

# Opinião: A prisão baseada em reconhecimento fotográfico

04/03/2021

O presente artigo visa a iniciar o debate sobre um importante tema: a prisão cautelar fundamentada unicamente no reconhecimento ilegal de pessoas feito por meios de fotografias no âmbito dos inquéritos policiais, normalmente com os famigerados álbuns de suspeito. Buscaremos fazer uma reflexão com base em marcos doutrinários seguros e a partir da análise de decisões tomadas no âmbito dos tribunais superiores, em que se entendeu que a norma inscrita no artigo 226 do Código de Processo Penal não se trata de mera recomendação do legislador, e que sua inobservância enseja a nulidade da prova



Com efeito, de forma inesperada, em 31 de julho de

2019, julgando o HC 172606, o Supremo Tribunal Federal, com a relatoria do ministro Alexandre de Moraes, anulou condenação baseada unicamente em reconhecimento fotográfico feito durante a investigação policial que não seguiu minimamente o procedimento prescrito pelo artigo 226, do CPP. Na ocasião, o ministro afirmou que o reconhecimento fotográfico foi controverso, e que seguiu procedimento pouco ortodoxo na esfera policial, não tendo sido confirmado por subsequente reconhecimento pessoal nem na polícia nem durante a instrução processual perante o juiz, decidindo absolver o paciente e extensível aos corréus.

Não obstante essa vanguardista decisão, o STF permaneceu repetindo o entendimento anterior de que as formalidades do artigo 226 se tratavam de recomendação, e sua inobservância seria mera irregularidade, e que, se nulidade houvesse, seria relativa, exigindo uma prova de prejuízo que, na maioria das vezes, é impossível de se realizar.

Mais recentemente, em outubro de 2020, o Superior Tribunal de Justiça, no emblemático HC 598.886, decidiu que o reconhecimento de pessoa por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observadas as formalidades previstas no artigo 226 do CPP e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. A decisão adota o novo posicionamento de que artigo 226, CPP não se trata de "mera recomendação" do legislador e

sua a inobservância enseja a nulidade da prova e, portanto, não pode servir de único lastro para condenação.

As falhas e os equívocos que podem advir da memória humana e da capacidade de armazenamento de informações são comuns e ainda mais problemáticos no caso de reconhecimento de pessoa por meio fotográfico, sobretudo quando se realiza por simples exibição de fotos do suspeito previamente selecionadas pela polícia e extraídas de "álbuns de suspeitos" policiais ou de redes sociais.

O STJ ressaltou que a norma inscrita no artigo 226 do CPP tem sido erroneamente compreendida como uma mera recomendação e que, na verdade, *"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"*.

No acórdão do HC 598886, os ministros deram um informal efeito *erga omnes* a esse novo entendimento ao determinar que a decisão fosse informada a todos os magistrados de primeiro e segundo grau e a todas as autoridades policiais, exortando-as a seguirem as formalidades do artigo 226, CPP.

Em dezembro, no julgamento do HC 545118, o STJ, já adotando a nova orientação, absolveu pessoa em que se consignou na condenação que, na instrução processual, ficou provado que o reconhecimento fotográfico na fase investigativa de fato existiu, contudo, não se acrescentou nenhum elemento sobre a autoria. A corte decidiu que a condenação baseada unicamente no reconhecimento fotográfico sem a devida confirmação judicial deve ser anulada.

Trata-se de mais um avanço jurisprudencial, que vai ao encontro do que a literatura da psicologia do testemunho já prega desde a década de 1970 [1]. A questão é que a cultura do endeusamento da palavra da vítima e da testemunha ainda subsiste na maioria dos fóruns e palácios da Justiça brasileiros, conforme apontou o estudo empírico "Avanços Científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao Reconhecimento Pessoal e Depoimentos Forenses", do Ministério da Justiça e do Ipea.

Tal pesquisa concluiu que, apesar de 90,3 % dos participantes terem classificado o depoimento testemunhal como "muito importante" para a solução do caso [2] e de 77% ter considerado a prova do reconhecimento como suficiente para a condenação [3], constatou-se que *"a maioria das práticas adotadas para a coleta de depoimentos testemunhais e de reconhecimentos corre o risco de produzir evidências potencialmente distorcidas e/ou imprecisas"* [4].

Um dos exemplos demonstrativos da discrepância entre as práticas verificadas no estudo e o recomendado pela literatura científica da psicologia do testemunho foi justamente a predominância do *show-up* no reconhecimento de pessoas, técnica que, segundo o estudo, *"possui maior probabilidade em provocar um falso reconhecimento, além de aumentar a chance de contaminar a memória de quem possui a informação de interesse das polícias/Judiciário"*.

