

UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ

Jamile de Moura de Araujo

**O INDICIAMENTO PERANTE PROVA OBTIDA POR
RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO**

Taubaté -SP

2022

Jamile de Moura de Araujo

**O INDICIAMENTO PERANTE PROVA OBTIDA POR
RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO**

Trabalho apresentado para obtenção do
Certificado de Graduação pelo Curso de
Direito do Departamento de Ciências
Jurídicas da Universidade de Taubaté.

Orientador: Prof. Fernando Gentil Gizzi de
Almeida Pedroso

Taubaté -SP

2022

Grupo Especial de Tratamento da Informação - GETI
Sistema Integrado de Bibliotecas - SIBi
Universidade de Taubaté - UNITAU

A663i Araujo, Jamile de Moura de
O indiciamento perante prova obtida por reconhecimento fotográfico.
/ Jamile de Moura de Araujo. -- 2022.
62f.

Monografia (graduação) - Universidade de Taubaté, Departamento
de Ciências Jurídicas, 2022.
Orientação: Prof. Me. Fernando Gentil Gizzi de Almeida Pedroso,
Departamento de Ciências Jurídicas.

1. Direito Processual Penal. 2. Indiciamento. 3. Desídia Policial. I.
Universidade de Taubaté. Departamento de Ciências Jurídicas. Curso de
Direito. II. Título.

CDU - 340

Jamile de Moura de Araujo

**O INDICIAMENTO PERANTE PROVA OBTIDA POR RECONHECIMENTO
FOTOGRAFICO**

Trabalho apresentado para obtenção do Certificado de Graduação pelo Curso de Direito do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté.

Orientador: Prof. Me. Fernando Gentil Gizzi de Almeida Pedroso.

Data: _____

Resultado _____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr: _____

Assinatura: _____

RESUMO

A presente monografia, em sua natureza jurídica voltada ao Direito Processual Penal, objetiva pormenorizar cada um dos passos que levam ao indiciamento de um indivíduo por meio do reconhecimento fotográfico, trazendo informações quanto ao tempo em que deve ser realizado o indiciamento e em qual contexto processual, aclarando ser este a qualquer tempo desde que durante o inquérito policial. Dadas tais informações, importa esclarecer o quanto importa da fase pré-processual onde se realiza o indiciamento, resumindo seu início e seu fim. Posteriormente passa-se a discussão da classificação do meio de prova ora em comento no momento inquisitorial, qual seja, o reconhecimento por meio de fotografia. Não pode-se olvidar da descrição do meio probatório em si, iniciando-se pelo reconhecimento pessoal do qual ele decorre, chegando a modalidade realizada por fotografias. Por fim, expõe-se as principais falhas intrínsecas ao reconhecimento pessoal e, em especial, àquele realizado por meio de fotografia, quais sejam, a desatenção as formalidades dispostas em legislação processual penal e a ocorrência das falsas memórias.

Palavras-chave: Indiciamento. Inquérito policial. Meio de prova. Reconhecimento pessoal. Reconhecimento fotográfico. Desídia policial. Afastamento das formalidades. Esquecimento. Falsas memórias. Sugestionabilidade.

ABSTRACT

This monograph, in its legal nature focused on Criminal Procedural Law, aims to detail each of the steps that lead to the indictment of an individual through photographic recognition, providing information about the time in which the indictment must be carried out and in which procedural context, clarifying to be this at any time since during the police investigation. Given such information, it is important to clarify the importance of the pre-procedural phase where the indictment takes place, summarizing its beginning and end. Subsequently, the discussion of the classification of the evidence now under discussion at the inquisitorial moment is discussed, that is, recognition through photography. One cannot forget about the description of the evidence itself, starting with the personal recognition from which it derives, reaching the modality carried out by photographs. Finally, it exposes the main intrinsic flaws to personal recognition and, in particular, to that carried out through photography, namely, the inattention to the formalities provided in criminal procedural legislation and the occurrence of false memories.

Keywords: Indictment. Police inquiry. Means of proof. Personal recognition. Photographic recognition. Police blunder. Removal of formalities. Forgetfulness. False memories. Suggestibility.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 INDICIAMENTO	10
1.1 Formas de instauração do inquérito policial.....	12
1.1.2 <i>Notitia criminis</i> e <i>delatio criminis</i>	17
1.2 A conclusão do inquérito policial.....	23
2 PROVAS (será antecipada?)	25
2.1 Típica e atípica.....	27
2.2 Nominadas e inominadas.....	28
2.3 Anômala e irritual.....	29
2.4 Aplicabilidade do princípio <i>nemo tenetur se detegere</i>	29
3 ESPÉCIES DE RECONHECIMENTO	31
3.1 De pessoas e coisas (art. 226, CPP).....	32
3.2 Mediante fotografia (e outros meios obscuros).....	34
4 FALHAS NO RECONHECIMENTO	42
4.1 Afastamento das formalidades legais.....	42
4.2 Ações da memória e esquecimento.....	51
CONCLUSÃO	61
REFERÊNCIAS	63

INTRODUÇÃO

Dentre os diversos meios de prova contidos na legislação processual penal nacional vigente, existe o reconhecimento de pessoas e coisas. Essa forma de obtenção de prova possui um procedimento formal esculpido no artigo 226 do Código de Processo Penal, o qual pode ser realizado tanto em fase de inquérito policial, quanto na fase de instrução após a instauração da ação penal.

O referido procedimento, no que tange ao reconhecimento exclusivamente de pessoas em sede policial, tem início no momento em que se descreve a um perito competente a pessoa a ser reconhecida. Ato seguinte, será realizado o reconhecimento à presença do suspeito, sendo que esse deverá ser colocado ao lado de outros indivíduos, preferencialmente, de aparência semelhante, para que seja reconhecido, ou não.

Ainda no que tange a última etapa descrita do procedimento constante no Código Processual Penal, tanto a doutrina quanto a jurisprudência divergem acerca da necessidade de acrescentar outros sujeitos no momento de reconhecimento pessoal presencial, tampouco quanto ao requisito da semelhança em aparência física.

Ainda que essa não seja a única divergência presente quando da realização do reconhecimento nos moldes do artigo 226 do referido diploma legal, é ainda de suma importância, pois qualquer que seja a instabilidade na execução de norma processual tão rígida como a aqui tratada, traz consequências irreparáveis a vidas inocentes.

Não bastassem as problemáticas existentes no meio de prova apresentado, quando este é regido pelas determinações talhadas em legislação processual, há ainda a possibilidade de realizar-se o reconhecimento de pessoas por fotografia, forma essa que claramente traz em seu seio imprecisão e incerteza, sendo esse o principal alvo de elucidação da presente monografia.

Dentre a habitualidade da utilização de álbum de suspeitos, o qual, vale esclarecer, é definido como um conjunto de fotografias de indivíduos considerados como suspeitos de forma discricionária e que carrega em seu cerne um indubitável racismo estrutural, bem como o costumeiro emprego da modalidade *show-up* pelas

autoridades, inúmeras são as fragilidades que tal meio de produção de prova oferece.

Por todo o exposto, cabe a indagação acerca da validade do procedimento apresentado para o reconhecimento de pessoas. Ainda que as disposições legais fossem seguidas à risca todas as vezes que necessária sua aplicação, não seria esse um instrumento probatório com grandes chances de falha e irrisórias chances de sucesso?

Deve-se destacar que o termo falha não abrange apenas o resultado do indiciamento realizado no inquérito, mas também todo o curso do processo, pois quando não evidenciada a nulidade da prova, permanece o risco de transcorrerem todos os trâmites processuais para, por fim, aprisionar um terceiro que dali em diante terá uma falha em sua vida, falha essa que fora causada, não por ele, mas por autoridades judiciais negligentes, o que levará a relacionamentos falhos, relações de trabalho falhas e outros incontáveis prejuízos.

2 INDICIAMENTO

Inicialmente cumpre apontar que o indiciamento constitui ato inerente ao inquérito policial, sob a responsabilidade do delegado de polícia, onde o suspeito sobre o qual se reuniu indícios consistentes de autoria sobre o crime que está sendo apurado, passa a ser chamado de “indiciado”, conforme ensina Mirabete (2002, p. 89). Tratando-se de indícios razoáveis de autoria, conceitua Aury Lopes Jr. (2019, p. 172) tais indícios como “provas circunstanciais, sinais aparentes e prováveis de que uma coisa existe”, sendo que tal concepção é imprescindível para o avanço do tema proposto.

Considerando o indiciamento como uma declaração feita pelo Estado de que há indicativos de provável autoria por um determinado indivíduo, ensina Alexandre da Rosa (2019, p. 364) que o memorável princípio constitucional da presunção de inocência veda às autoridades policiais a prática do indiciamento de forma arbitrária, sendo imprescindível a apuração dos elementos informativos colhidos durante a investigação, afastando sua ocorrência de forma meramente mecânica diante da necessidade de fundamentação idônea, nos termos do §6º, artigo 2º, da Lei n.º 12.830/13, qual seja “O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias”.

No entanto, oportunamente o professor Aury (2019, p. 172) levanta o seguinte questionamento: “Ainda que a Lei n. 12.830/2013 tenha melhorado um pouco o cenário, ao exigir o indiciamento formal e fundamentado, ainda existe uma gravíssima lacuna legal: em que momento deve ocorrer o ato de indiciamento?”. Considerando tal indagação, se vê oportuno expor os atos procedimentais aplicados nesta fase pré processual que circundam o indiciamento para melhor exposição do feito em si.

No entanto, convém adiantar, como bem instrui Guilherme Dezem (2016, p. 174, grifo nosso) que o “Código de Processo Penal **não estabelece o momento adequado para o indiciamento**. Fica ele, portanto, a critério da autoridade policial”. O autor aponta ainda que tal entendimento é pacífico no STF, como vemos em julgado de *habeas corpus* n.º 115015/SP realizado pelo Ministro Eori Zavascki:

Ementa: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA. REQUISIÇÃO DE INDICIAMENTO PELO MAGISTRADO APÓS O RECEBIMENTO DENÚNCIA. MEDIDA INCOMPATÍVEL COM O SISTEMA ACUSATÓRIO IMPOSTO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. INTELIGÊNCIA DA LEI 12.830/2013. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. SUPERAÇÃO DO ÓBICE CONSTANTE NA SÚMULA 691. ORDEM CONCEDIDA

1. Sendo o ato de indiciamento de atribuição exclusiva da autoridade policial, não existe fundamento jurídico que autorize o magistrado, após receber a denúncia, requisitar ao Delegado de Polícia o indiciamento de determinada pessoa. A rigor, requisição dessa natureza é incompatível com o sistema acusatório, que impõe a separação orgânica das funções concernentes à persecução penal, de modo a impedir que o juiz adote qualquer postura inerente à função investigatória. Doutrina. Lei 12.830/2013.

2. Ordem concedida. (HC 115015, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 27/08/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-179 DIVULG 11-09-2013 PUBLIC 12-09-2013, grifo nosso)

Na hipótese em que realizado o indiciamento após o recebimento da denúncia, esclarece Guilherme Dezem (2016, p. 175, grifo do autor) que a jurisprudência tem entendido pela sua impossibilidade, visto que “não há sentido em se indiciar aquele que já teve seu status alterado para acusado no processo penal”, como determina o Ministro Vasco Della Giustina, relator do *habeas corpus* n.º 206.925/SP ao julgar que “O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o indiciamento, após o recebimento da denúncia, configura constrangimento ilegal, pois esse ato é próprio da fase inquisitorial” (HC n. 206.925/SP, relator Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do Tj/rs), Sexta Turma, julgado em 15/9/2011, DJe de 26/9/2011.).

Já no que tange as condutas que devem ser realizadas pela autoridade policial quando do indiciamento do suposto autor do delito apreciado, Dezem elenca:

- a) Identificação do suspeito;
- b) Progressamento (que consiste na colheita de dados da vida pregressa do indiciado);
- c) Interrogatório do indiciado;
- d) Comunicação aos órgãos de identificação e estatística do indiciamento ocorrido em face do suspeito. (DEZEM, 2016, p. 175)

Por fim, indica Guilherme Dezem (2016, p. 176) a existência de duas modalidades de indiciamento, sendo que a primeira ocorre de forma direta, ou seja, o indiciamento ocorre enquanto o suposto autor encontra-se à presença da autoridade, e a segunda se dá de forma indireta, logicamente, a ausência daquele a ser indiciado.

Esclarecido o tanto quanto necessário a respeito do indiciamento, em especial no que tange ao tempo em que pode ser realizado, qual seja, em qualquer tempo, desde que durante o trâmite da fase pré-processual, convém contextualizar os principais atos inerentes ao inquérito policial que precedem o indiciamento.

