstram situações assombrosas:

[...] No Departamento de Polícia Judiciária de Vila Velha há apenas uma grande cela, na qual se amontoavam 256 presos (a capacidade é para apenas 36) e apenas um sanitário.

Não há qualquer separação de presos doentes ou presos idosos – todos dividem o mesmo espaço.

O Centro de Detenção de Novo Horizonte, também conhecido como Cadeia Modular ou, ainda, Cadeia dos Contêineres, tampouco estabelece qualquer divisão entre os presos.

(...)

No Presídio Modular de Novo Horizonte há infestação de ratos e grande quantidade de lixo e entulho acumulados no pátio.

Em Novo Horizonte há presos que têm marca de mordidas de roedores e a quantidade de lixo é tanta que há permanente chorume no piso do estabelecimento. A caixa de água tem vazamento que inunda o local para banho de sol e mistura lixo e esgoto a céu aberto.

Em Argolas as embalagens em que são servidas as refeições servem também para depósitos de fezes, pois não há vaso sanitário na cela improvisada que fica no corredor que dá acesso a outras duas celas do estabelecimento.

Na DPJ de Vila Velha há sete fileiras de redes amarradas na cela e os presos ficam apenas deitados, pois não têm espaço para ficarem de pé, sendo que alguns estão nessas condições há mais de um ano, e sem espaço apropriado para banho de sol.

(...)

Na DPJ de Jardim América há tanta gente que o agente carcerário é obrigado a solicitar ajuda de outros agentes e dos próprios presos para poder trancar as celas. Literalmente os presos são socados dentro das celas [...]

Ao realizar inspeções no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, no Rio de Janeiro, a Corte Interamericana dos Direitos Humanos, em 22-11-2018, editou resolução determinando o cômputo em dobro de cada dia de privação de liberdade, no referido estabelecimento, devido a situação degradante e desumana, conforme informativo 701 do STJ²⁷.

Sendo constatada a violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais, falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária o

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 136.961*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisaru%20maedicao&livre=0701.cod.&utm_source=feedburner&utm_medium=feed&utm_campaign=Feed%3A+ju%20s%20FFqsb+%28STJ+-+Informativos+de+Jurisprud%3AAncia%29>. Acesso em: 15 jun. 2021.



STF, por meio da ADPF 347²⁸, reconheceu que o sistema penitenciário nacional deve ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”²⁹.

Ao preso provisório, de acordo com a Lei de Execuções Penais, capítulo II – artigos 10 a 27- e em consonância com a CRFB/88, deveria ser garantida assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social, moral e religiosa que o ajudassem a retornar ao convívio social.

Segundo indicam os organizadores da obra que avalia os 30 anos da Lei de Execução Penal:³⁰

é dever das autoridades o respeito e a preservação à integridade física e moral dos presidiários, pois mesmo com sua liberdade privada, o indivíduo tem direito a tratamento digno e lhe é assegurado o direito de não sofrer violência moral e física.

Ocorre que na realidade o Estado brasileiro ultrapassa, e muito, o caráter retributivo da sanção penal, causando sofrimento desproporcional e repudiado pela CRFB/88, conforme relatado na Reclamação nº 25.119 do STF³¹:

o sentenciado, ao ingressar no sistema prisional, sofre punição que a própria Constituição da República proíbe e repudia, pois a omissão estatal na adoção de providências que viabilizem a justa execução da pena cria situações anômalas e lesivas à integridade de direitos fundamentais do condenado, culminando por subtrair ao apenado o direito — de que não pode ser despojado — ao tratamento digno.

Diante dessa colossal incompatibilidade entre preceitos constitucionais e a teleologia da LEP com a realidade punitiva, Juízes de Execução Penal, na pesquisa do

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 347*. Relator: Ministro Marco Aurelio. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf> > Acesso em: 04 jun. 2021.

²⁹ O Estado de Coisas Inconstitucional ocorre quando verifica-se a existência de um quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, causado pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura e de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público e a atuação de uma pluralidade de autoridades podem alterar a situação inconstitucional.

