

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO RECONHECIMENTO

FOTOGRAFICO NO PROCESSO PENAL ¹

THE (IN)CONSTITUTIONALITY OF PHOTOGRAPHIC RECOGNITION

IN THE CRIMINAL PROCESS

Izabela Alves Drumond Fernandes ²

Maria Tereza Vieira de Paula Lopes ³

RESUMO

O presente estudo busca observar os procedimentos judiciais e policiais adotados pelas autoridades ao realizarem o reconhecimento fotográfico, isso se deve, devido ao suposto excesso de aplicação de prisões cautelares derivadas exclusivamente no reconhecimento fotográfico, de modo que se discute se haveria fragilidade neste sistema probatório, principalmente para aqueles que são vistos à margem da criminalização social, cultural e política do Estado Brasileiro. O tema do trabalho tem como pressuposto, recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e dados estatísticos acerca do tema. O estudo será desenvolvido, principalmente, por meio da pesquisa bibliográfica, em torno da coleta e análise de dados, sendo utilizado o método de pesquisa indutivo e exploratório. A pesquisa será realizada de maneira qualitativa e quantitativa. Verificou-se que o reconhecimento fotográfico se molda a um paradigma de adequação frente aos contextos sociais, haja vista que os autores não o denominam como inconstitucional, mas apresentam ilegalidades em sua forma de execução. Isso decorre da somatória da inadequação do procedimento de

¹ Artigo submetido 30-11-2023 em e aceito em 17-06-2024.

² Mestrado em Direito: Constitucionalismo e Democracia pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pós graduação em Direito Processual: grandes transformações pela UNISUL. Pós graduação em Direito Ambiental pela Fundação Santo Agostinho de Montes Claros. Cursando doutorado em Direito Penal pela Universidade de Buenos Aires (UBA). Atualmente é supervisora de trabalho de curso do Curso de Direito da Faculdade Santo Agostinho de Montes Claros. Professora do Curso de Direito da Faculdade Santo Agostinho de Montes Claros e do Instituto Superior de Educação Ibituruna. Avaliadora do MEC..

³ Graduada em Direito. Advogada.



obtenção desta prova com a ausência de cautela das próprias autoridades policiais ao realizarem o reconhecimento fotográfico. Pode-se verificar ainda que o erro diante do Reconhecimento Fotográfico não somente se encontra presente no ato do Estado ao buscar os mecanismos probatórios, como também na fragilidade da memória humana, considerando que a vítima responsável pelo ato de reconhecimento encontra-se intimidada pelo crime suportando, influenciando suas emoções ao apontar o acusado. Nessa perspectiva, a jurisprudência e doutrina reafirmam que o uso do Reconhecimento Fotográfico deve ser analisado com outros mecanismos probatórios, mas sem dissociar a utilização dos princípios do CPP. Com efeito, considerando a atual conjuntura social e os procedimentos errôneos, o uso deste meio probatório ocasiona severos impasses, especialmente para a classe social mais carente e as pessoas negras, fortalecendo, principalmente o racismo institucional e estrutural do país, fazendo com que os Estado aja tão somente no controle social obstando a aplicação de teses garantidoras de direitos básicos, como a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucionais.

Palavras-Chaves: provas; reconhecimento fotográfico; estado de coisas inconstitucionais.

ABSTRACT

The present study seeks to observe the judicial and police procedures adopted by the authorities when carrying out photographic recognition, this is due to the supposed excessive application of precautionary arrests derived exclusively from photographic recognition, so that it is discussed whether there would be fragility in this evidentiary system, mainly for those who are seen on the margins of the social, cultural and political criminalization of the Brazilian State. The theme of the work is based on recent judgments from the Superior Court of Justice (STJ) and statistical data on the topic. The study will be developed mainly through bibliographical research, around data collection and analysis, using the inductive and exploratory research method. The research will be carried out qualitatively and quantitatively. It was found that photographic recognition is shaped by a paradigm of adequacy in relation to social contexts, given that the authors do not call it unconstitutional, but present illegalities in its form of execution. This arises from the combination of the inadequacy of the procedure for obtaining this evidence and the lack of caution on the part of the police authorities themselves when carrying out photographic recognition. It can also be seen that the error in Photographic Recognition is not only present in the State's act when seeking evidentiary mechanisms, but



E-Civitas - Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH – Belo Horizonte