2.1 FORMAS DE INSTAURAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL

São diversas as formas de instauração da investigação preliminar, sendo que para tanto deve-se considerar o “tipo de ação penal prevista para o crime cujo inquérito se deseja iniciar” (DEZEM, 2016, p. 158), sendo que as modalidades de ação se limitam a pública, seja ela condicionada ou incondicionada, e privada.

Dentre os modos de instauração do inquérito policial que precede a ação pública, em especial a incondicionada, temos o disposto em artigo 5º do Código de Processo Penal, o qual determina que:

Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

- I - de ofício;

II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

No entanto, o rol presente em dispositivo legal não é exaustivo, visto que o “**indiciamento** deve ser realizado também no auto de prisão em flagrante, deduzindo-se as razões de fato e de direito que convergem em face do investigado, de modo motivado” (ROSA, 2019, p. 366, grifo do autor).

Considerando o texto legal, na oportunidade em que a autoridade policial tome conhecimento do fato delituoso por meio da realização de atividades rotineiras, leciona Renato Brasileiro (2016, p. 129) que o princípio da obrigatoriedade traz a necessidade de instauração do inquérito de ofício que, no caso em tela, deverá ocorrer mediante portaria subscrita pelo delegado de polícia. A referida portaria deverá conter “o objeto de investigação, as circunstâncias já conhecidas quanto ao fato delituoso, assim como as diligências iniciais a serem cumpridas” (LIMA, 2016, p. 129).

Pormenorizando o conteúdo a constar na referida portaria, em específico “No Estado de São Paulo, a Portaria DGP-18, de 25-11-1998, orienta os delegados de polícia para que, de maneira fundamentada, descrevam objetivamente o fato, sua classificação provisória e possível autoria” (BRITO, FABRETTI, LIMA, 2015, p. 60).

Porém, como brilhantemente aponta Dezem (2016, p. 163 e 164), nos casos de atuação de ofício da autoridade policial o Superior Tribunal de Justiça entende que não há necessidade de demonstração plena de autoria e materialidade quando da instauração do inquérito. Sobre o tema, julgou o Eminentíssimo Ministro Jorge Mussi:

Quanto ao ponto, é imperioso destacar que, consoante o disposto no artigo 5º do Código de Processo Penal, para que seja instaurado inquérito policial basta que o delegado tome conhecimento da prática de uma infração criminal, não sendo necessário, neste momento, que haja provas ou indícios cabais do ilícito e de sua autoria, o que certamente será apurado ao longo das investigações e da instrução processual, em caso de instauração de ação penal. (HC n.

143.499/SP, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 27/3/2012, DJe de 12/4/2012.)

Alternativamente temos as situações previstas em artigo 5º, II, do Código de Processo Penal que, embora ambas tratem da apresentação de *delatio criminis*, diferencia-se o ato de requisição feita pelo juiz ou pelo *Parquet* do requerimento feito pelo ofendido ou seu representante legal.

No que tange a instauração da investigação preliminar pela autoridade judiciária ou pelo Ministério Público, importa esclarecer que o feito apenas ocorre “por força de conhecimento de fato havido no âmbito de sua situação profissional” (DEZEM, 2016, p. 162).

Já diante da instalação do inquérito mediante requerimento da vítima, dispõe Mirabete (2002, p. 83) que tal requerimento deve conter: a narração do fato, incluídas todas as circunstâncias; a individualização do indivíduo a ser indiciado ou seus sinais característicos, bem como as razões de convicção ou de presunção de ser ele o autor da infração ou os motivos da impossibilidade de fazer; e, por fim, a nomeação de testemunhas com indicação de sua profissão e residência, conforme contido em artigo 5º, §1º, do Código de Processo Penal.

Insta salientar, conforme aduz o §2º do artigo 5º do Código de Processo Penal, a possibilidade inerente a autoridade policial de indeferir o requerimento feito pelo ofendido para instauração do inquérito, nesse caso caberá recurso ao chefe de polícia.

No entanto, considerando o zelo do legislador ao distinguir o ato de requisição feito pelo juiz ou pelo promotor do requerimento a ser apresentado pelo ofendido, em análise do texto legal em comento pode-se concluir a incapacidade da “Autoridade Policial deixar de atender às requisições da Autoridade Judiciária ou do Ministério Público” (TOURINHO FILHO, 2011, p. 121).

Deve-se pormenorizar, no que tange a iniciação da investigação preliminar mediante requisição da autoridade judiciária, a concepção de que tal ato contraria o sistema acusatório, como critica Dezem (2016, p. 162) que, apesar de defender que a requisição feita pelo magistrado possibilita maiores esclarecimentos sobre o

possível crime, discorda da permissão dada ao mesmo juiz que requisitou a instauração do inquérito para julgar o processo que originou de seu ato.

Ainda, sob sua ótica, não haveria violação ao sistema acusatório a hipótese “de o juiz requisitar a instauração de inquérito policial, desde que este mesmo juiz seja impedido de julgar processos que se originem de sua requisição” (DEZEM, 2016, p. 162).

Outrossim, ainda que o artigo 5º do CPP não trate sob tal modalidade, como já exposto, “o auto de prisão em flagrante é, sim, uma das formas de instauração do inquérito policial, funcionando o próprio auto como peça inaugural da investigação” (LIMA, 2016, p. 131).

Sobre a instauração do inquérito mediante auto de prisão em flagrante, leciona Tourinho Filho:

[...] a peça inaugural do inquérito será o *auto de prisão em flagrante*, isto é, uma peça datilografada ou digitada, na presença da Autoridade Policial, em que se registram dia, local, hora, comparecimento do condutor, de testemunhas e do conduzido. (TOURINHO FILHO, 2011, p. 148, grifo do autor)

Já no que tange a instauração da investigação preliminar nos casos de delitos que incorrem por meio de ação pública condicionada à representação da vítima ou ofendido, determina o §4º do artigo 5º do Código de Processo Penal que “O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado”.

Quando tratamos da representação, também mencionada pela doutrina como *delatio criminis* postulatória, é possível compreendê-la sob a perspectiva apresentada por Renato Brasileiro (2016, p. 132) e tratá-la simplesmente como uma manifestação proveniente da vítima ou de seu representante legal no sentido de que não se opõem a persecução penal, que possuem até mesmo interesse, sem necessidade de qualquer formalismo. Portanto, a autoridade policial apenas procederá a investigação mediante requerimento dos qualificados a intentá-la.

No que trata de ação pública condicionada, existe ainda uma modalidade desenvolvida apenas mediante requisição do Ministro da Justiça, conforme ilustra Mirabete:

São as hipóteses de crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil (art. 7º, §3º, *b*, do CP), de crimes contra a honra do Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro (art. 145, parágrafo único, do CP) ou contra esta e outras autoridades quando praticados através da Imprensa (art. 23, I, c. c. o art. 40, I, *a*, da Lei de Imprensa) (MIRABETE, 2002, p. 85)

Sob a análise feita por Dezem (2016, p. 165), tal requisição feita pelo Ministro da Justiça equivale a representação na ação pública condicionada, sem a qual não é possível dar início a investigação preliminar. E nesses casos como se instaura o inquérito policial?

Haja vista a abstração da legislação vigente sobre o tema, Tourinho Filho (2011, p. 126) sustenta que deve “a requisição ministerial ser encaminhada ao Chefe do Ministério Público (Federal ou Estadual, conforme o caso), cabendo-lhe remetê-la ao órgão do Ministério Público competente”, para que o mesmo possa requisitar a instauração do inquérito diretamente a autoridade policial, se assim entender.

Findas as hipóteses pertinentes a ação penal pública, observa-se o quanto necessário para dar início a investigação preliminar nas ações penais de iniciativa privada. Traduz Mirabete (2002, p. 85) que a ação penal privada se dará apenas em casos previstos em lei, ou seja, onde há determinação expressa da vítima se utilizar da queixa-crime para apuração do delito, de modo que o inquérito também só poderá ser instaurado mediante iniciativa da vítima.

No que tange à disposição legal, o Código de Processo Penal trata em §5º de seu artigo 5º que “Nos crimes de ação privada, a autoridade policial somente poderá proceder a inquérito a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la”, não se olvidando do estabelecido nos artigos 30 e 31 do mesmo diploma legal:

Art. 30. Ao ofendido ou a quem tenha qualidade para representá-lo caberá intentar a ação privada.

Art. 31. No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou prosseguir na ação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão. (Brasil, Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941)

Considerando a legislação, esse requerimento “com firma reconhecida, é dirigido à Autoridade Policial competente, que, caso o requerente forneça elementos que possibilitem a instauração do inquérito” (TOURINHO FILHO, 2011, p. 127), dará prosseguimento a investigação e ao indiciamento do indivíduo apontado como autor.

Cumpre apontar, sob o enfoque de Renato Brasileiro (2016, p.132), que o requerimento tem o prazo decadencial de 6 (seis) meses para ser entregue a autoridade policial, sendo que a contagem do prazo se inicia no dia em que a vítima venha a tomar conhecimento de quem é o autor do crime.

No entanto, se a autoridade observar que “o requerimento do ofendido foi formulado após o decurso do prazo decadencial de 6 (seis) meses, deve se abster de instaurar o inquérito policial, porquanto extinta sua punibilidade” (LIMA, 2016, p.132), nos termos do artigo 107, IV, do Código Penal.

Há ainda a possibilidade da prisão em flagrante nas ações penais de iniciativa privada, porém “a lavratura do auto de prisão em flagrante estará condicionada à manifestação do ofendido” (LIMA, 2016, p.132).

Esclarecidas as formas de instauração da investigação preliminar, importa retroceder mais um pouco a linha temporal e demonstrar como a autoridade policial obtém o conhecimento do delito a ser investigado durante o inquérito, ou seja, a situação da notícia do crime.

2.1.2 NOTITIA CRIMINIS E DELATIO CRIMINIS

Diante da óbvia necessidade de conhecimento do possível fato delituoso pelas autoridades policiais para posterior apuração em investigação preliminar,

temos a ocorrência de dois institutos: *notitia criminis* e *delatio criminis*, sendo esta última convencionalmente denominada de delação.

Pode-se conceituar a *delatio criminis* como uma forma de “comunicação de uma infração penal feita por qualquer pessoa do povo à autoridade policial, e não pela vítima ou seu representante legal” (LIMA, 2016, p. 133, grifo nosso). Portanto, temos a síntese do descrito em art. 5º, §3º do Código de Processo Penal:

§3º Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito (Brasil, Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941)

Ainda, sob o prisma apresentado por Dezem (2016, p. 159), a *delatio criminis* se subdivide em outras duas modalidades: postulatória e inqualificada. A *delatio criminis* postulatória já foi tratada anteriormente, perante a análise da ação penal pública condicionada à representação, portanto compreende-se que ela trata da representação do ofendido nos crimes em que é exigida.

Já o instituto da *delatio criminis* inqualificada, temos sua conceituação como uma “*notitia criminis* que não possui identificação, ou seja, daquela vulgarmente conhecida como ‘denúncia anônima’” (DEZEM, 2016, p. 159).

Há certa instabilidade na doutrina sobre a anuência da denúncia anônima para levar a conhecimento da autoridade policial o suposto delito cometido, sendo que Mirabete (2002, p. 82) escora-se no que denomina de dever funcional da autoridade para outorgar o uso da *delatio criminis* inqualificada, desde que essa proceda “com a máxima cautela e discricção, a uma investigação preliminar no sentido de apurar a verossimilhança da informação” (MIRABETE, 2002, p. 82).

Em via contrária, Renato Brasileiro (2016, p. 133) demonstra claramente seu entendimento de ser “impossível a instauração de procedimento criminal baseado única e exclusivamente em denúncia anônima”, no entanto, admite o aproveitamento

de denúncia anônima se “a autoridade policial, antes de instaurar o inquérito policial, verificar a procedência e veracidade das informações por ela veiculadas”.

Por outro lado, Dezem (2016, p. 160-161) chama a atenção para o fato de que o “anonimato deve ser tomado com muita cautela, pois pode dar azo à autuação dos covardes que possuem interesses escusos nas falsas imputações contra terceiros de forma a macular sua honra”.

Não satisfeito, aponta ainda que tal discussão perdura em razão da vedação do anonimato pela Constituição Federal em seu artigo 5º, IV: “É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”.

Com certa aversão, expõe Tourinho Filho (2002, p. 123) que caso fosse permitida a utilização indiscriminada das denúncias anônimas, bem como de “seus escritos apócrifos, a sociedade viveria em constante sobressalto, uma vez que qualquer do povo poderia sofrer o vexame de uma injusta, absurda inverídica delação”.