³⁰ SANTIAGO, Eduardo Araruna Santiago; OLIVEIRA, Bruno Queiroz; VASQUEZ, Leandro Duarte. *30 anos da lei de execução penal: evolução doutrinária, jurisprudencial e legislativa*. Florianópolis: Conceito editorial, 2014, p. 17.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação n° 25119*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310443834&ext=.pdf> > Acesso em: 04 jun. 2021.



IPEA³², afirmam que o tratamento indigno e degradante faz com que somente pessoas diferenciadas e realmente dispostas estejam plenamente capazes a ressocialização:

Onde cabe quatro, você coloca dez. Qual a dignidade que você está dando para o preso? O tratamento ao preso tem que ser humanizado. (...) só aqueles que querem mesmo, que são abnegados e que o sofrimento é muito grande, é que conseguem ser ressocializados [...]

Segundo Bitencourt³³, o sistema progressivo da pena parte de um conceito retributivo, se inicia aniquilando a pessoa e sua personalidade humana. Com o objetivo de que o apenado conquiste progressivamente a readaptação, por meio de demonstração de boa conduta e conseqüente abrandamento do regime.

Em mais um julgado, sob a sistemática de repercussão geral, que expõe as mazelas do sistema carcerário e faz uma verdadeira “radiografia” da execução penal no Brasil, o STF, no RE nº 641.320/RS³⁴, detalhou o abandono dos modelos de estabelecimentos previstos no artigo 33, §1º, alíneas “b” e “c” do Código Penal³⁵.

Baseado na decisão do RE nº 641.320/RS foi editada a súmula vinculante nº 56 e ficou estabelecido que a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime penal mais gravoso por violação aos princípios da individualização da pena e da legalidade, artigo 5º, incisos XLVI e XXXIX da CRFB/88³⁶.

A possibilidade de submeter um inocente as agruras de um sistema de execução penal medieval deve ser analisada com muita cautela.

A organização *Innocence*³⁷ relata o caso de Heberon Lima de Oliveira, acusado de estupro, permaneceu preso preventivamente por quase 3 anos, sendo estupro na cela e contraindo o vírus HIV. A Defensoria Pública do Estado do Amazonas conseguiu comprovar que o fato nunca ocorreu, sendo absolvido.

³² INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Pesquisa sobre o desafio da reintegração social do preso: uma pesquisa em estabelecimentos prisionais*. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2095.pdf> Acesso em: 03 jun. 2021.

³³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 13. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 135.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 641.320/RS*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>> Acesso em: 05 jun. 2021.

³⁵ O Código Penal prevê como adequado ao regime semiaberto a “colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar” e ao regime aberto “casa de albergado ou estabelecimento adequado”.

³⁶ BRASIL, op. cit., nota 28.

³⁷ INNOCENCE PROJECT BRASIL. *Casos*. São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://www.innocencebrasil.org/casos>>. Acesso em: 15 jul. 2021.



3. NOVA INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL APÓS O JULGAMENTO DO HC n° 598.886/SC NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nas conclusões do julgamento do HC n° 598.886/SC³⁸, o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu que o reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no artigo 226 do CPP, por constituírem garantia mínima ao sujeito que se encontra na condição de suspeito da prática de um crime, além de estabelecer diretrizes a serem seguidas:

XI. Conclusões

- 1) O reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime;
- 2) À vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo;
- 3) Pode o magistrado realizar, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório, bem como pode ele se convencer da autoria delitiva a partir do exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento;
- 4) O reconhecimento do suspeito por mera exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo.

Conforme mencionado no julgado paradigmático, a principal missão do Superior Tribunal de Justiça consiste em “uniformizar a melhor interpretação da lei federal, formando precedentes que orientem o julgamento de casos futuros”³⁹.

Segundo Mitidiero⁴⁰:

a decisão recorrida deve ser entendida como meio de que se vale a Corte Superior para, a partir da interpretação adequada do Direito, alcançar o máximo possível da unidade do direito aplicado em todo o território nacional, sem renunciar, por óbvio, ao controle de juridicidade das decisões recorridas.

³⁸ BRASIL, op. cit., nota 14.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ MITIDIERO apud Ibid.