Volume XVII, número 1, julho de 2024 – ISSN: 1984-2716 – ecivitas@unibh.br

Disponível em: <https://unibh.emnuvens.com.br/dcjpg/index>

also in the fragility of human memory, considering that the victim responsible for the act of recognition is intimidated by the crime enduring, influencing their emotions by pointing out the accused. From this perspective, jurisprudence and doctrine reaffirm that the use of Photographic Recognition must be analyzed with other evidentiary mechanisms, but without dissociating the use of the CPP principles. In effect, considering the current social situation and erroneous procedures, the use of this means of proof causes severe impasses, especially for the poorest social class and black people, strengthening, mainly the country's institutional and structural racism, making the State act solely on social control, preventing the application of theses that guarantee basic rights, such as the Theory of the Unconstitutional State of Affairs.

Keywords: evidence; photographic recognition; unconstitutional state of affairs.

1 INTRODUÇÃO

A ideia central do direito reside no contexto da busca pela justiça, essa dentre as variadas concepções se respalda em caracteres subjetivos, isso porque ao se alcançar a justiça, se questiona o meio pelo qual ela se estabeleceu. O presente estudo busca analisar a (in) constitucionalidade do Reconhecimento Fotográfico no Código de Processo Penal, isso deriva dos atuais acontecimentos jurídicos que norteiam o tema, considerando os elevados números de prisões ilegais que derivam, exclusivamente deste meio probatório. Todavia, tal (in) constitucionalidade, não se respalda tão somente na consonância entre o conteúdo material ou formal deste procedimento com a constituição de 1988, o estudo vai além, pois busca-se observar se, ainda que a lei proíba determinadas práticas ou garanta eventuais direitos previsto na CRFB como



parâmetros legais, estes podem não ser suficientes para inibir práticas ou atos ilegais praticados pelo próprio Estado.

Assim, considerando todos os evidentes dados acerca dos altos índices de violações dos direitos fundamentais frente a utilização do Reconhecimento Fotográfico como prova atípica no CPP, questiona-se se o reconhecimento fotográfico pode ser considerado constitucional ou inconstitucional?

O reconhecimento fotográfico é um dos meios probatórios presentes no CPP, sendo considerado uma prova análoga ao reconhecimento presencial. Atualmente, este ganhou uma notoriedade no ramo jurídico, principalmente após os recentes julgados do STJ, que reafirmaram a existências de condenações ou deferimento de prisões ambarados tão somente no Reconhecimento fotográfico, contudo, a problemática reside na forma em que são captadas essas imagens, e/ou a própria atuação da vítima; ou seu poder diante do ato decisório de reconhecer, considerando a fragilidade da memória humana; e ainda o comportamento do suposto autor do delito, já que este encaminhe-se ao ato de reconhecimento. Assim, discute-se se o Reconhecimento, seja presencial ou fotográfico feriria ou não o princípio *nemo tenetur se detegere*.

O objetivo do artigo em comento é direcionar o responsável pela extração da prova a balizas legais, isso porque eventual desvio de finalidade, ensejaria em absoluta nulidade do meio probatório. Ademais, busca-se analisar as eventuais vítimas de tais ilegalidades e projetar, estatisticamente, as consequências derivadas do Reconhecimento Fotográfico.

Justifica a análise do tema, principalmente, pelo estudo do ideal de justiça consolidado nas formalidades legais, isso porque, se verifica que o tema Teoria Geral das Provas são elementos basilares a criminalização e atribuição de culpa no processo



penal, de modo que tais procedimentos devem ser baseados na legitimidade e na razoabilidade do sistema processual penal, buscando limitar o poder punitivo do Estado.

O estudo será desenvolvido, principalmente, por meio da pesquisa bibliográfica e documental, em torno da coleta e análise de dados, sendo utilizado o método de pesquisa indutivo e dialético. A pesquisa será realizada de maneira qualitativa e quantitativa.

O trabalho se divide em três seções. A primeira seção demonstrará os meios de provas previstos no CPP, e correlacionar o interrogatório com o reconhecimento fotográfico, considerando os princípios e valores elencados na CRFB. Ademais, será exposto o conceito e projeção da Teoria do Direito Penal do Fato, com base nas garantias dos direitos fundamentais.

A segunda seção será possível analisar as consequências do reconhecimento fotográfico no CPP, e como este é realizado no ambiente policial e judicial. Considerando ainda para sua análise, dois pressupostos: a existências de erros judiciários em razão da falibilidade da memória humana e a discriminação social e racial.