Sobre o tema, manifestam-se as Cortes Superiores contrariamente às investigações preliminares fundadas exclusivamente em *delatio criminis* inqualificada, porém, admitem a realização de diligências a fim de ratificar a informação prestada em denúncia anônima:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. BUSCA E APREENSÃO DETERMINADA EXCLUSIVAMENTE COM BASE EM DENÚNCIA ANÔNIMA. NÃO OCORRÊNCIA. PERSECUÇÃO PENAL POR CRIMES TRIBUTÁRIOS E CONEXOS ANTES DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO DEFINITIVO. VIABILIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO DE BUSCA E APREENSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. A jurisprudência do STF é unânime em repudiar a notícia-crime veiculada por meio de denúncia anônima, considerando que ela não é meio hábil para sustentar, por si só, a instauração de inquérito policial. No entanto, a informação apócrifa não inibe e nem prejudica a prévia coleta de elementos de informação dos fatos delituosos

(STF, Inquérito 1.957-PR) com vistas a apurar a veracidade dos dados nela contidos.

2. Nos termos da Súmula Vinculante 24, a persecução criminal nas infrações contra a ordem tributária (art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90) exige a prévia constituição do crédito tributário. Entretanto, não se podendo afastar de plano a hipótese de prática de outros delitos não dependentes de processo administrativo não há falar em nulidade da medida de busca e apreensão. É que, ainda que abstraídos os fatos objeto do administrativo fiscal, o inquérito e a medida seriam juridicamente possíveis.

3. Não carece de fundamentação idônea a decisão que, de forma sucinta, acolhe os fundamentos apresentados pelo Órgão ministerial, os quais narram de forma pormenorizada as circunstâncias concretas reveladoras da necessidade e da adequação da medida de busca e apreensão.

4. Ordem denegada. (HC 107362, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 10/02/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-039 DIVULG 27-02-2015 PUBLIC 02-03-2015)

Esclarecida a *delatio criminis*, deve-se tratar do instituto da *notitia criminis*, ou notícia do crime, a qual também se configura pelo conhecimento transmitido ao agente de segurança pública de um possível ato delituoso, havendo possibilidade de realizar-se de duas formas distintas: imediata ou espontânea; mediata ou provocada; e por fim de forma coercitiva.

A *notitia criminis* ocorre de forma espontânea (ou imediata) no momento em que “a autoridade policial toma conhecimento dos fatos por meio de suas atividades rotineiras. Nestes casos a autoridade policial não é provocada por qualquer pessoa” (DEZEM, 2016, p. 159).

Ocorre de forma provocada (ou mediata) a notícia do crime passada à autoridade policial “por meio de requerimento da vítima ou de quem possa representá-la, requisição da Autoridade Judiciária ou do órgão do Ministério Público, ou mediante representação” (TOURINHO FILHO, 2011, p. 119), situações já demonstradas.

Portanto, sendo essas as hipóteses de conhecimento da notícia do crime pelos agentes de segurança pública, passa-se a realização das diligências necessárias para a apuração do delito em tela, prosseguindo-se com a conclusão da fase pré-processual

2.2 A CONCLUSÃO DO INQUÉRITO POLICIAL

Admitindo-se que as investigações preliminares tenham se passado, “o Delegado de Polícia deverá elaborar um minucioso relatório do que tiver sido apurado” (BRITO; FABRETTI; LIMA, 2015, p. 73) até o fim dessa fase inquisitorial.

Apesar de não haver disposição legal do quanto deve-se constar nesse relatório, certo é que há necessidade da presença do detalhamento dos procedimentos probatórios utilizados, os resumos das versões dos delitos que foram apresentados e outras especificidades atinentes ao caso, sem, contudo, apresentar qualquer exteriorização por parte da autoridade policial acerca de sua opinião ou parecer pessoal acerca da culpabilidade do ora indiciado (BRITO; FABRETTI; LIMA, 2015, p. 73).

Assim, doutrina Renato Brasileiro (2016, p. 154) que, quando da elaboração do relatório supramencionado é necessário à “autoridade policial abster-se de fazer qualquer juízo de valor no relatório, já que a *opinio delicti* deve ser formada pelo titular da ação penal”.

No entanto, em procedimento diverso temos o quanto consta na Lei de Drogas, onde a autoridade deve qualificar o indiciado nos termos do artigo 28 ou 33 da referida lei, ou seja, determinar se concluiu que o indiciado é usuário ou traficante de drogas (MESSA, 2017, p. 300). Assim, temos:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

[...]

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer

consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

[...] (Brasil, Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006)

Sendo assim, a Lei de nº 11.343/06 dispõe o quanto deve constar no relatório, de modo que o delegado de polícia fica obrigado a demonstrar, conforme disposto em artigo 52, inciso I:

I - relatará sumariamente as circunstâncias do fato, justificando as razões que a levaram à classificação do delito, indicando a quantidade e natureza da substância ou do produto apreendido, o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, a conduta, a qualificação e os antecedentes do agente (Brasil, Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006)

Descrito o procedimento do inquérito policial, ainda que de forma superficial, de modo a esclarecer a realização do indiciamento, passa-se a elucidação da classificação das provas obtidas durante a investigação preliminar no quanto importa ao caso em tela.

3 PROVAS (antecipada?)

Convém conceituar a prova, nas palavras de Gustavo Badaró (2016, p. 285, grifo do autor), “como **atividade probatória** [que] significa o conjunto de atos praticados para a verificação de um fato”, visando a reconstrução histórica dos fatos inerentes ao delito apurado em investigação.

O objetivo da investigação, tanto na fase pré-processual quanto no momento da instrução processual, é o de trazer à tona a verdade, porém “não se trata de uma verdade absoluta (impossível de ser resgatada), mas, sim, de uma verdade possível estabelecida diante da prova” (BRITO; FABRETTI; LIMA, 2015, p.180), ou seja, a verdade processual.

Observando, no entanto, o inquérito policial, demonstra Mirabete (2002, p. 79) que “nele se realizam certas provas periciais que, embora praticadas sem a participação do indiciado, contêm em si maior dose de veracidade”, de modo que “Nessas circunstâncias têm elas valor idêntico ao das provas colhidas em juízo”.

Nesse sentido, cumpre expor o quanto estabelecido em artigo 155 do Código de Processo Penal no que trata do valor probatório intrínseco ao inquérito policial e as informações colhidas durante seu trâmite, o qual dispõe:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, **ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas**. (Brasil, Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, grifo nosso)

Dessa forma, pode-se considerar que o reconhecimento pessoal e/ou fotográfico é classificado como prova irrepetível, já que “uma vez que a testemunha reconhece um rosto como sendo o autor do crime, a memória para esse rosto é modificada” (MELCHIOR et al, 2022, p. 36), apesar de muitos juristas a entenderem também como prova antecipada, o que vai de encontro com o pacífico o

entendimento dos nossos Tribunais de que apenas o reconhecimento, seja ele pessoal ou fotográfico, não basta para condenação.

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. NULIDADE. INEVIDÊNCIA. AUTORIA CORROBORADA POR OUTRAS PROVAS COLHIDAS EM JUÍZO. POSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. REGIME FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. 1. **Em julgados recentes, ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça alinham a compreensão de que o reconhecimento de pessoa, presencialmente ou 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 art. 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.** 2. No caso, a decisão agravada deve ser mantida, pois, segundo o Tribunal local, o reconhecimento fotográfico, realizado em curto período de tempo após o crime, respeitou a lei processual. Além disso, a condenação do ora agravante não foi fundamentada exclusivamente no reconhecimento fotográfico feito pela vítima na delegacia - constou do acórdão que foram considerados para a condenação os reiterados reconhecimentos efetivados pela vítima, inclusive em Juízo. A desconstituição dessas conclusões demandam o revolvimento de fatos e provas, o que é vedado na via eleita. 3. O regime inicial fechado foi aplicado com base em fundamentação concreta da conduta, pois consideradas as circunstâncias que envolveram o delito, cometido mediante concurso de agentes, tendo os assaltantes se passado por passageiros para abordar motorista de aplicativo, elementos que tornam patente a especial gravidade do modus operandi do delito. Precedente. 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC n. 702.271/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 20/9/2022, DJe de 22/9/2022, grifo nosso)

No entanto, considerando o entendimento consolidado dos nossos Tribunais, imperioso observar a distinção entre provas irrepitíveis e provas antecipadas exposta por Gustavo Badaró (2016, p. 426), qual seja, “Na prova irrepitível, não houve contraditório na sua produção e não poderá mais haver, porque a fonte de prova, por fatores imprevisíveis, não mais está disponível”.

Por outro lado, “na prova antecipada, fatores previsíveis de risco de indisponibilidade da fonte de prova justificaram sua produção antecipada, mas em contraditório de partes e perante um juiz” (BADARÓ, 2016, p. 426).

Desse modo, importa associar a produção probatória irrepitível, no que tange ao reconhecimento pessoal e/ou fotográfico, ao instituto da memória humana, que é comprovadamente falível (ROSA, 2019, p. 134), havendo a necessidade de utilizar-se dela o quanto antes para que menores sejam as chances da memória relativa ao delito ocorrido se altere ou desapareça, conforme explicado mais adiante.

Sendo o reconhecimento (seja pessoal ou por meio de fotografia) identificado como prova irrepitível, “ainda que se admita que esse elemento de informação produzido sem a observância do contraditório possa ser valorado pelo juiz no momento da formação do seu convencimento” (BADARÓ, 2016, p. 426-427), é imprescindível apontar seu questionável valor como prova.

Considerando que tais provas possuem ínfimo valor probatório, “mesmo diante da exceção da parte final do art. 155, *caput*, do CPP, não serão suficientes para fundamentar uma condenação penal, sob pena de violar o art. 8 (2)(f) da Convenção Americana dos Direitos Humanos” (BADARÓ, 2016, p. 427).

Sendo assim, fixado o valor heurístico da prova realizada mediante reconhecimento, convém classificar a especificidade do reconhecimento realizado por meio de fotografias, como esclarecido a seguir.

3.1 TÍPICA E ATÍPICA

De acordo com a doutrina, especialmente sob a visão de Renato Brasileiro de Lima, a prova típica é aquela tipificada em lei, já a prova atípica possui classificação

dividida em duas posições: restritiva e ampliativa. Na primeira temos uma “estreita ligação com a ausência de previsão legal da finte de prova, confundindo-se os conceitos de prova atípica e de prova inominada” (LIMA, 2016, p. 591).

Já no que tange a prova atípica ampliativa, Renato Brasileiro (2016, p. 591) subdivide sua ocorrência em duas situações: a) “quando ela estiver prevista no ordenamento, mas não haja procedimento probatório”; e b) “quando nem ela nem seu procedimento estiverem previstos em lei”.

Guilherme Dezem (2016, p. 521) demonstra seu entendimento de que a adoção da teoria ampliativa se adequaria melhor ao sistema probatório nacional, trazendo maior clareza na distinção entre tipicidade e atipicidade da prova, “na medida em que permite melhor compreensão do fenômeno e aponta para bases mais seguras para o estudo e sistematização da questão”.

3.2 NOMINADA E INOMINADA

Sobre o tema, Renato Brasileiro (2016, p. 591) traz a prova nominada como aquela que deve ser prevista em lei, havendo ou não descrição do procedimento para a sua obtenção, diferenciando as classificações de prova sob os seguintes termos:

Como desdobramento do princípio da busca da verdade, além dos meios de prova especificados na lei (nominados), também se admite a utilização daqueles meios de prova que, embora não previstos no ordenamento jurídico (inominados), sejam lícitos e moralmente legítimos (LIMA, 2016, p. 591)

No entanto, em análise superficial do exposto pode-se observar que as provas nominadas se confundem com as chamadas típicas, de modo que esclarece Guilherme Dezem (2016, p. 527) que, exemplificando o caso da reconstituição que está prevista no artigo 7º do Código de Processo Penal e é, portanto, nominada, mas não havendo disposição legal acerca de seu procedimento, o meio de prova passa a ser atípico.

3.3 ANÔMALA E IRRITUAL

Esclarece Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 592) que, na hipótese da colheita de prova anômala, “existe meio de prova legalmente previsto para a colheita de prova. Todavia, deixa-se de lado esse meio de prova nominado, valendo-se de outro meio de prova”. Já no que tange a prova irritual, conceitua o autor tratar-se de “prova típica colhida sem a observância do modelo previsto em lei” (LIIMA, 2016, p. 593).