No julgado, além de expressamente conferir nova e adequada interpretação ao artigo 226, do Código de Processo Penal, indicou para toda a magistratura nacional e órgãos de segurança a necessidade de ser adotada a nova interpretação:

este Superior Tribunal de Justiça, a seu turno, ao conferir nova e adequada interpretação do art. 226 do CPP, sinaliza, para toda a magistratura e todos os órgãos de segurança nacional, que soluções similares à que serviu de motivo para esta impetração não devem, futuramente, ser reproduzidas em julgados penais.

Além disso, enfatizou o papel de fiscalização da correta aplicação da lei penal do Ministério público, por ser órgão de controle externo da atividade policial e por sua peculiar incumbência de guardião da lei, conforme expressamente previsto no artigo 129 da CRFB/88⁴¹.

Também mencionou que mesmo na qualidade de parte acusadora, ao mover a ação penal pública, o Ministério Público não abandona o compromisso de fiscalizar e respeitar as liberdades públicas, tendo em vista a indisponibilidade do bem tutelado, a liberdade.

No item IX, do julgado paradigmático, o Ministro Relator, Rogério Schietti Cruz, sinalizou a necessidade de adoção de novas rotinas pela Polícia Civil dos Estados da Federação, bem como de todos os atores da persecução penal:

De nada, porém, servirá esta decisão se continuarem os órgãos de persecução penal – e o próprio Poder Judiciário – a coonestarem essa prática investigatória dissociada do modelo legal e constitucional de um processo penal minimamente ético em seu proceder e cientificamente exercitado por seus protagonistas.

Em verdade, essa indiscutível realidade em relação ao reconhecimento pessoal “impõe aos operadores do Direito, desde o policial que atua no flagrante até os membros das mais altas cortes do Poder Judiciário, o desafio de se apropriarem de técnicas pautadas nos avanços científicos para que se promovam os ajustes necessários a evitar que os reconhecimentos equivocados sigam produzindo condenações de inocentes”.

Nesse viés, cabe mencionar a teoria da perda de uma chance no processo penal, que traz consequências processuais à acusação. O Estado tem o dever legal de realizar uma produção probatória de forma diligente e zelosa, no entanto, em muitas ocasiões,

⁴¹ BRASIL, op. cit., nota 37.



“por comodismo e inércia no modo de produção de provas na apuração criminal, que se contenta com apenas indícios para condenar ou parcos elementos de prova.”⁴²

Segundo Morais da Rosa⁴³:

No Processo Penal constitucionalizado a carga probatória é da acusação. Ao acusado não cabe provar qualquer fato — mesmo quando objeto com um álibi, ainda que não comprovado o álibi, tal situação não repercute no seu *status* inicial de inocente.

[...]

Como se estabelece uma tensão entre a liberdade (presunção de inocência) e a prova suficiente para condenação, pode-se invocar a teoria da “perda de uma chance”, própria do Direito Civil, justamente para se analisar os modos de absolvição em face da possibilidade e não produção de provas pelo Estado.

Quando a prova é lastreada unicamente no reconhecimento fotográfico em que não há posterior reconhecimento pessoal e nem corroborada por outras provas o STJ tem determinado o trancamento da ação penal:

(...) RECONHECIMENTO FOTOGRAFICO NA FASE DE INQUÉRITO. INEXISTÊNCIA DE POSTERIOR RECONHECIMENTO PESSOAL. INDÍCIOS DE AUTORIA. INSUFICIÊNCIA. PRECEDENTES. ILEGALIDADE MANIFESTA EVIDENCIADA.

1. A Sexta Turma desta Corte Superior firmou entendimento de que o reconhecimento do suspeito por simples exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo (HC n. 598.886/SC, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 18/12/2020).

2. In casu, verifica-se que os indícios de autoria para recebimento da denúncia são fundados exclusivamente no reconhecimento fotográfico e que não foi realizado posterior reconhecimento pessoal, não sendo viável para sustentar justa causa para prosseguimento da ação penal em face do ora paciente. Precedentes.

3. Recurso provido para determinar o trancamento da Ação Penal n. 0002125-50.2019.8.15.0011 da 5ª Vara Criminal da comarca de Campina Grande/PB. (RHC 142.773/PB, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 22/06/2021, DJe 28/06/2021)

Por fim, Lopes Junior⁴⁴ sugere uma remodelagem do reconhecimento pessoal, como forma de redução de danos. Segundo o autor, existem duas formas de reconhecimento pessoal: simultâneo e sequencial. O Código de Processo Penal o

⁴² CARVALHO, Tiago Carvalho. *A teoria da perda de uma chance no processo penal*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/a-teoria-da-perda-de-uma-chance-no-processo-penal/>>. Acesso em: 01 set. 2021.