Por fim, a terceira seção buscará observar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do reconhecimento fotográfico sob o prisma da Teoria do estado de coisas inconstitucional, além de analisar dados estáticos relacionados a este mecanismo probatório.



2 A TEORIA GERAL DAS PROVAS COMO MECANISMO DE APLICABILIDADE DO *JUS PUNIENDI*

O conceito do termo processual “prova”, infere da simples leitura da palavra, isso porque é através de mecanismos, ora instrumentos, que se estabelecem e consolidam o direito ao Estado agir. Tal atuação estatal, é analisada diante do aspectos subjetivos, posto que o Estado se sub-roga nos direitos individuais buscando efetivar a vontade popular e punir o indivíduo transgressor da norma penal. Entretanto, a delimitação dessa punição não se respalda somente nos aspectos da lei seca, mas também nas características pessoais e sociais do agente.

Assim, para atingir um controle social diante da aplicação de uma pena justa e efetiva, é preciso um rito procedimental que não só reafirme os atos processuais a serem realizados, como também garanta direitos básicos ao acusado. Nesses termos é através da atividade probatória que recai todos os elementos jurídicos necessários à efetivação da persecução penal, isso decorre principalmente da essencialidade da matéria, já que é pressuposto básico para atribuição de culpa no direito penal. Assim, faz preciso um sistema processual que não somente analise os aspectos extrínsecos da norma, mas adaptado ao contexto social e econômico em que vive uma sociedade.

2.1.O DIREITO PENAL DO FATO

A Sociedade se desmembra em diferentes aspectos culturais, de modo que a legalidade dos instrumentos jurídicos é analisada em possíveis embates sociais, isso decorre, principalmente, da coercitividade e instrumentalização do poder punitivo Estatal e da característica essencial do direito: a sua historicidade.



E-Civitas - Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH – Belo Horizonte

Volume XVII, número 1, julho de 2024 – ISSN: 1984-2716 – ecivitas@unibh.br

Disponível em: <https://unibh.emnuvens.com.br/dcjpg/index>

Assim, o direito Penal é “o rosto do Direito, no qual se manifesta toda a individualidade de um povo, seu pensar e seu sentir, seu coração e suas paixões, sua cultura e sua rudeza. Nele se espelha a sua alma. O Direito Penal dos povos é um pedaço da história da humanidade” (Estefam, 2018, p. 34).

Apesar de se consolidar a tratativa do direito penal como mecanismo que transcende a história da humanidade, é possível inferir que os ideais punitivos que sobressai na atual conjuntura, se estabelecem principalmente, em uma regular política criminal neoliberalista.

A política neoliberalista tem viés na atribuição de responsabilidade penal à sociedade, reproduzindo nas classes sociais menos favorecidas a culpabilidade pelas ações criminais realizadas no país, retirando, inclusive, o questionamento da forma de atuação do Estado na segurança pública e fortalecendo a história do elitismo no Brasil.

De acordo com os modelos penais atuais, fundada no próprio neoliberalismo, em diferentes pontos o acusado é visto pela ótica do direito penal do inimigo, de modo que eventuais delitos ocorrem porque tal cidadão “não aceitou o estado, desrespeitando-o, deste modo, o Estado não precisa respeitá-lo como cidadão” (Hauser, 2010, p.41).

Nesse sentido, o Brasil não rompeu ainda com a tradição da responsabilidade criminal da classe popular mais carente, pois ao se buscar criminalizar e recuar os aspectos que derrubam a segurança pública, uma marca autêntica de desigualdades sociais se efetiva no tempo.

Além do mais, para a efetividade do poder do império e consequente definição da política punitiva, “se faz concretizar medidas penais recentes, engajadas em um modo de ação que expressa a necessidade constante de punição severa, traduzindo o sentimento público de intranquilidade e insegurança e insistindo nos



objetivos retributivos ou denunciadores, que atestam, ao mesmo tempo, seu caráter inequivocamente punitivo” (Pastana, 2013, p. 7).

Contudo, o direito penal não deve ser aplicado irrestritamente, cada vez mais a criminologia contemporânea sustenta a ineficácia da reabilitação penal abrindo caminho para a legitimação da punição meramente retributiva e legitimando a insegurança jurídica no país. Porém, a verdade é que o Estado apenas quer buscar uma transferência aos pobres da responsabilidade penal, se eximindo de atuar no controle social.