Em concordância Guilherme Dezem traz seu entendimento de que tais provas “aproximam-se pela consequência que sua utilização gera no processo, ou seja, a nulidade ou a ilicitude da prova” (2016, p. 252). No entanto, expõe a distinção entre elas, sendo que:

[...] na prova anômala segue-se procedimento previsto em lei, mas não o procedimento previsto para aquele meio de prova. Na prova irritual segue-se o procedimento previsto para o meio de prova, mas sem a observância do modelo previsto em lei. (Dezem, 2016, p. 526)

Cumprir expor todas essas numerosas classificações de provas apenas para desenvolver a ideia de que o ritual realizado no reconhecimento por meio de fotografia, que será exposto mais adiante, configura meio irritual de prova, visto que não respeita o procedimento previsto em legislação processual penal.

3.4 APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*

Via de regra, o reconhecimento pessoal exige uma postura ativa do suspeito a ser reconhecido, devendo ele se encaminhar até a delegacia e colaborar com o procedimento. No entanto, recusando-se o suspeito a participar do reconhecimento a fim de não produzir prova contra si mesmo, comumente utiliza-se o reconhecimento fotográfico como meio alternativo (BADARÓ, 2016, p. 483).

Dessa forma, considerando a aplicação do *nemo tenetur se detegere*, temos a seguinte definição:

Plasmado no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal o princípio da não autoincriminação, que também encontra assento no art. 8º, 2, g, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, transcende o mero direito do preso de ficar calado. A expressão latina *nemo tenetur se detegere* significa, literalmente, que ninguém é obrigado a se descobrir, ou seja, qualquer pessoa acusada da prática de um ilícito penal não tem o dever de se autoincriminar, de produzir prova em seu desfavor. (Brito; Fabretti; Lima, 2015, p. 33)

Sendo assim, esclarece Alexandre Morais da Rosa (2019, p. 349) que a abrangência do *nemo tenetur se detegere* “vai além do direito ao silêncio, já que indica a possibilidade de o sujeito não colaborar com a investigação ou instrução criminal”. O autor instrui ainda que o suposto autor do delito fica “desobrigado a cooperar com a apuração criminal, nem de sofrer métodos proibidos de interrogatório e de obtenção probatória”.

4 ESPÉCIES DE RECONHECIMENTO

Conforme demonstrado previamente, segundo consta na “lei brasileira, o reconhecimento está incluído entre os meios de prova, como aliás se salienta na Exposição de Motivos (item VII), e assim deve ser considerado” (MIRABETE, 2001, p. 307).

Sobre o ato, conceitua Tourinho Filho (2011, p. 622) que o “Reconhecimento é o ato pelo qual se faz a verificação e a confirmação da identidade da pessoa ou da coisa que é exibida”, apontando ainda que o referido procedimento “é, de todas as provas, a mais falha, a mais precária”.

Insta demonstrar o quanto preceituado em norma processual penal nos artigos 226 a 228, em Capítulo VII, no que trata do reconhecimento de pessoas e coisas:

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

I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

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

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

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

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

Art. 227. No reconhecimento de objeto, proceder-se-á com as cautelas estabelecidas no artigo anterior, no que for aplicável.

Art. 228. Se várias forem as pessoas chamadas a efetuar o reconhecimento de pessoa ou de objeto, cada uma fará a prova em separado, evitando-se qualquer comunicação entre elas. (Brasil, Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941)

Deve-se demonstrar que, segundo Aury Lopes (2019, p. 488), o procedimento realizado com a finalidade de reconhecer pessoas e/ou coisas ocorre “tanto na fase pré-processual como também na processual. O ponto de estrangulamento é o nível de (in)observância por parte dos juízes e delegados da forma prevista no Código Processual Penal”.

Expostas as formalidades necessárias para realizar-se o reconhecimento de pessoas, não se pode olvidar, como alega Renato Brasileiro (2016, p. 704), que o tanto quanto for aplicável, “utiliza-se o procedimento acima descrito para fazer o reconhecimento de objetos”.

4.1 DE PESSOAS E COISAS (ART. 226, CPP)

Pormenorizando o procedimento constante em art. 226, temos como primeira etapa a descrição da pessoa a ser reconhecida, sendo que, conforme exposto por Gustavo Badaró (2016, p.481-482), trata-se de fase obrigatória onde se deve “obter o máximo de elementos possíveis sobre a pessoa a ser identificada”, devendo a autoridade atentar-se ao fato de que, se “a descrição for diversa das características da pessoa que se pretende reconhecer, o reconhecimento será destituído de valor”.

Em posição contrária, Mirabete (2002, p. 308) entende que é “facultativa e não obrigatória ... a presença de outras pessoas, ao lado do suspeito, no ato de reconhecimento pessoal”.

Porém, em continuidade, Gustavo Badaró (2016, p. 482) trata da segunda etapa da comparação, onde a pessoa a ser reconhecida deve ser colocada ao lado de outras com características semelhantes, se possível. Explica ainda que o essencial é a presença de um conjunto de dados semelhantes, sendo que sua

ausência acarretará a nulidade do reconhecimento realizado em razão de defeito formal.

A semelhança física é “questão crucial nesse ato”, de modo a “criar um cenário cujo nível de indução seja o menor possível”, devendo a autoridade judiciária se “atentar para a formação de uma roda de reconhecimento com pessoas de características físicas similares (estrutura, porte físico, cor de cabelo e pele etc.)” (LOPES JR., 2019, p. 490).

E quanto a terceira e última etapa, “deverá a pessoa que procede ao reconhecimento indicar, entre as pessoas postas em comparação, qual foi efetivamente reconhecida” (BADARÓ, 2016, p. 482). Finalizado o ato “lavra-se [o] auto de reconhecimento, consoante determinado no art. 226, IV, do CPP” (DEZEM, 2016, p. 595).

Cumpra-se alguma observações quanto ao ato. Na hipótese de receio de a “pessoa convidada a fazer o reconhecimento, por efeito de intimidação ou por influência, não diga a verdade na presença da que deva ser reconhecida”, deve-se proceder “à autoridade tomar as necessárias providências para que aquela que deva ser reconhecida não veja a que vai proceder o reconhecimento” (TOURINHO FILHO, 2011, p. 623).

No entanto, tal procedimento “por razões óbvias, não terá lugar na fase da instrução criminal nem em plenário de julgamento, como prescreve o parágrafo único do art. 226” (TOURINHO FILHO, 2011, p. 623).

Ainda, “Procura-se evitar que uma pessoa possa influir sobre a outra, quando há várias para o ato, dispondo-se que no reconhecimento fiquem separadas, cada uma fazendo a prova em separado” (MIRABETE, 2002, p. 308), sem qualquer comunicação, conforme artigo 228 do CPP.

Importante ainda ressaltar que, sob o entendimento de Mirabete (2002, p. 309) a obrigatoriedade das formalidades ora aduzidas limita-se ao inquérito policial, visto que afirmou que “Quando se tratar de reconhecimento produzido em juízo, as formalidades previstas em lei, embora aconselháveis, não são reputadas essenciais”.

No entanto, se tais formalidades não forem observadas, “o reconhecimento de pessoa efetuado no inquérito policial tem um valor reduzido, e não absoluto, como prova”, sendo que “Para preservar a credibilidade do reconhecimento extrajudicial é que se devem observar as formalidades e modos procedimentais do artigo 226” (MIRABETE, 2002, p. 208).

Findas, assim, a exposição das fases estabelecidas em dispositivo legal no que tange ao reconhecimento de pessoas e coisas, deve-se passar ao esclarecimento dos outros meios irrituais de reconhecimento aplicados no processo penal brasileiro.

4.2 MEDIANTE FOTOGRAFIA (E OUTROS MEIOS OBSCUROS)

As eventualidades aqui tratadas decorrem da possibilidade de que “o reconhecimento que não siga as disposições do art. 226 do CPP possa ser admitido como reconhecimento informal”, sendo essa a “chamada prova irritual, ou seja, daquela que não segue as disposições previstas em lei” (DEZEM, 2016, p. 597).

Aterrissando agora no principal tema em debate neste texto, temos a prova irritual denominada de reconhecimento fotográfico, também classificada como prova inominada (MIRABETE, 2002, p. 309; LIMA, 2016, p. 704). Esclarece Alexandre Morais (2019, p. 704, grifo do autor) que “**O reconhecimento para o CPP é somente o pessoal**. Com o desenvolvimento tecnológico, contudo, é prática comum é a utilização do dito ‘reconhecimento fotográfico’”.

Não bastando a divergência doutrinária quanto a natureza do reconhecimento fotográfico, sendo meio de prova irritual ou inominada, traz Dezem (2016, p. 600, grifo do autor) o parecer de que tal procedimento deve ser classificado como atípico, sendo que “No meio de prova típico, a conduta recai sobre *pessoa* ou *coisa*; já no meio de prova atípico a conduta de reconhecer recai sobre *fotografia*”.

Esclarece ainda o autor que tal distinção justifica seu entendimento “uma vez que a lei não limitou o reconhecimento fotográfico, o princípio da liberdade probatória permite a produção deste meio de prova” (DEZEM, 2016, p. 600).

Não satisfeito, defende Guilherme Dezem o reconhecimento por meio de fotografia ser meio de prova atípico em “motivo de ordem legal a justificar a

admissibilidade do reconhecimento fotográfico: trata-se da Lei 12.037/2009, que cuida da identificação criminal, e permitiu o uso de material fotográfico nas situações em que autoriza” (DEZEM, 2016, p. 601)¹.

Por outro lado, tratando o reconhecimento por meio de fotografias como meio de prova irritual, aponta Gustavo Badaró (2016, p. 483-484) que esta “vulnera o procedimento probatório previsto no art. 226, substituindo a segunda fase de comparação física e ao vivo da pessoa a ser reconhecida pela comparação fotográfica”.

Não satisfeito, alegou ainda que “Diante da vulneração do procedimento probatório previsto no art. 226, o reconhecimento fotográfico não pode servir de fundamento para a condenação” (BADARÓ, 2016, p. 484), ao menos não desacompanhado de outras provas que comprovem sua veracidade, conforme os julgados das Cortes Superiores:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 226 DO CPP. INOCORRÊNCIA. RECONHECIMENTO DO ACUSADO FEITO NA FASE INQUISITORIAL POR MEIO DE FOTOGRAFIA. CONFIRMAÇÃO EM JUÍZO. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Este Superior Tribunal sufragou entendimento "no sentido de que o reconhecimento fotográfico, como meio de prova, é plenamente apto para a identificação do réu e fixação da autoria delituosa, desde que corroborado por outros elementos idôneos de convicção" (HC 22.907/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJ 04/08/2003), assim como ocorreu in casu, onde o reconhecimento por fotografia feito na fase inquisitiva foi confirmado em juízo, e

¹ Cumpre trazer o texto legal apontado por Guilherme Dezem, qual seja:

“Art. 5º A identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação.” (Brasil, Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009)

referendado por outros meios de prova, estes produzidos em sede judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp n. 192.334/SE, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 16/4/2013, DJe de 24/4/2013.)

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. NULIDADE DA SENTENÇA. CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA EM RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. FASE INQUISITORIAL. AUSÊNCIA DE CONFIRMAÇÃO JUDICIAL. ORDEM CONCEDIDA. - O reconhecimento fotográfico somente deve ser considerado como forma idônea de prova, quando acompanhada de outros elementos aptos a caracterizar a autoria do delito. - A produção de provas na fase inquisitorial, deve observar com rigor as formalidades legais tendentes a emprestar-lhe maior segurança, sob pena de completa desqualificação de sua capacidade probatória. - Ordem CONCEDIDA para anular o acórdão recorrido e determinar a imediata soltura do Paciente, salvo se por outro motivo estiver preso. (HC n. 56.723/SP, relator Ministro Paulo Medina, Sexta Turma, julgado em 9/11/2006, DJ de 11/12/2006, p. 426.)

PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. NULIDADE DA SENTENÇA. CONDENAÇÃO BASEADA FUNDAMENTALMENTE NO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DO RÉU NA FASE INQUISITÓRIA.

I - É firme o entendimento jurisprudencial no sentido de que o reconhecimento fotográfico, como meio de prova, é plenamente apto para a identificação do réu e fixação da autoria delituosa, desde que corroborado por outros elementos idôneos de convicção.

II - In casu, a sentença condenatória do paciente se baseou, fundamentalmente, no reconhecimento fotográfico do acusado na fase inquisitória, quase um ano após a ocorrência dos fatos, o que não se mostra suficiente para sustentar a condenação do acusado. Writ concedido. (HC n. 22.907/SP, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 10/6/2003, DJ de 4/8/2003, p. 337.)