⁴³ MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Teoria da perda de uma chance probatória pode ser aplicada ao processo penal*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jun-20/teoria-perda-chance-probatoria-aplicada-processo-penal>>. Acesso em: 05 set. 2021.

⁴⁴ LOPES JUNIOR, op. cit., p. 496.

sistema simultâneo, em que todos os elementos são mostrados ao mesmo tempo, sendo considerado um método sugestivo e perigoso.

O reconhecimento realizado sem o autor presente revela como o sistema brasileiro é maculado, vítimas e testemunhas compreendem que o reconhecimento só ocorre quando há um suspeito. Essa percepção implementa a indução no procedimento, gerando relevantes índices de equívocos.

Segundo Williams⁴⁵, “no reconhecimento sequencial os suspeitos são apresentados um de cada vez e, para cada um, é solicitado à testemunha ou vítima que, antes de ver o próximo suspeito, responda se foi esse o autor do fato ou não”.

Na atualidade, o reconhecimento sequencial é apontado pela psicologia judicial como o método mais seguro e confiável, pois requer uma tomada de decisão do reconhecedor, sem que seja disponibilizada a quantidade de participantes do processo.

Dessa maneira, o nível de indução é diminuído, e aumenta-se a confiabilidade do procedimento, tendo em vista que, no reconhecimento simultâneo, é feita uma concepção relativa, no processo de tomada de decisão. No reconhecimento sequencial, porém, “a testemunha faz um julgamento absoluto, comparando cada membro do reconhecimento com a sua própria memória do culpado.”⁴⁶

CONCLUSÃO

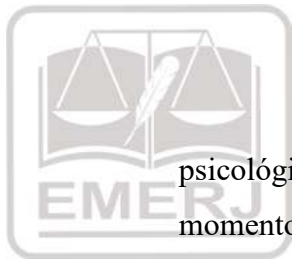
O trabalho apresentado expôs a mudança jurisprudencial ocorrida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, após o julgamento do HC nº 598.886/SC, referente à necessária observância das formalidades previstas no artigo 226 do Código de Processo Penal.

Procurou-se demonstrar que diante do entendimento anteriormente adotado pelo Poder Judiciário, em que os requisitos formais presentes no artigo 226 do Código de Processo Penal seriam meras recomendações, e não uma exigência absoluta, ocorreram diversas condenações injustas com base em reconhecimento fotográfico falho, além de evidenciar que tal procedimento potencializa o racismo estrutural presente na sociedade.

Por meio da análise do julgado objeto do trabalho e doutrina especializada sobre o tema, pode-se constatar que estudos científicos da memória humana e

⁴⁵ WILLIAMS apud LOPES JUNIOR, op. cit., p.496.

⁴⁶ Ibid.



psicológicos comprovam a alta probabilidade de falibilidade que pode ocorrer no momento do reconhecimento fotográfico.

Com o intuito de propor reflexão sobre o dano irreparável que é expor um ser humano a locais tão indignos, foram demonstradas as mazelas da execução penal e os horrores do sistema carcerário.

Fatos constatados por meio de julgamentos em sede de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal, sendo verificada a existência de um quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, causado pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura.

Para que a solução apresentada no julgado do HC nº 598.886/SC tenha efetiva aplicabilidade há necessidade de uniformização do novel entendimento em todas as instituições que atuam na persecução penal, pois os erros no reconhecimento fotográfico se iniciam nas Delegacias de Polícia e são ratificados pelo Ministério Público e o Poder Judiciário.

Ainda que o Ministério Público seja um Órgão de acusação não pode se despojar de exercer devidamente o controle externo da atividade policial e fiscalizar a correta aplicação da lei penal, já que tem o dever de zelar por sua missão constitucional de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Por meio da apresentação da teoria da perda de uma chance probatória, aplicada ao processo penal, e a necessária observância dos princípios da inocência e não-culpabilidade, buscou-se demonstrar que o Estado-acusação deve ser zeloso e eficiente na produção probatória que visa a condenar um indivíduo, não podendo se valer de provas falhas e precárias, principalmente quando há possibilidade de se produzirem meios probatórios eficazes que não se concretizam por ineficiência do Estado.