Não obstante a atuação de uma política neoliberalista, pautada na seletividade penal, os direitos fundamentais são minimizados a proporcionalidade do poder aquisitivo do indivíduo, desconsiderando e condicionando a efetividade do Direito Penal a condições financeiras, posição essa contrária à legalidade e à essencialidade dos direitos básicos dos cidadãos.

Apesar de diferentes posições, observa-se que o direito penal se limita às garantias previstas no ramo processualista, de modo a evitar eventuais erros, e preservar a dignidade da pessoa acusada. “O Direito Penal é maximamente limitado e condicionado, ou seja, um modelo de Direito Penal mínimo só se faz possível nos Estados Constitucionais de Direito, em que o exercício do poder punitivo se encontra limitado não só formal, mas também substancialmente” (Hauser, 2010, p. 90).

Desse modo, é através do contexto legal que se busca diminuir as relações sociais não paritárias, conduzindo a atuação do estado a uma política criminal baseada no contexto fático, observando a posição social do indivíduo.

Beccaria assegura que em toda sociedade humana, “há um esforço tendencioso e contínuo de conferir a uma parte social o auge do poder e da felicidade e a reduzir a outra a extrema fraqueza”, tal assertiva é para Beccaria o sentido da



desigualdade social frente a realidade objetiva que cerca toda uma sociedade. Apesar da notória desigualdade social, um fator primordial é a aplicabilidade do direito de modo igual a todos, sem distinção. (Beccaria, 1764, p 9).

Assim, o contexto legislativo consolida e limita a atuação do Estado frente a repressão de delitos isso decorre diante da aplicação da lei, já que através do direito que se consolida a vontade do estado, minimizando, assim a existência de paradigmas que alteram as imagens das classes populares carentes de políticas sociais e as configura como inaptas, quando não simples parasitas do estado.

O princípio da legalidade está estreitamente ligado aos aspectos do Direito Processual Penal, principal diante da Teoria Geral da Prova, isto porque, havendo previsão legal dos procedimentos normativos em lei, conduz o intérprete a realização deste de modo mais seguro e amparado pela concordância Estatal, evitando abusos e desvios de finalidade (Cavalcanti, 2014).

Para desmistificar esse desequilíbrio social seria necessário diante da elaboração da lei, já que elas buscavam se opor a injustiças e teria influência universal e igualitária. A lei, portanto, se redireciona na atuação estatal, uma vez que busca atender problemas sociais existentes, e consolidar a vontade do Estado.

No que pese, a necessidade de atuação do Estado frente a elaboração de leis que sejam eficazes na redução da criminalização social e prevenção de crimes, é ainda perspicaz que os agentes públicos sigam o rito procedimental previsto na lei, principalmente quando envolve a instrução probatória. Assim, passa-se a análise do conceito de provas no Processo Penal e suas especificidades.



2.2. DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL

As provas no processo penal, como fora mencionada, são as bases para atribuição de responsabilidade penal. Já que sobre elas se concentram a convicção do Juiz e dos jurados e sobre o juiz e tribunal, recai a competência para o processo e julgamento do delito.

O termo prova deriva-se do latim (*probatio/ probus*), que se estabelece como no ato de reconhecimento por experiência, já que se relaciona com a busca de um conhecimento verdadeiro, utilizando o intelecto como seu operador. As provas funcionam como um direito principal, uma vez que se desmembra do direito de ação (Lima, 2021).

Ressalta-se ainda que a prova não é só analisada frente ao seu resultado, que é o elementar: investigar, mas também é analisada como meio, isso porque as provas devem ser idôneas a formação da convicção do órgão julgador, acerca da existência ou não de uma situação fática.

Nesse sentido:

objeto da prova, portanto, são os fatos. Nem todos, porém. Em primeiro lugar, apenas os fatos pertinentes ao processo é que suscitam o interesse da parte em demonstrá-los. Fatos que não pertencem ao litígio e que relação alguma apresentam com o objeto da acusação, consideram-se fatos sem pertinência, pelo que devem ser excluídos do âmbito da prova em concreto, e ter a sua prova recusada pelo juiz, sob pena de desenvolver-se atividade inútil (Gagliari, 2022 e p. 3).