Alerta Mirabete (2002, p. 309) a respeito da exceção em que se deve recorrer ao reconhecimento por meio de fotografias, devendo ser aplicado “apenas quando não possível o reconhecimento pessoal e obedecer-se às regras especiais do reconhecimento, sempre que possível”, não especificando, porém, quais as supostas regras especiais.

Apesar de o reconhecimento do autor por meio de fotografias não estar disposto em lei, Renato Brasileiro (2016, p. 704) esclarece que “seja em virtude do princípio da busca da verdade, seja por força do princípio da liberdade na produção de provas, tem sido admitido pela doutrina e pela jurisprudência”.

Aponta ainda o *habeas corpus* n.º 74.267/SP de relatoria do Ministro Francisco Rezek, no que tange ao “Supremo Tribunal Federal, é possível sua utilização, desde que corroborado por outros elementos de prova, sendo que o procedimento a ser observado é o mesmo do reconhecimento de pessoas” (LIMA, 2016, p. 704).

Dessa forma, segue o entendimento, não apenas do STF, como também do STJ:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROVA. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. O reconhecimento fotográfico tem valor probante pleno quando acompanhado e reforçado por outros elementos de convicção. Habeas corpus indeferido. (HC 74267, Relator(a): FRANCISCO REZEK, Segunda Turma, julgado em 26/11/1996, DJ 28-02-1997 PP-04064 EMENT VOL-01859-01 PP-00196)

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESVIRTUAMENTO. PRECEDENTES DO STF. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. EXISTÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS PARA EMBASAR A DENÚNCIA. VALIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTOS. FUGA DO DISTRITO DA CULPA. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL E APLICAÇÃO DA LEI PENAL. REITERAÇÃO CRIMINOSA. RISCO CONCRETO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a fim de preservar a coerência do sistema recursal e a própria função constitucional do writ, de prevenir ou remediar ilegalidade ou abuso de poder contra a liberdade de locomoção.
2. O remédio constitucional tem suas hipóteses de cabimento restritas, não podendo ser utilizado em substituição a recursos processuais penais, a fim de discutir, na via estreita, tema afetos a apelação criminal, recurso especial, agravo em execução e até revisão criminal, de cognição mais ampla. A ilegalidade passível de justificar a impetração do habeas corpus deve ser manifesta, de constatação evidente, restringindo-se a questões de direito que não demandem incursão no acervo probatório constante de ação penal.
3. Este Superior Tribunal tem se posicionado no sentido da validade do reconhecimento fotográfico, desde que não seja utilizado de forma isolada, mas esteja em consonância com os demais elementos constantes dos autos.
4. No caso em análise, o reconhecimento fotográfico apenas corroborou os indícios de autoria, a justificar o regular processamento da ação penal, até porque do inquérito policial colacionado aos autos observa-se que existiram outros elementos para embasar a denúncia oferecida pelo Ministério Público, como as declarações prestadas pelas vítimas e testemunhas.
5. A fuga do paciente do distrito da culpa, comprovadamente demonstrada nos autos, constitui fundamento idôneo a ensejar a manutenção da medida de exceção para a conveniência da instrução criminal e para a garantia de aplicação da lei penal.
6. A reiteração criminosa constitui motivação idônea a ensejar a prisão preventiva para o bem da ordem pública.
7. Habeas corpus não conhecido. (HC n. 238.577/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 6/12/2012, DJe de 18/12/2012.)

No entanto, Aury Lopes (2019, p. 490, grifo nosso) desacredita na fidedignidade de tal meio de prova, afirmando que “não pode ser admitida uma prova rotulada de inominada quando na realidade ela decorre de uma variação (ilícita) de outro ato estabelecido na lei processual penal, cujas garantias não foram observadas”.

Aduz ainda que o ato em comento “somente pode ser utilizado como ato preparatório do reconhecimento pessoal, nos termos do art. 226, Inciso I, do CPP, **nunca** como substitutivo àquele ou como uma prova inominada” (LOPES JR., 2019, p. 490, grifo nosso).

Cuida Tourinho Filho (2011, p. 622) de alertar o quanto “sabemos todos, há fotografias que não retratam, com fidelidade, a pessoa”, muito bem recordando “que Penélope, a esposa de Ulysses, não o reconheceu após alguns anos de ausência”.

Quanto ao procedimento aplicado para reconhecer o possível autor do delito a ser apurado por meio fotográfico, Dezem (2016, p. 602) afirma ser o mesmo concernente ao reconhecimento pessoal, ressaltando apenas que “em vez de se colocar as pessoas uma ao lado das outras para o reconhecimento, serão colocadas fotografias de pessoas parecidas com a que irá ser reconhecida”.

No entanto, contrário ao alegado por Dezem, o magistrado Alexandre Morais da Rosa reconhece sobre o procedimento:

Não raro às vítimas, sem que tenha sido colhido formalmente seu depoimento e a descrição do autor e suas características, é apresentado o famoso “álbum de fotografias” ou mesmo as “imagens de computador” dos agentes que já passaram por investigações policiais ou que os policiais tenham a intuição da autoria (ROSA, 2019, p. 704)

Ato seguinte, “Segue-se a lavratura do ‘auto de reconhecimento fotográfico’ e, não raro, o pedido de prisão e/ou indiciamento”, sendo que “Daí em diante fixa-se a imagem do agente (falsa memória) e, assim, o conteúdo está contaminado” (ROSA,

2019, p. 704), demonstrando o quão fantasiosa é a ideia de produzir de forma lícita o reconhecimento por meios fotográficos.

Tratado o quanto necessário para esclarecer o reconhecimento fotográfico, passa-se aos outros meios de forma irritual. Elucida Gustavo Badaró (2016, p. 482, grifo nosso) que “Com a Lei 11.900/2009, passou a ser possível a realização de reconhecimento pessoal por videoconferência”, sendo de grande auxílio para a economia dos atos processuais, pois “como não há limitação legal, em tese, tal poderia ocorrer porque a pessoa a ser reconhecida está presa, ou porque o sujeito a realizar o reconhecimento de outrem encontra-se detido”, no entanto, por óbvio, tal modo de realização do ato também possui seus obstes.

Gustavo Badaró (2016, p. 484, grifo do autor) traz ainda como outro meio de prova irritual o “**apontamento do acusado na audiência**, pela vítima ou pelas testemunhas, dando-lhe o mesmo valor probatório do reconhecimento formal”, no entanto o jurista afirma que tal prova não pode ser admitida no processo visto a sua natureza irritual.

Salienta Renato Brasileiro (LIMA, 2016, p. 704, grifo nosso) que além das formas já apresentadas “também tem sido usado como prova inominada o reconhecimento fonográfico, conhecido como clichê fônico”. Explica ainda o desdobramento desse meio de prova, na hipótese de “um crime praticado por criminosos encapuzados, ou usando capacetes, é possível que a vítima faça o reconhecimento através de sua voz”.

Importa expor que em tal ato “Mais uma vez, deve ser usado o procedimento probatório previsto para o reconhecimento de pessoas” (LIMA, 2016, p. 704).

Por fim, visando as inclusão das tecnologias mais atuais à produção de provas no processo penal, Aury Lopes Jr. postula que

[...] devem ser admitidos no campo das perícias os exames de DNA, datiloscópicos e também alguns pouco conhecidos no Brasil, como a palatoscopia (estudo das rugosidades palatinais), a queiloscopia (estudo das impressões dos lábios, marcas de mordida e características histológicas do dente) e outros, cujas modernas

tecnologias e o conhecimento científico venham a desenvolver para auxiliar a identificação de pessoas. (Lopes Jr., 2019, p. 492)

Apresentados tais meios de provas comumente desconhecidos, será detalhado adiante as principais falhas existentes em dois procedimentos, quais sejam, o reconhecimento de pessoas e sua modalidade que fora alterada para ser realizada por meio de fotografia, dividindo-se nas falhas decorrentes do afastamento das formalidades legais, das ações da memória e da discriminação social e racial.

5 FALHAS NO RECONHECIMENTO

Tratadas as formalidades inerentes ao procedimento para reconhecimento de pessoas ainda em fase inquisitória, especialmente mediante exposição de fotografias, bem como sua manifesta inconsistência, deve-se individualizar alguns dos principais desacertos cometidos pelas autoridades responsáveis.

Sendo inegável admitir que o “reconhecimento pessoal já foi apontado como a mais falha e precária das provas” (BADARÓ, 2016, p. 483), imprescindível apontar as disparidades próprias do reconhecimento e suas respectivas elucidações possíveis, conforme amplamente discutido pela doutrina recente.

5.1 AFASTAMENTO DAS FORMALIDADES

Considerando preliminarmente o reconhecimento realizado à presença do suposto acusado, há certa divergência no campo da doutrina e da jurisprudência, visto que o entendimento predominante tange em apontar “com certa segurança que o procedimento descrito no artigo 226 do Código de Processo Penal, com sua redação originária de 1941, não está em consonância com as melhores práticas descritas pela Psicologia do Testemunho”, enquanto que as decisões das cortes superiores “entendem ser esse procedimento apenas uma recomendação” (MELCHIOR, A. P. et al, 2022, p. 28).

Dessa forma, dita Melchior (2022, p. 28) que a constante flexibilização do procedimento de reconhecimento presente em art. 226 do CPP acaba por propiciar a adoção de questionáveis e frágeis atos probatórios pelas autoridades judiciárias, como ocorreu no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, podendo ser verificada tal flexibilização nos seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.
PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE.
NÃO DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. INCIDÊNCIA DO
PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. RECONHECIMENTO.
DISPOSIÇÕES DO ART. 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.
RECOMENDAÇÕES E NÃO FORMALIDADE. DISSÍDIO

JURISPRUDENCIAL. SÚMULA N.º 568 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. No tocante à alegada ocorrência de nulidades - atinentes aos fatos de que parte da mídia digital da audiência estaria inaudível e de que a data da conduta que consta da denúncia diverge daquela informada no inquérito -, o Tribunal de origem decidiu de acordo com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, fixada no sentido de que, na forma do art. 563 do Código de Processo Penal, nenhum ato poderá ser declarado nulo caso não demonstrado, tal como ocorre na hipótese dos autos, efetivo prejuízo para a Defesa.

2. No tocante ao reconhecimento fotográfico, a fundamentação adotada pela Corte a quo está em consonância com o entendimento do STJ, estabelecida no sentido de que "[...] as disposições inculpidas no art. 226 do CPP, configuram uma recomendação legal, e não uma exigência absoluta, não se cuidando, portanto, de nulidade quando praticado o ato processual (reconhecimento pessoal) de modo diverso" (AgRg no AREsp 1.291.275/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJe de 11/10/2018.) 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp n. 1.376.249/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 21/2/2019, DJe de 12/3/2019, grifo nosso)

Em entendimento contrário temos:

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DE PESSOA REALIZADO NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. PROVA INVÁLIDA COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. RIGOR PROBATÓRIO. NECESSIDADE PARA EVITAR ERROS JUDICIÁRIOS. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O reconhecimento de pessoa, presencialmente ou 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 art. 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.

2. 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.

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

4. O reconhecimento de pessoa por meio fotográfico é ainda mais problemático, máxime quando se realiza por simples exibição ao reconhecedor de fotos do conjecturado suspeito extraídas de álbuns policiais ou de redes sociais, já previamente selecionadas pela autoridade policial. E, mesmo quando se procura seguir, com adaptações, o procedimento indicado no Código de Processo Penal para o reconhecimento presencial, não há como ignorar que o caráter estático, a qualidade da foto, a ausência de expressões e

trejeitos corporais e a quase sempre visualização apenas do busto do suspeito podem comprometer a idoneidade e a confiabilidade do ato.

5. 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, que deflui do desenho constitucional de suas missões, com destaque para a "defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (art. 127, caput, da Constituição da República), bem assim da sua específica função de "zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos [inclusive, é claro, dos que ele próprio exerce] [...] promovendo as medidas necessárias a sua garantia" (art. 129, II).

7. Na espécie, o reconhecimento do primeiro paciente se deu por meio fotográfico e não seguiu minimamente o roteiro normativo previsto no Código de Processo Penal. Não houve prévia descrição da pessoa a ser reconhecida e não se exibiram outras fotografias de possíveis suspeitos; ao contrário, escolheu a autoridade policial fotos de um suspeito que já cometera outros crimes, mas que absolutamente nada indicava, até então, ter qualquer ligação com o roubo investigado.