Por fim, foi apresentada a doutrina de proposta de remodelagem do reconhecimento pessoal, como forma de redução de danos, que consiste no reconhecimento sequencial dos suspeitos e é apontado pela psicologia judicial como o método mais seguro e confiável.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 13. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 02 mai. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 03 mai. 2021.

_____. *Lei n° 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 27 mai. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 474.665-PR*, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=95962129&num_registro=201802736719&data=20190603&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 01 jul. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 598.886-SC*. Relator: Ministro Rogerio SchiettiCruz. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=116061726&num_registro=202001796823&data=20201218&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 02 jun. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1.389.952- MT*. Relator: Ministro HermanBenjamin. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35575402&num_registro=201301926710&data=20161107&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 03 jun. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RHC n° 136.961*. Relator: Ministro Reynaldo SoaresdaFonseca. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=0701.cod.&utm_source=feedburner&utm_medium=feed&utm_campaign=Feed%3A+jus%2FFqs+sb+%28STJ++Informativos+de+Jurisprud%C3%Aancia%29>. Acesso em: 15 jun. 2021.

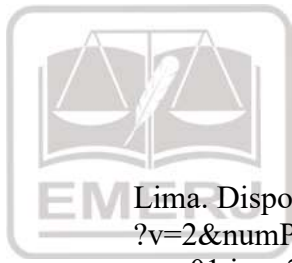
_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 347*. Relator: Ministro Marco Aurelio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 592.581/RS*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 641.320/RS*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>>. Acesso em: 05 jun. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação n° 25119*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310443834&ext=.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo n° 0030977-35.2021.8.19.0001*. Juíza: Regina Lucia Chuquer de Almeida Costa de Castro



Lima. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaMov.do?v=2&numProcesso=2021.001.026027-1&acessoIP=internet&tipoUsuario=>>. Acesso em: 01 jun. 2021.

CARVALHO, Tiago Carvalho. *A teoria da perda de uma chance no processo penal*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/a-teoria-da-perda-de-uma-chance-no-processo-penal/>>. Acesso em 01 set. 2021.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Relatório de análise de casos sobre reconhecimento fotográfico em sede policial*. Disponível em: <<https://defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/33e974efa1004184954cc1b08ac2f253.pdf>>. Acesso em: 1 jun. 2021.

HERINGER, Carolina. *Acusado 4 vezes de crimes que diz não ter cometido, ex-militar consegue na Justiça a retirada de sua foto dos álbuns suspeitos*. *Jornal Extra*, Rio de Janeiro, 15, mar. de 2021. Disponível em: <<https://extra.globo.com/casos-de-policia/acusado-4-vezes-de-crimes-que-diz-nao-ter-cometido-ex-militar-consegue-na-justica-retirada-de-sua-foto-dos-albuns-de-suspeitos-rv124925023.html>>. Acesso em: 31 mai. 2021.

INNOCENCE PROJECT BRASIL. *Apresentação*. São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://www.innocencebrasil.org/innocence-brasil>>. Acesso em: 02 jun. 2021.

_____. *Casos*. São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://www.innocencebrasil.org/casos>>. Acesso em: 15 jul. 2021.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Pesquisa sobre o desafio da reintegração social do preso: uma pesquisa em estabelecimentos prisionais*. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2095.pdf> Acesso em: 03 jun. 2021.

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

MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Teoria da perda de uma chance probatória pode ser aplicada ao processo penal*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jun-20/teoria-perda-chance-probatoria-aplicada-processo-penal>>. Acesso em: 05 set. 2021.

SANTIAGO, Eduardo Araruna Santiago; OLIVEIRA, Bruno Queiroz; VASQUEZ, Leandro Duarte. *30 anos da lei de execução penal: evolução doutrinária, jurisprudencial e legislativa*. Florianópolis: Conceito editorial, 2014.

SOARES, Rafael. Em cinco anos, Estado do Rio foi condenado a indenizar 78 pessoas presas injustamente. *Jornal Extra*, Rio de Janeiro, 30, set. de 2020.