Assim, para se efetivar uma instrução probatória que garanta o reconhecimento de provas que estão em consonância com o sistema processual, os procedimentos legais devem conduzir o operador do direito a uma aplicabilidade justa



e limitada. Nesse sentido, visando regulamentar o preceito contido no artigo no art. 5º, LV da CRFB, o art. 157 do Código de Processo Penal (CPP), veda a utilização de provas ilícitas no Processo Penal.

O princípio da legalidade penal tem uma importância elevadíssima, e está enquadrado no rol dos Direitos e Garantias Individuais, e assume uma “[...] função de orientar o legislador ordinário para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um Direito Penal da culpabilidade, um Direito Penal mínimo e garantista” (Gonçalves, 2021, p. 24).

Apesar do princípio da legalidade ser analisado como fator principal no aspecto cogente da norma, no que tange aos elementos probatórios tal princípio se restringe tão somente à proibição da prova obtida por meio ilícito, não se estendendo a provas atípicas, isto é, provas não previstas em lei. O próprio art 5º, inc. LVI, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) estabelece que “são inadmissíveis, no processo penal, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Apesar de tal previsão, a doutrina processualista permite a utilização de provas atípicas. Diante da posição ampliativa, a prova atípica, se apresenta em duas situações: a) quando esta se encontra prevista na legislação, mas o seu procedimento probatório não esteja, ou; b) quando nem a prova e nem o procedimento estão previstos em lei (Brasileiro, 2021, p. 672).

A ideia de se utilizar meios de provas atípicas, derivam do princípio da busca da verdade real, tendo em vista que se admite a utilização de todos os meios de provas que, embora não previstos no ordenamento jurídico (inominados), sejam lícitos e moralmente legítimos e que atingem, por conseguinte, a reflexão ao máximo da verdade dos fatos.

A propósito



E-Civitas - Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH – Belo Horizonte

Volume XVII, número 1, julho de 2024 – ISSN: 1984-2716 – ecivitas@unibh.br

Disponível em: <https://unibh.emnuvens.com.br/dcjpg/index>

o juiz ao busca os elementos probatórios além das formas probatórias previstas e modeladas pelo legislador, é ainda possível recorrer, em casos excepcionais, a meios não constantes do catálogo legal, desde que idôneos à verificação do *thema probandum* e não proibidos pelo legislador: são os meios de prova inominados as provas atípicas (Silva, 2011, p.13).

Apesar da possibilidade do uso de provas atípicas, o Código de Processo Penal (CPP) não disciplinou expressamente a admissibilidade dessas, de modo que em se tratando de prova atípica, deve-se observar, por analogia, a previsão normativa de uma prova típica (Brasileiro, 2021).

Assim, considerando os aspectos expostos, serão mencionados os tipos de provas previstas no Código de Processo Penal e seus desdobramentos diante dos princípios do Direito Penal, verificando, principalmente as diferenças entre o interrogatório e o reconhecimento fotográfico diante do princípio da não incriminação.

2.3. DAS ESPÉCIES PROBATÓRIAS: INTERROGATÓRIO VERSUS RECONHECIMENTO DE PESSOAS E COISAS

O CPP estabelece diversos meios probatórios previstos no decorrer do diploma legal, sendo eles o interrogatório, a confissão, a prova testemunhal, pericial, acareação, busca e apreensão e o reconhecimento de pessoas e coisas, no qual abarca o reconhecimento fotográfico, dentre outras provas, ainda que não específicas em lei (provas atípicas). Cada meio de prova possui suas características e seus procedimentos específicos.

As provas são mecanismos que norteiam a atuação judiciária já que estabelece o poder punitivo do Estado e forma a convicção do órgão julgador. Assim,



além de considerar os meios probatórios legais é necessário que o aplicador do direito atue também observando os princípios básicos do Processo Penal, principalmente aqueles que analisem o acusado não tão somente como o infrator da lei, mas como sujeito de direitos.

O princípio da não incriminação é comumente referido como o direito a não produzir provas contra si mesmo, tal princípio é constitucional e busca basear e nortear todos os procedimentos processuais". Para o Supremo Tribunal Federal (STF, 2022, s.n) o direito ao silêncio é a “[...] pedra angular do sistema de proteção dos direitos individuais e materializa uma das expressões da dignidade da pessoa humana”. *In verbis*:

seja o acusado solto ou preso, indiciado ou réu, ou mesmo pessoa chamada a depor na condição de testemunha, fato é que o atual paradigma reverbera uma proteção ampla ao silêncio de qualquer pessoa, em qualquer processo ou procedimento”, destacam.