Tal cenário de presunção imediata de veracidade de procedimentos de reconhecimento de pessoas realizado por meio de fotografias, ainda que tomados à revelia da lei, é igualmente

prejudicial quando se trata de decretação da prisão preventiva. Isso porque, até eventual reversão da decisão de custódia cautelar nos tribunais superiores, o custodiado terá sido injustamente privado de liberdade, e, com ela, do estudo, do trabalho, da família, da vida, enfim.

Ora, se não é possível a condenação com fundamento em prova substanciada em mero reconhecimento fotográfico em desconformidade com o procedimento descrito no artigo 226, CPP, sem confirmação pelo reconhecimento pessoal em *line-up*, e, posteriormente, sem sua realização em sede judicial, submetida ao contraditório e à ampla defesa, seria possível fundamentar a decretação de uma prisão preventiva?

O STJ, em decisão tomada no RHC 133408, de 15 de dezembro de 2020, entendeu de forma expressa, clara e indubitosa que o requisito do "*indício suficiente de autoria*" (artigo 312, *caput*), que autorizaria a decretação da prisão preventiva, não pode ser fundamentado unicamente em reconhecimento fotográfico que não respeite as disposições do artigo 226, CPP, e que não foi corroborado por reconhecimento pessoal nem na esfera policial e nem na esfera judicial. Colhe-se do acórdão:

*"O reconhecimento fotográfico com inobservância das regras procedimentais do art. 226 do Código de Processo Penal, realizado exclusivamente pelo envio de fotografias ao telefone celular das vítimas por aplicativo de mensagens — WhatsApp — não corroborado posteriormente por mais elementos capazes de demonstrar o envolvimento do recorrente aos fatos, não é suficiente para validar a custódia cautelar que lhe foi imposta".*

O problema do reconhecimento fotográfico para fundamentar prisões cautelares é o mesmo em relação às condenações:

- 1) Não existe previsão legal no ordenamento jurídico;
- 2) Não há formalidades — leia-se: garantias procedimentais — do *modus faciendi* de sua realização;
- 3) Dúvidas quanto à idoneidade de sua realização como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal;
- 4) Geralmente não há preocupação de ratificação nos exatos termos do artigo 226 do CPC;
- 5) Não são identificadas testemunhas do reconhecimento e da lavratura de eventual termo;

6) Não são apresentadas no processo ou inquérito ou auto de prisão em flagrante as fotografias dos acusados utilizadas para o reconhecimento;

7) Geralmente não é feita descrição prévia pela vítima;

8) A origem das fotos quase nunca é idônea;

9) A apresentação da foto sempre vem com o carimbo de "álbum de suspeitos" ou de "pessoas com passagem";

Quanto à questão do reconhecimento, a norma processual penal é clara ao afirmar que o reconhecimento descrito no artigo 226, *caput* e seus incisos I a IV, se aplica integralmente à investigação criminal, porque afirma textualmente que "*o disposto no nº III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento*" (parágrafo único do artigo 266), ou seja, essa é a única exceção prevista na norma.

E isso se dá porque a norma processual penal exige para decretação da prisão preventiva, indícios suficientes de autoria; e para a decretação da prisão temporária, fundadas razões de autoria. Assim, se, por um lado a norma penal não exige uma prova em juízo de certeza da autoria, por outro lado não se contenta com o mero indício, com a mera evidência, com o mero sinal, com a mera especulação.

Perceba-se que o indício que aponta para autoria deve ser robusto, ou seja, suficiente; e que as razões que apontem para o agente devem ser fundadas. Ora, qual a suficiência de um indício que respeite parâmetros racionais ou qual a fundada razão que confirme o padrão adotado (*standard*), senão aquele que se conforma às normas procedimentais de investigação e apuração da autoria.

Nesse sentido, já em fevereiro de 2021, o ministro Gilmar Mendes, em decisão monocrática no HC 195.985, entendeu que uma prisão fundamentada exclusivamente no reconhecimento fotográfico feito pela vítima, sem reconhecimento pessoal, ou seja, sem que o paciente tenha sido "colocado junto com outras pessoas", se configura constrangimento ilegal. O ministro salientou que, "*tamanha a gravidade da ilegalidade, a própria PGR ofereceu parecer pela concessão da ordem*".

Em razão de toda essa problemática, é relevante o avanço na jurisprudência do STF e do STJ, em termos de ilegalidade do reconhecimento de pessoas — seja na modalidade fotográfica seja na presencial — produzidos, ambos, normalmente ao arrepio da lei, no curso das investigações policiais.

Porém, tal mudança de paradigma precisa acontecer também na primeira e segunda instâncias, a despeito da dificuldade prática que isso envolve, pois é essa a engrenagem a qual os membros dos órgãos investigativos e do sistema de justiça estão acostumados [5].