8. Sob a égide de um processo penal comprometido com os direitos e os valores positivados na Constituição da República, busca-se uma verdade processual em que a reconstrução histórica dos fatos objeto do juízo se vincula a regras precisas, que assegurem às partes um maior controle sobre a atividade jurisdicional; uma verdade, portanto,

obtida de modo "processualmente admissível e válido" (Figueiredo Dias).

9. O primeiro paciente foi reconhecido por fotografia, sem nenhuma observância do procedimento legal, e não houve nenhuma outra prova produzida em seu desfavor. Ademais, as falhas e as inconsistências do suposto reconhecimento - sua altura é de 1,95 m e todos disseram que ele teria por volta de 1,70 m; estavam os assaltantes com o rosto parcialmente coberto; nada relacionado ao crime foi encontrado em seu poder e a autoridade policial nem sequer explicou como teria chegado à suspeita de que poderia ser ele um dos autores do roubo - ficam mais evidentes com as declarações de três das vítimas em juízo, ao negarem a possibilidade de reconhecimento do acusado.

10. Sob tais condições, o ato de reconhecimento do primeiro paciente deve ser declarado absolutamente nulo, com sua consequente absolvição, ante a inexistência, como se deflui da sentença, de qualquer outra prova independente e idônea a formar o convencimento judicial sobre a autoria do crime de roubo que lhe foi imputado.

11. Quanto ao segundo paciente, teria, quando muito - conforme reconheceu o Magistrado sentenciante - emprestado o veículo usado pelos assaltantes para chegarem ao restaurante e fugirem do local do delito na posse dos objetos roubados, conduta que não pode ser tida como determinante para a prática do delito, até porque não se logrou demonstrar se efetivamente houve tal empréstimo do automóvel com a prévia ciência de seu uso ilícito por parte da dupla que cometeu o roubo. É de se lhe reconhecer, assim, a causa geral de diminuição de pena prevista no art. 29, § 1º, do Código Penal (participação de menor importância).

12. **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 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.

13. Ordem concedida, para: a) com fundamento no art. 386, VII, do CPP, absolver o paciente Vânio da Silva Gazola em relação à prática do delito objeto do Processo n. 0001199-22.2019.8.24.0075, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Tubarão - SC, ratificada a liminar anteriormente deferida, para determinar a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso; b) reconhecer a causa geral de diminuição relativa à participação de menor importância no tocante ao paciente Igor Tártari Felácio, aplicá-la no patamar de 1/6 e, por conseguinte, reduzir a sua reprimenda para 4 anos, 5 meses e 9 dias de reclusão e pagamento de 10 dias-multa.

Dê-se ciência da decisão aos Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais, bem como ao Ministro da Justiça e Segurança Pública e aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, encarecendo a estes últimos que façam conhecer da decisão os responsáveis por cada unidade policial de investigação. (HC n. 598.886/SC, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 27/10/2020, DJe de 18/12/2020, grifo nosso)

Ora, se assentado o entendimento de que o reconhecimento pessoal se encontra “delimitado por um conjunto de formalidades legais, as quais lhe impõem limites e regras de tal forma precisas que, caso sejam violadas, aquele ato não poderá ser valorado como meio de prova” (RIBEIRO, p. 16), não há que se fazer concessões quanto ao procedimento simplesmente para que seja realizado e encerrado o ato, dando continuidade ao procedimento com meras intenções punitivistas.

Tão imprescindível a manutenção da forma disposta em arts. 226 a 228 que o tanto foi ratificado pelo magistrado Alexandre Morais (2019, p. 702-703) ao tratar da “desídia da autoridade policial em providenciar o depoimento antecedente, invertendo a lógica de produção, altera a ordem de garantia e retira a credibilidade do reconhecimento”.

Sobre o mesmo autor, afirma ainda que a inexistência do procedimento pode incidir “o que se denomina de viés do entrevistador, ou seja, o policial que realizou a diligência sem observar as formalidades legais, pode gerar depois o **efeito compromisso e congelamento**” (2019, p. 703, grifo do autor).

Importa ressaltar que tal efeito, em síntese, decorre quando “um reconhecimento realizado afeta todos os subsequentes, e nesse sentido, é importante que seja realizado com procedimentos que assegurem a lisura do ato e os direitos dos envolvidos” (IDDD, 2022, p. 35-36).

Em consonância com ora aventado, Aury Lopes (2019, p. 490) expõe que as disposições do reconhecimento pessoal, “longe de serem inúteis formalidades, constituem condição de credibilidade do instrumento probatório, refletindo na qualidade da tutela jurisdicional prestada e na própria confiabilidade do sistema judiciário de um país”.

Assim, a imprescindibilidade da atuação das autoridades em conformidade com as disposições legais é tangível, conforme demonstra Melchior de maneira incisiva, listando alguns dos principais equívocos que resultam no falso reconhecimento:

Atualmente é sabido que algumas variáveis que aumentam o risco do falso reconhecimento são dependentes do funcionamento da

memória (e.g., esquecimento) ou de características do crime (e.g., o crime ocorreu em um local pouco iluminado). Contudo, outras variáveis que aumentam o risco de falso reconhecimento dependem exclusivamente do sistema de justiça, como a maneira que o suspeito é apresentado para o reconhecimento e as instruções dadas à testemunha para o procedimento (MELCHIOR, A. P. et al, 2021, p. 6, grifo nosso)

Agora, no que tange aos procedimentos constantes em legislação processual penal, bem como suas etapas já perfilhadas, cumpre indicar os lapsos mais comuns verificados durante o reconhecimento pessoal.

De início temos a importância da descrição da pessoa a ser reconhecida pela vítima/ofendido, ato considerado prescindível por Mirabete (2001, p. 308), sendo que “o fato de o reconhecedor não ser capaz de descrever o reconhecendo não deve impedir que o ato se realize”, de modo que nessa hipótese deve-se passar adiante para o reconhecimento propriamente dito.

No entanto, considerando os casos em que é realizada a descrição do suposto autor, observa-se a ocorrência do que Gustavo Ávila (2013, p.114, grifo do autor) chama de “efeito da **sugestionabilidade** da memória [que] pode ser definido como uma aceitação e subsequente incorporação na memória de falsa informação posterior à ocorrência do evento original”.

O autor contextualiza o efeito afirmando que “Nossas memórias, inclusive a dos entrevistadores, são passíveis de serem influenciadas pelas outras pessoas”, de modo que “As informações que recebemos, depois do evento que vivenciamos, podem interferir em nossa memória” (2013, p. 114).

Outrossim, explica Melchior (2022) que a aplicação de tal efeito se dá, principalmente, diante das “perguntas realizadas para obter a descrição do perpetrador [que] podem interferir na memória antes mesmo da realização do reconhecimento”. Ainda, a fim de exemplificar a ocorrência da sugestionabilidade, ressalva que:

A obtenção da descrição do suposto autor do crime e das condições de observação de rostos deve evitar perguntas fechadas (e.g., “o suspeito tinha cabelo liso?”), pois essas direcionam a resposta da testemunha (e.g., a testemunha pode responder sim ou não, mesmo que não tenha codificado esta informação), alterando a

representação original do rosto a ser reconhecido (MELCHIOR, A. P. et al, 2022, p. 21)

Ainda se tratando necessidade da realização da descrição pela vítima ou ofendido, “há que se considerar que, se característica única e isolada fora hábil para identificar o reconhecimento, então se poderia dispensar a descrição das demais características”, sob o entendimento de Dezem (2016, p. 595, grifo nosso) e do Ministro Gilson Dipp em recurso em *habeas corpus* de n.º 12.227/RJ:

CRIMINAL. RHC. ROUBO QUALIFICADO. ALEGAÇÃO DE DEFICIÊNCIA NO RECONHECIMENTO PESSOAL. INOCORRÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE CONCRETA FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA NÃO-DEMONSTRADA. CARÊNCIA QUE NÃO PODE SER SUPRIDA EM 2º GRAU. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. **Não há necessidade de que a testemunha proceda à descrição do acusado, se uma de suas características físicas foi suficiente para o seu reconhecimento pessoal.** O reconhecimento pessoal isolado não anula o ato, sendo que a presença de outras pessoas junto aos réus é uma recomendação legal, e não uma exigência. Exige-se concreta motivação do decreto de prisão preventiva, com base em fatos que efetivamente justifiquem a excepcionalidade da medida, atendendo-se aos termos do art. 312 do CPP e da jurisprudência dominante, não sendo suficiente a mera alusão genérica à gravidade do delito e aos indícios de autoria. O Tribunal não pode suprir a carência de fundamentação do decreto prisional monocrático. Recurso parcialmente provido para revogar a prisão cautelar efetivada contra JEAN CLAUDE DA FONSECA MENDES, determinando-se a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso, mediante condições a serem estabelecidas pelo Julgador de 1º grau, sem prejuízo de que venha a ser decretada novamente a custódia, com base em fundamentação concreta. (RHC n. 12.227/RJ, relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 13/3/2002, DJ de 15/4/2002, p. 234, grifo nosso)

Já no que tange a segunda etapa postulada em artigo 226 do Código de Processo Penal, ou seja, “a pessoa a ser reconhecida será colocada, se possível, o lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança”, no entanto “cumprir registrar que a utilização do termos *se possível* tem gerado controvérsia na doutrina” (DEZEM, 2016, p. 595, grifo do autor).

O claro posicionamento de Tourinho Filho (2011, p. 623, grifo nosso) indica que o reconhecimento procederá mediante a apresentação de um conjunto de

pessoas à vítima/ofendido, descrevendo o ato da seguinte forma: “a autoridade colocará a pessoa cujo reconhecimento se pretender ao lado de outras”, ato seguinte “Se possível, ao lado de pessoas que com ela tiverem alguma semelhança”.

Contrariamente ao apresentado, Mirabete (2002, p. 308, grifo nosso) apresenta o texto legal e demonstra o parecer de que é “facultativa e não obrigatória, conforme o dispositivo, a presença de outras pessoas, ao lado do suspeito, no ato de reconhecimento pessoal”.

Sob tal égide, o autor afirma que “Não sendo obedecidas as formalidades legais, o reconhecimento, mesmo assim, não perde seu valor, valendo como elemento de convicção do julgador” (MIRABETE, 2002, p. 308).

A divergência perdura no Superior Tribunal de Justiça, conforme compreende-se do entendimento do Ministro Rogério Schietti Cruz de que as formalidades constantes em artigo 226 do CPP não passam de recomendação legal, inversamente do entendimento do Ministro Nefi Cordeiro de que o desrespeito das formalidades apontadas resulta no enfraquecimento da prova:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECONHECIMENTO PESSOAL DO ACUSADO. INOBSERVÂNCIA DE FORMALIDADES LEGAIS. AUSÊNCIA DE NULIDADE. SÚMULA N. 83 DO STJ. CORRUPÇÃO DE MENORES. PROVA DA EFETIVA CORRUPÇÃO. DESNECESSIDADE. SÚMULA N. 500 DO STJ. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E FIXAÇÃO DO REGIME. ANÁLISE DESFAVORÁVEL DA CULPABILIDADE. FUNDAMENTO IDÔNEO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. **A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que a inobservância das formalidades legais para o reconhecimento pessoal do acusado não enseja nulidade, por não se tratar de exigência, apenas recomendação, sendo válido o ato quando realizado de forma diversa da prevista em lei, notadamente quando amparado em outros elementos de prova, situação que ocorre nos autos.** 2. A corrupção de menores configura-se com o cometimento de crime em companhia de agente menor, o que ocorreu no caso, sendo desnecessária a prova efetiva de sua corrupção. Súmula n. 500 do STJ. 3. O aumento da pena-base devido à conclusão de que a violência perpetrada ultrapassou a normal prevista no tipo penal, em se tratando de crime de roubo, o que ensejou a valoração negativa da culpabilidade, é fundamento válido e idôneo. Afastar tal conclusão demandaria o revolvimento do suporte fático-probatório, procedimento vedado pela Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça. 4. Não há ilegalidade no acórdão que determinou o

cumprimento da pena em regime inicial semiaberto, ante a presença de motivação concreta. Na espécie, a fixação do regime foi fundamentada, levando-se em conta, além do quantum de pena aplicado, a existência da desvalorização da circunstância judicial relativa à culpabilidade 5. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp n. 685.068/PR, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 4/8/2015, DJe de 18/8/2015, grifo nosso)

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO. RECONHECIMENTO PESSOAL. VIOLAÇÃO DO ART. 226 DO CPP. CONDENAÇÃO FUNDADA EM OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Tendo a condenação do réu sido fundamentada no depoimento das vítimas e dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante e na contradição existente entre os depoimentos prestados pelas testemunhas de defesa, não há falar em nulidade pela não observância das exigências contidas no art. 226 do Código de Processo Penal. 2. **Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o desrespeito às balizas do artigo 226 do Código de Processo Penal, concernentes ao reconhecimento pessoal, acarretam o enfraquecimento da força probante da providência, mas não a sua invalidação** (HC 196.797/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 11/3/2014, DJe 24/3/2014). 3. Acórdão recorrido em consonância com o entendimento desta Corte, atraindo a incidência do enunciado sumular 83/STJ, o qual se aplica, também, aos recursos interpostos com fundamento na alínea a do permissivo constitucional. 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 1.188.405/PR, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 4/8/2015, DJe de 20/8/2015, grifo nosso)

Há ainda o proposto por Melchior (2022 p. 25) de que o ideal probatório seria garantir, “cumulativamente, (i) que nenhuma pessoa suspeita se sobressaia em relação às outras e (ii) que as pessoas não suspeitas atendam às descrições apresentadas pelas vítimas ou testemunhas”. Para tanto seria necessário adotar o entendimento de que não basta apresentar apenas uma pessoa como possível autor no ato de reconhecimento pessoal.