O princípio da não incriminação se consolida principalmente no desmembramento da dignidade da pessoa humana, contudo esses são afastados por vezes pelo que a doutrina denomina de busca pela verdade real, subjugando a atuação do juiz como um investigador e não somente o intermediador do processo.

entendemos que não há mais espaço para garantias como favores; um sistema probatório que mira tão somente a verdade atropela o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal. A perspectiva de conformação constitucional é diametralmente oposta: a interpretação e aplicação dos preceitos legais deve-se dar a partir da Constituição e de acordo com este. Daí entender-se o processo como instrumento de garantia, e não como instrumento de encontro da verdade (STF, 2021, s.d).



Desse modo, o juiz deve analisar o processo com cautela, buscando efetivar direitos e preservar garantias constitucionais do acusado, interpretando a legislação infraconstitucional em consonância com a Constituição. Além disso, deve-se verificar ainda que os procedimentos legais sejam realizados sob a ótica dos princípios fundamentais.

Neste viés, o interrogatório é meio de prova pelo qual oportuniza ao acusado dirigir-se diretamente ao juiz, buscando defender-se, apresentando sua versão dos fatos para contrapor aos da acusação, podendo inclusive ser utilizado como meio de defesa (Nucci, 2021).

Assim, considerando a premissa, o ato envolve um comportamento ativo do acusado, isso é, ir à frente da autoridade e declarar-se, de igual modo é o ato de reconhecer, já que o acusado se encaminha à delegacia para efetuar o reconhecimento, ou tem de algum modo suas fotografias inseridas nos bancos digitais da polícia.

quanto ao reconhecimento pessoal, nenhuma dúvida temos de que o imputado pode — voluntariamente — a ele se submeter, bem como pode se recusar a participar, na perspectiva do direito que tem de não produzir prova contra o seu interesse. Mas esse tema nunca foi pacífico e a prática policial (e também judiciária) brasileira infelizmente não respeita o *nemo tenetur se deterege* em relação ao reconhecimento, determinando sua realização ainda que o imputado não queira (Aury, Zucchetii Filho, 2019, s.n).

Sob tal perspectiva, menciona-se que com a atual vedação a condução coercitiva do acusado em sede do interrogatório, se ampliaria ao reconhecimento presencial, já que ambos envolvem o mesmo suporte fático e atuação positiva do acusado.



portanto, por qualquer ângulo que se olhe, a conclusão é a mesma: não pode haver condução coercitiva para obrigar o imputado a participar de reconhecimento pessoal. Já não podia antes (bastava respeitar a Constituição), e agora, com a decisão do STF, fica ainda mais clara a vedação (Aury, Zucchetti Filho, 2019, s.n).

Desse modo, além de considerar a condução coercitiva para a realização do interrogatório como causa que infringem o direito ao acusado em permanecer em silêncio e não produzir provas contra si, poderia abranger ainda o reconhecimento de pessoas, principalmente quando envolve a disponibilização de imagens, já que há nesse caso uma ausência de consentimento e inexistência de conhecimento por parte do acusado, da forma em que tais fotos se encontram sob a análise da autoridade pública.

ressalta que, não obstante o Plenário do STF, no julgamento, em 13 e 14.06.2018, respectivamente, das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 395/DF (intentada pelo Partido dos Trabalhadores) e 444/DF (proposta pelo Conselho Federal da OAB), tenha declarado que a expressão “para interrogatório” inserida no art. 260 do CPP não foi recepcionada pela Constituição (proibindo-se, via de consequência, a condução coercitiva do investigado ou do réu à presença da autoridade policial ou do juiz com a finalidade de submetê-lo a interrogatório sobre os fatos), nada foi deliberado em relação aos comandos remanescentes do referido dispositivo legal, os quais dizem com a possibilidade de condução para “reconhecimento ou qualquer outro ato” que, para ser realizado, exija a presença do investigado ou réu (Esteves, 2020, p.20).

Apesar das existências de precedentes que vedam a condução coercitiva como medida ilegal no interrogatório do acusado, afirma-se que não se estende tais aspectos aos procedimentos realizados no reconhecimento de pessoas e coisas.