Os magistrados, em suas decisões, precisam compreender que o mero reconhecimento pessoal realizado por meio fotográfico, com a apresentação de álbum de suspeitos, por envio de fotos de WhatsApp, por amostra de fotos em redes sociais na internet, em que não se tome, ao máximo possível, os cuidados do procedimento descrito no artigo 226, CPP: 1) não se coaduna com os

parâmetros de prova lícitamente produzida; 2) não se configure como etapa prévia idônea ao reconhecimento pessoal, mas elemento eivado de nulidade que pode levar ao induzimento ou direcionamento da testemunha ou vítima; 3) além de inviabilizar a condenação, consubstancia ilegalidade que impossibilita a decretação de prisão cautelar.

Para a consolidação do Estado democrático de Direito e um devido processo penal como garantia fundamental do indivíduo contra o Estado punitivo, há de se valorar os procedimentos de reconhecimento deve ser realizada com um novo olhar, atento à necessidade de redução da confiança do sistema de justiça na percepção, memória e julgamento humanos, com o escopo de reduzir a ocorrência de erros judiciais graves e também de prisões preventivas indevidas [6].

É dever das instituições essenciais à função jurisdicional do Estado a efetivação das normas relativas ao reconhecimento de pessoas, como se pode ver nos exitosos HC 545118 e RHC 133408 (no STJ) e HC 172606 e HC 196985 (no STF), excelentes exemplos da advocacia privada.

Às advocacias públicas federal e estaduais compete orientar os órgãos de segurança pública para o cumprimento das normas de Direito, inclusive para evitar futuras ações indenizatórias individuais ou coletivas.

Aos Ministérios Públicos cumpre o zelo pelo efetivo controle externo das polícias, a guarda da ordem jurídica, nomeadamente pela recusa de promoção de ação com fundamento em reconhecimento fotográfico ilegal.

Por fim, às Defensorias Públicas, além de levar as demandas como patrono, como feito pela DPSC (HC 598886), DPRJ (AgRg HC 619.327/RJ) e DPCE (HC 628881 [7]), urge intervir nos processos como *custos vulnerabilis* para servir à qualificação do diálogo jurídico com a inclusão das falas dos "indivíduos e grupos vulneráveis" [8], e, ainda, atuar como *amicus democratiae* [9] no campo político-jurídico para a construção de projetos de lei, políticas públicas, fluxogramas de procedimentos, na forma de diálogo interinstitucional com os poderes constituídos.

[1] MANZANERO, Antonio L. **Psicología del Testimonio**. Una aplicación de los estudios sobre la memoria. Madrid: Ediciones Pirámide, 2008, p. 21.

[2] STEIN, Lilian Milnitsky. ÁVILA, Gustavo Noronha de. Entrevistas Forenses e Reconhecimento Pessoal nos Processos de Criminalização: um diagnóstico brasileiro. Brasília: **Boletim de Análise Político-Institucional do IPEA**, n. 17, dezembro de 2018, p. 48.

[3] STEIN, Lilian Milnitsky. ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses**. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça (Série Pensando Direito, No. 59), 2015. Disponível em: [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD\\_59\\_Lilian\\_web-1.pdf](http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf). Acesso em: 22 dez. 2018, p. 41.

[4] STEIN, Lilian Milnitsky. ÁVILA, Gustavo Noronha de. Entrevistas Forenses e Reconhecimento Pessoal nos Processos de Criminalização: um diagnóstico brasileiro. Brasília: **In: Boletim de Análise Político-Institucional do IPEA**, n. 17, dezembro de 2018, p. 48.

[5] BENFORADO, Adam. **Unfair: The New Science of Criminal Injustice**. Crown Publishers: New York, 2015, p. 258.

[6] FERNANDES, Lara Teles. Prova testemunhal no processo penal: uma proposta interdisciplinar de valoração. 2ª Ed. Florianópolis: Emais, 2020, p.159.

[7] Ainda sem decisão

[8] ROCHA, Jorge Bheron. Comentário ao Enunciado 56. In: Enunciados Jornadas de Direito Processual Civil STJ/CJF – Organizados por assunto, anotados e comentados. ROCHA, Roberval (Org.). Salvador: Juspodivm. 2019, p. 293-294.

[9] ROCHA, Jorge Bheron. Defensoria Pública Amicus Democratiae: atuação em prol da afirmação do Estado Democrático de Direito e da prevalência e efetividade dos direitos humanos independentemente de configuração de vulnerabilidades. Revista da Defensoria Pública da União, Brasília, n.11, jan/dez. 2018. p. 355-356.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2021-mar-04/opiniaio-prisao-baseada-reconhecimento-fotografico/>