Dessa forma, Melchior (2022) alega que “A premissa básica para um reconhecimento justo é que este seja realizado por meio de um alinhamento, no qual o suspeito é apresentado em meio a outras pessoas sabidamente inocentes, chamadas de *fillers*”. Afirma ainda que:

O objetivo de um alinhamento justo é diminuir o número de falsos reconhecimentos que recairiam sobre uma pessoa inocente. Portanto, é necessário que os *fillers* atendam à descrição do autor do crime, para que, assim, tornem-se alternativas plausíveis. De forma alternativa, os *fillers* devem ser selecionados com base na

semelhança com o suspeito, de modo que este não se destaque entre os demais (e.g., se o suspeito possui barba, os outros também devem possuir barba). Em casos de características distintivas (e.g., tatuagem no supercílio), podem ser adotadas medidas de replicação (i.e., selecionar pessoas com tatuagem no supercílio) ou cobrimento (i.e., cobrir a tatuagem do suspeito com um curativo e replicá-lo no mesmo local no supercílio dos *fillers*) (MELCHIOR, A. P. et al, 2022 p. 25, grifo do autor)

Sob um último olhar do reconhecimento exclusivamente pessoal, aponta Aury Lopes “para além das ilegalidades costumeiramente realizadas no reconhecimento pessoal, como anteriormente explicado, é importante uma visão prospectiva, mirando futuras reformas processuais” (Lopes Jr., 2019, p. 496).

Expõe o autor que a legislação processual penal adota como procedimento para o reconhecimento de pessoas o método simultâneo, onde vários supostos autores são apresentados ao mesmo tempo para aquele que foi levado a fazer o reconhecimento (Lopes Jr., 2019, p. 496), sendo que esse método é claramente temerário e coberto de inseguranças.

Contrariamente, o método simultâneo é aquele em que os suspeitos são apresentados separadamente, o qual, para Aury Lopes (2019, p. 496) seria uma possível solução para diminuir a sugestibilidade inerente ao ato. O professor apresenta ainda o termo “distratores” (também chamados de *fillers* por Melchior, 2022), que seriam pessoas apresentadas como suspeitos apesar de reconhecidamente não o serem, sendo que o grupo a ser analisado pela vítima ou ofendido possa ser constituído exclusivamente de distratores, ou apresentarem também o suspeito.

Assim, uma cautela simples que deve ser incorporada à rotina de reconhecimentos pessoais (tanto na fase policial como judicial, ainda que mais eficiente na primeira) é a de advertir a testemunha ou vítima de que o suspeito pode ou não estar presente. Isso reduz a margem de erros de um reconhecimento feito a partir da pré-compreensão (e indução, ainda que endógena) de que o suspeito está presente. (LOPES JR., 2019, p. 497, grifo nosso)

Aduz ainda o autor que, além das alterações procedimentais já demonstradas, ausentar o investigador do ambiente no momento em que for realizado o reconhecimento pessoal diminuiria o induzimento da vítima/ofendido,

ainda que fosse uma indução involuntária por comunicação verbal ou não verbal (LOPES JR., 2019, p. 497).

Temos ainda a modalidade *show up* no reconhecimento, sendo esse “um procedimento de identificação, em que é mostrado para a testemunha um único suspeito e perguntado se foi ele quem cometeu o crime” (ÁVILA, 2013, p. 129).

Melchior trata da funcionalidade da aplicação dessa modalidade, apontando que “o *show-up* é realizado devido a sua agilidade, uma vez que é mais rápido realizar o reconhecimento dessa forma do que selecionar não suspeitos para a realização de um alinhamento” (2022, p. 34). No entanto, o *show up* rotineiramente “é realizado como um reconhecimento informal e, caso a testemunha reconheça o suspeito, realiza-se um “reconhecimento formal” no qual esse é apresentado em um alinhamento, acompanhado de outros rostos” (MELCHIOR, A. P. et al, 2022, p. 33).

Por fim, sobre tal modalidade, Melchior apresenta o maior receio inerente a sua aplicação:

É no show-up que a representação mental racista da polícia e de demais agentes da segurança pública se mostra potente. A partir de vagas informações sobre as características físicas do suspeito, a polícia seleciona uma única fotografia para mostrar à vítima ou à testemunha, que acaba por confirmar essa sugestionabilidade policial. Com frequência, esse padrão comportamental se dá antes mesmo de a investigação preliminar ser iniciada. Às vezes, quando o suspeito está no camburão da polícia, ele é mostrado à vítima como forma de confirmação da autoria delitiva. Por isso, quer na modalidade fotográfica, quer na modalidade presencial, o show-up deve ser banido. (MELCHIOR, A. P. et al, 2022, p. 34)

Já no que tange ao principal meio de prova ora em comento, qual seja, o reconhecimento fotográfico, sendo ele classificado como iritual, compreende-se que sua simples existência configura o afastamento das formalidades presentes em dispositivo legal. Não bastando isso, cumpre observar que, apesar da utilização de fotografias em substituição ao reconhecimento pessoal apresentar baixa valoração probatória, o emprego do álbum de suspeitos no procedimento torna clara a desídia das autoridades policiais.

Esclarece Melchior que o referido álbum de suspeitos:

trata-se de uma espécie de conjunto de fotos, impressas ou em arquivo digital, de pessoas consideradas *a priori* suspeitas de ter cometido crimes ou com antecedentes criminais. É utilizado em procedimentos de reconhecimento para que vítimas e testemunhas identifiquem o(s) suposto(s) autor(es) dos crimes de que foram alvo ou presenciaram. Quando utilizado esse método, as fotos de todos os suspeitos, que podem ou não apresentar semelhanças, são apresentadas ao mesmo tempo; e a pessoa chamada a reconhecer aponta se reconhece algum deles como autor do crime (MELCHIOR, A. P. et al, 2022, p. 18)

Contrário a admissão do reconhecimento por meio de álbum de suspeitos, temos o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DE PESSOA REALIZADO NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. PROVA INVÁLIDA AINDA QUE CONFIRMADA EM JUÍZO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ORDEM CONCEDIDA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. **"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. 712.781/RJ, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/3/2022, DJe 22/3/2022).

2. A Sexta Turma desta Corte, evoluindo no entendimento já exarado por ocasião do julgamento do HC n. 598.886/SC, fixou posicionamento, no HC n. 712.781/RJ, no sentido da impossibilidade de refazimento do procedimento viciado, pela tendência, por vezes até mesmo inconsciente, de confirmação do ato pela vítima, tornando comprometida a prova.

3. **No caso, constata-se que o reconhecimento pessoal do autor do crime foi realizado por álbum de suspeitos, com inobservância ao art. 226 do CPP, tendo sido o único elemento de informação a embasar o oferecimento da denúncia quanto à caracterização da autoria delitiva.**

4. É certo que o Ministério Público teve deferido o pedido de novas diligências para realização de reconhecimento em conformidade com o art. 226 do CPP. **Contudo, o reconhecimento realizado anteriormente de forma viciada não pode ser refeito, pois não é possível corrigir o vício original do reconhecimento feito em**

desacordo com o já mencionado art. 226 do CPP, motivo pelo qual foi trancada a ação penal por ausência de justa causa quanto aos indícios de autoria delitiva.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AgRg no HC n. 724.760/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 7/6/2022, DJe de 13/6/2022, grifo nosso)

Via de regra, o álbum de suspeitos apresentado a vítima, ofendido ou testemunha contém fotos de diversos suspeitos ao mesmo tempo, todos imputados de delitos semelhantes ao apurado no caso, o que por si só traz o temor proveniente da fiabilidade da memória humana (que será explicitada a seguir), não sendo raro a ocorrência de um indivíduo inocente ser reconhecido como autor do delito. Não bastando tal desconcerto, há ainda a fragilidade das fotos em si, pois, não havendo procedimento legal a ser seguido, não há qualquer delimitação no que tange a qualidade, atualidade, ou características dos indivíduos presentes nas fotografias (MELCHIOR, A. P. et al, 2022, p. 55).

5.2 AÇÕES DA MEMÓRIA E ESQUECIMENTO

Esclarece Melchior (2022, p. 28) que as falhas no procedimento do reconhecimento de pessoas pode ocorrer em razão de três principais fatores, são eles: a) as particularidades do crime em tela; b) as limitações da memória, sendo essas últimas reconhecidas como variáveis de estimação; e c) a integridade das provas produzidas, bem como dos procedimento que levaram a ela, sendo esse fator reconhecido como variável do sistema.

Considerando que anteriormente foi tratado a respeito da fiabilidade dos procedimentos probatórios inerentes ao reconhecimento, deve-se voltar agora ao esclarecimento do que se denomina de variáveis de estimação, sendo elas conceituadas como:

[...] fatores que afetam a qualidade da prova dependente da memória, não estando, porém, sob controle do sistema de justiça. Essas variáveis dividem-se em fatores do evento/crime (condições

perceptivas, duração, familiaridade, detalhes impactantes, número de agressores, entre outros) e fatores ligados às condições pessoais da testemunha ou de quem fará o reconhecimento (psicopatologias, idade, raça, gênero, expectativas e crenças, entre outros). (MELCHIOR, A. P. et al, 2022, p. 19)

Dividida tal variável entre os fatores intrínsecos ao crime e as restrições humanas, em especial a memória, temos como fator resultante as falsas memórias, que “podem ser definidas como recordações de eventos que não ocorreram e que, todavia, passaram a ser realmente vividos como verdadeiros no imaginário dos declarantes” (ROSA, 2019, p. 668).

Dessa forma, as falsas memórias decorrentes dos equívocos humanos, do efeito da sugestibilidade, ou até mesmo da manipulação, trazem àquele que é levado a fazer o reconhecimento uma certeza fervorosa, tornando impossível qualquer alteração ou dúvidas sobre a prova produzida sob o arripio das formalidades legais (ROSA, 2019, p. 667-668).

Dada a frequente ocorrência de falsas memórias, a fim de aprimorar a produção probatória realizada em procedimento inquisitivo e reduzir a sugestibilidade, seja ela proposital ou não, dos investigadores, bem como auxiliar na utilização da memória da forma mais precisa possível, Gustavo Ávila destrincha o método da entrevista cognitiva, com criação datada de 1984 por Ronald Fisher e Edward Geiselman (2013, p. 137).

Na oportunidade o autor esclarece que a entrevista cognitiva dispõe de “uma série de estímulos à memória e técnicas de comunicação, desenvolvidas para aumentar a quantidade de informação que possa ser obtida de uma entrevista” (Ávila, 2013, p. 137). Quanto ao procedimento, expõe Gustavo que “A técnica é composta de cinco etapas sucessivas. A mais importante característica da entrevista cognitiva é a progressão das questões abertas para questões fechadas” (Ávila, 2013, p. 139). São as etapas: a) construção de *Rapport*; b) recriação do contexto original; c) narrativa livre; d) questionamento; e) fechamento.

A fim de esclarecer o melhor possível acerca da técnica da entrevista cognitiva, serão pormenorizadas as etapas que a constituem, a iniciar pela criação

de um ambiente acolhedor e confortável com fim de o entrevistado se sentir seguro e descrever com detalhes a ocorrido, também chamado *rapport*. Esse termo é descrito como

[...] um relacionamento de trabalho entre o examinador e o examinando. Tal relacionamento às vezes pode ser alcançado com algumas palavras trocadas quando ambos são apresentados. Se apropriado, algumas palavras sobre a natureza do teste por que é importante que os examinandos façam o melhor possível também pode ser útil (COHEN; STURMAN; SWERDLIK, 2014, p. 30)

Ato seguinte, esclarece Gustavo Ávila (2013, p. 140) que o “entrevistado é, então, convidado a, mentalmente, colocar-se de volta na situação que se quer recriar”, ao passo que o entrevistador deverá dar “orientações explícitas, para reelaboração do contexto original, onde o evento ocorreu, utilizando todos os sentidos possíveis (visuais, auditivos, táteis, olfativos e gustativos)”.