Insurgindo desse modo questionamentos que ultrapassam a análise dos aspectos legais, alcançando a proporcionalidade do ato em frente a graves erros decorrentes deste procedimento em sede policial e judicial.

3 O RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO COMO PROPULSOR DE ERROS JUDICIÁRIOS

O conceito de erro, tem como significado predominante no contexto jurídico, como o juízo ou julgamento em desacordo com a realidade observada, engano. De início se observa que o erro pode derivar-se das mais variadas formas, mas suas consequências no processo penal é única: o erro judiciário conduz a prisões ilegais e arbitrárias. No contexto da prova do reconhecimento fotográfico não é diferente, julgados recentes do STJ (HC 712.781 e o HC 769.783), já conduzem a existência de flagrantes prisões ilegais, contudo a razão da discussão é ainda sobre quem recai tais ilegalidades e a forma e regularidade que essas ocorrem.

3.1. O RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO

O reconhecimento de pessoas e coisas é o ato pelo qual a pessoa admite e afirma como certa a identidade de outrem. Observa-se que esse meio probatório e seu procedimento derivou de um *códex* anterior à CRFB, mas se aperfeiçoou diante das inovações tecnológicas da atual década.



O reconhecimento de pessoas e coisas, trata-se de um “mero procedimento, tendente à identificação de pessoas, de alguma maneira envolvidas no fato delituoso, e de coisas, cuja prova das existências e individualização seja relevante para a apuração das responsabilidades” (Pacelli, 2021, p. 344).

Neste viés o reconhecimento fotográfico, se apresenta como meio de prova atípico, uma vez que se utiliza analogicamente o procedimento realizado pelo Reconhecimento de pessoas e coisas presente no art. 226 do CPP, além de utilizar a interpretação do agente público como mecanismo principal de controle do procedimento. Diante disso, “com o fim de suprir o silêncio normativo e consolidar o reconhecimento fotográfico como meio de prova válido, a posição majoritária dos autores processualistas, entendem seguir, por analogia, as formalidades do artigo 226 do CPP” (Gentil, 2021, p. 51).

Apesar da possibilidade do procedimento analógico, observa-se que a situação fática dos dois procedimentos é distinta. Isso porque no suporte fático o reconhecimento fotográfico não se adequa ao presencial, pois esse deriva de atos que não são possíveis de se realizar de modo fotográfico (Cavalcanti, 2014).

Isso porque, no reconhecimento fotográfico, “os figurantes não dispõem de vestuário com as características do que o suspeito usava no momento do evento, ao contrário do que acontece no reconhecimento presencial” (Ribeiro, 2022, p. 82).

Há no contexto fático diferenças marcantes entre o reconhecimento presencial e o fotográfico, isso decorre da dificuldade em se manter o mesmo aspecto procedimental na simples análise do acusado quanto à exposição da imagem à vítima. Principalmente, porque no reconhecimento presencial o acusado é analisado de forma pormenorizada, em posições distintas. Já no reconhecimento fotográfico há a simples demonstração da foto da vítima em uma tela de computador, sem possibilidade de analisar o aspecto físico do acusado de maneira detalhada.



Ademais, no reconhecimento presencial a escolha de quem será reconhecido depende de uma criteriosa busca, mas sujeita-se à disponibilização dos mesmos, o que na prática não acontece. Difere, portanto, do reconhecimento fotográfico, já que as imagens se concentram em álbuns policiais, que são disponibilizados às vítimas (Matida, Ceconello, 2021).

O reconhecimento fotográfico “deriva na exposição de imagens de suspeitos na tela de um computador, onde a suposta vítima e/ou testemunha analisa a figura dos indivíduos ali expostos” (Cavalcanti, 2014, s.n).

Entende-se que o reconhecimento presencial deveria abranger o reconhecimento fotográfico, de modo que fosse um procedimento complementar, cujo objetivo seria fortalecer a convicção de que eventual acusado seria ou não o real autor do fato, e não apenas como um procedimento isolado ou autônomo, já que não se pode atribuir a um ato uma importância elevada, cujo critério principal envolve a liberdade do acusado.

Nesse sentido, reconhecimento de pessoas e coisas é também denominado pela doutrina como o reconhecimento presencial, uma vez que “o acusado se apresenta à autoridade policial ou judiciária para ser reconhecido” (Pacelli, 2021, p. 547).