A terceira fase da entrevista cognitiva abrange a liberdade do entrevistado “para contar, da sua maneira, todas as informações que puder acessar na memória, sem interrupções” (ÁVILA, 2013, p. 141). Posteriormente o entrevistador deverá fará questionamentos acerca da narrativa realizada pelo entrevistado em fase anterior, no entanto, é importante que o entrevistador inicie “agradecendo à testemunha pela quantidade de informações relatadas, bem como pelo esforço até aquele momento, até para manter a testemunha engajada na tarefa” (ÁVILA, 2013, p. 142).

Por fim, o fechamento da entrevista se resume a apresentação de um apanhado de todas as informações obtidas durante o procedimento para fins de confirmação, devendo o entrevistador atentar-se em manter a possibilidade de o entrevistado acrescentar outras informações (ÁVILA, 2013, p. 142-143).

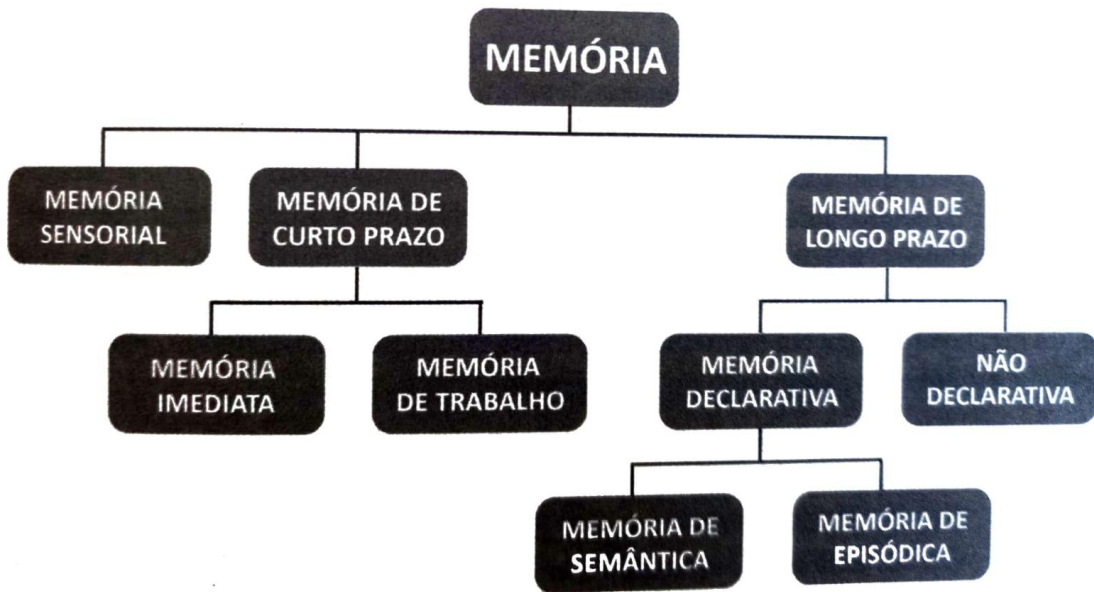
No entanto, os avanços mais recentes do aprimoramento da entrevista cognitiva mostram quatro elementos essenciais para que o entrevistado forneça informações seguras sobre o delito apurado, sendo estas as palavras utilizadas por Gustavo Ávila para descrevê-los:

O elemento regra número um é denominado *restabelecimento mental do contexto* (RMC), no qual o entrevistado é estimulado a mentalmente reconstruir o contexto físico e pessoal dos fatos. O segundo elemento é relatar tudo, sendo o entrevistado estimulado a falar sobre todas as lembranças, mesmo que parciais. O terceiro elemento é baseado em estimular a testemunha a relatar os fatos, considerando variadas perspectivas. Por último, a testemunha é incentivada a recordar os fatos em diferentes ordens temporais. (ÁVILA, 2013, p. 143)

Diante da necessidade numerosas soluções para os problemas decorrentes das provas inerentes a memória, sem qualquer perspectiva de êxito, disserta Freud que “Até agora, nenhuma teoria psicológica conseguiu dar uma explicação coerente do fenômeno fundamental da lembrança e do esquecimento” (1996, p. 91).

O autor esclarece ainda que o fenômeno da memória “produz uma certa seleção entre as impressões que nos são oferecidas, o mesmo acontecendo entre os detalhes da cada impressão ou experiência” (FREUD, 1996, p. 91).

Nesse passo, temos a interpretação do magistrado Alexandre Morais da Rosa acerca dos feitos relativos à memória, bem como sua representação gráfica:



(ROSA, 2019, p. 133)

Inicialmente o autor apresenta a memória em três segmentos básicos: Memória Sensorial; Memória de Curto Prazo; e Memória de Longo Prazo. Para que a Memória Sensorial seja acolhida no campo da Memória de Curto Prazo deve-se dar algum sentido ao evento vivenciado, observando com o máximo de atenção o fato delituoso. Em seguida, não havendo possibilidade de manter-se na Memória de curto Prazo, é necessário que as lembranças acerca do crime presenciado sejam armazenadas na Memória de Longo Prazo, antes sendo trabalhadas pela Memória Imediata ou pela Memória do Trabalho, sendo a primeira já se encontra predisposta para utilização e a segunda permanece inativa (ROSA, 2019, p. 133).

Passadas as informações do crime presenciado à Memória de Longo Prazo, considerando que essas são declarativas a possam ser expressadas, pode-se armazenar tal lembrança no campo das Memórias Semânticas, que tratam do conhecimento geral, da vivência mundana, ou no campo das Memórias Episódicas, sendo que essas tratam de conhecimentos tangentes as experiências vividas, de modo que se torna mais adequada para comportar as memórias e informações relativas ao crime (ROSA, 2019, p. 133).

Considerando tantas etapas necessárias para consolidar uma ou mais informações em nossa memória, não há que se espantar com sua incerteza. **“Longe de ser um gravador, a memória implica em reconstrução e [i]nterpretação do material armazenado, com muitas armadilhas cognitivas”** (ROSA, 2019, p. 135, grifo do autor). Em decorrência desse caminho tortuoso que a lembrança deve percorrer, repleto de instabilidades e dúvidas, temos o instituto das falsas memórias. Não bastassem as dificuldades decorrentes da inobservância das disposições legais, os empecilhos cognitivos possuem grande influência nas falsas memórias (ROSA, 2019, p. 137).

CONCLUSÃO

A presente monografia trouxe como objetivo explicar as condições em que ocorre o indiciamento mediante reconhecimento fotográfico, descrevendo todo seu procedimento e apontando quais os principais erros cometidos, por diversos agentes, durante sua ocorrência, sendo que tais erros envolvem a desídia das autoridades e os lapsos da memória.

Considerando que o indiciamento pode ocorrer em qualquer momento, desde que durante o inquérito policial, sendo ato exclusivo do delegado de polícia, em que este deve apontar com convicção a autoria e materialidade do delito averiguado, formalmente e com fundamentação idônea (conforme preconiza a Lei de n.º 12830/13).

A fim de contextualizar a realização do indiciamento, foi exposto, inicialmente o quanto importa acerca da instauração do inquérito policial, ilustrando o momento em que é levada a notícia do crime ao conhecimento da autoridade policial perante *noticia criminis* e/ou *delatio criminis*, não sendo a denúncia anônima razão suficiente para iniciar a investigação preliminar, passando-se ao momento em que se faz necessário analisar em qual modalidade de ação o tipo penal a ser apurado se enquadra, sendo que as modalidades de ação se limitam a pública, seja ela condicionada ou incondicionada, e privada.

Compreende-se que tal análise é de suma importância aos procedimentos e formalidades a serem tomados no curso do inquérito policial, em especial para que se possa surpreender as desidias realizadas pelas autoridades policiais. No entanto, antes de adentrar em tal obstáculo à persecução penal, importa esclarecer o meio de prova aqui abordado, qual seja, o reconhecimento fotográfico, e qual sua classificação, levando-se em conta que a sua produção se dá em fase pré-processual.

Comprovada a alegação de que o reconhecimento, tanto pessoal quanto fotográfico, é meio de prova irrepetível, já que, uma vez realizado o reconhecimento altera-se a memória da testemunha/vítima e manifesta-se o efeito do compromisso e congelamento. Contudo, afasta-se conclusivamente a ideia de que o reconhecimento fotográfico durante o inquérito possa ser considerado como prova antecipada, visto que não assegura ampla defesa e contraditório, nem ao menos traz a presença do órgão julgador.

Por fim, classifica-se o reconhecimento realizado por meio de fotografias como meio de prova irritual, visto que decorre do procedimento constante em legislação processual penal, qual seja, reconhecimento pessoal, e não segue as formalidades ali dispostas.

Isso posto, demonstrou-se a individualidade de ambos os procedimentos, o reconhecimento pessoal e todas as suas especificidades, e o reconhecimento fotográfico, ato que deriva daquele comumente nas hipóteses em que o suspeito se recusa a produzir prova contra si mesmo (princípio do *nemo tenetur se detegere*) e não comparece ao reconhecimento, de modo que as autoridades policiais entendem razoável apresentar fotografias em substituição.

Esclarecido o necessário acerca das atividades realizadas pelos agentes de segurança pública para que o indiciamento por meio de reconhecimento fotográfico ocorra, o presente trabalho apontou duas das principais razões pela qual o meio de prova ora em comento não possui qualquer valor heurístico da forma como utilizada atualmente.

A falibilidade da memória humana, tendo em vista a falta de controle acerca do que é lembrado e o que é esquecido, ou ainda, suprimido em razão de alguma forte emoção atrelada a fato vivenciado, é um fator essencial de desvalorização da prova que dela depende, acrescendo-se ao efeito da sugestibilidade na memória temos como resultado a falsa memória, que consideramos impossível de ser detectada e diferenciada da memória verídica.

Temos ainda outro motivo que enfraquece a o reconhecimento, qual seja, a negligência das autoridades policiais no que se trata das formalidades do ato descrito em dispositivo legal. Apresentou-se como possível remédio para tais falhas a implementação do método da entrevista cognitiva, onde o investigador atua com maior responsabilidade e cria um ambiente mais confortável para a testemunha/vítima. No entanto, além do dever das autoridades policiais em se ater ao disposto em legislação processual penal, não foi possível observar um método alternativo que torne o reconhecimento por meio de fotografias um meio de prova cognoscível, de modo que se sobressai a crença de que sua utilização de se extinguir.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 06.set.2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 25.out.2021.

BRASIL. **Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013**. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm. Acesso em: 25.out.2021.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 20.out.2022.

COHEN, Ronald Jay; STURMAN, Mark E.; SWERDLIK, Edward D. **Testagem e avaliação psicológica: introdução a testes e medidas**. 8. ed. Porto Alegre: AMGH, 2014.

DEZEM, Guilherme Madeira; BARROSO, Darlan; JUNIOR, Marcos Antonio Araujo. **Curso de processo penal**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FREUD, Sigmund. **Obras psicológicas completas de Sigmund Freud: sobre a psicopatologia da vida cotidiana**. 2. ed. Rio de Janeiro : Imago, 1996.

LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 4. Ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 5. ed. rev., atual. e amp. Florianópolis: Emais, 2019.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 13. ed. rev. e atual. até dezembro de 2001. São Paulo: Atlas, 2002.

MELCHIOR, A. P. et al. Linhas defensivas sobre o reconhecimento de pessoas e a prova testemunhal. **Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD)**, São Paulo, 2021. Disponível em: < <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2021/04/linhas-defensivas-iddd.pdf>>. Acesso em: 15 de setembro de 2022.

MELCHIOR, A. P. et al. Reconhecimento de Pessoas e Prova Testemunhal: orientações para o sistema de justiça. **Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD)**, São Paulo, 2022. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2021/04/idd-reconhecimento-de-pessoas-e-prova-testemunhal-orientacoes-para-o-sistema-de-justica.pdf>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2022.

MESSA, Ana Flávia. **Curso de direito processual penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RIBEIRO, Nélon Santos. **A prova por reconhecimento no processo penal: do reconhecimento fotográfico ao reconhecimento pessoal**. Lisboa: Instituto superior de ciências polícias e segurança interna, 2020.

TOURINHO FILHO, Fernando Costa. **Manual do processo penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.