O art. 226 do CPP estabelece os procedimentos a serem realizados para que o reconhecimento de pessoas e coisas seja feito de modo válido e eficaz. *In verbis*:

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.

Desse modo, caso haja eventual dissonância entre o procedimento a ser realizado e o contexto fático feito, tal prova será considerada ilícita, devendo ser desentranhada dos autos, conforme art. 157 do CPP, entretanto a realidade é outra, como será mencionado, já que existem precedentes que atestam prisões ilegais fundamentadas exclusivamente do reconhecimento fotográfico.

Extraí do art. 226 elementos que devem ser respeitados para efetivar o reconhecimento de pessoas e coisas em investigações preliminares, a saber: “a) elevada necessidade; b) o respeito entre as fases elencadas nos incisos do art. 226; b) tal respeitabilidade deve abranger tanto o ato do cumprimento às exigências legais, como também a ordem cronológica do ato” (Nucci, 2021, p. 466).

Assim sendo, observa-se que a partir da leitura do artigo supracitado, verifica-se que o procedimento de reconhecimento se direciona não só na fase de dilação probatória, como também na fase inquisitorial, ou seja na investigação preliminar presidida pelos Delegados de Polícia.

3.2. A DISCRIMINAÇÃO SOCIAL POR TRÁS DOS ALGORITMOS E A FALIBILIDADE DA MEMÓRIA HUMANA



E-Civitas - Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH – Belo Horizonte

Volume XVII, número 1, julho de 2024 – ISSN: 1984-2716 – ecivitas@unibh.br

Disponível em: <https://unibh.emnuvens.com.br/dcjpg/index>

Existe um questionamento em torno de como é realizado o procedimento administrativo policial para que conste nos registros policiais as fotografias de eventuais acusados. Além deste questionamento, surgem dúvidas em relação a sistematização e classificação dos indivíduos por meio dos sistemas policiais.

As imagens são capturadas e expostas em álbuns de suspeitos ou captadas de redes sociais. Todavia a legitimidade das fotografias apresentadas podem conduzir a um policiamento preditivo e seletivo, levando-se em consideração tão somente as características pessoais do acusado, sem análise do procedimento de captura da própria imagem.

se uma vítima de roubo procura ajuda em uma delegacia, a ela será exibido um álbum com inúmeros indivíduos previamente selecionados pelas autoridades policiais. Não há clareza quanto ao que serve de razão para que alguém passe a compor um álbum de suspeitos (Matida; Coccenello, 2021, p. 11).

A princípio, existe atualmente nas repartições policiais sistemas que são condicionados a busca por eventuais delitos, tais sistemas baseiam-se em dados estatísticos e históricos, demonstrando os locais geograficamente possíveis de ocorrerem crimes, posicionando os policiais nesses locais.

O Predpol, por exemplo, “é baseado em software sísmico: ele vê um crime em uma área, o incorpora em padrões históricos, e faz a previsão de onde e quando pode ocorrer novamente” (Neil, 2021, p.137).

Esse modelo de previsão de crime, não é exclusivamente baseado apenas em dados estatísticos, já que é composto por extensos bancos de armazenamento de dados.



gigantes bancos de dados, informações coletadas por câmeras de vigilância, documentos jurídicos – seja condenações na esfera civil e criminal, quanto indícios de autoria -, informações policiais, como índices de assaltos em regiões específicas e violência provocada por distúrbios e aglomerações populares (Lucena,2019, p.7).

Neste sentido, menciona-se ainda que tais sistemas são condicionados a análise de crimes menos graves e incidem apenas em determinadas regiões. Conduzindo a qualificação apenas a critérios subjetivos.

a situação piora quando o sistema, além de apenas analisar crimes progressos, ou de regiões de “sociedade marginalizada”, passa a estabelecer uma relação com uso de dados presentes em redes sociais, ou de qualquer outra forma, gerados pelo indivíduo (Lucena, 2019, p. 12).

Ocorre que tais sistemas podem ocasionar intensos conflitos sociais criminais, já que o sistema consolida locais pretensos a ocorrências de crimes, e apenas aponta eventuais suspeitos em determinada região, isso porque o foco do algoritmo é em regiões marginalizadas e em pessoas com baixo poder aquisitivo. Assim, tais sistemas apenas intermediam o problema da criminalidade, já que o problema social e discriminatório é afastado pelo Estado.

Nesta seara, o reconhecimento feito através de fotografia marca a notável segregação social e o racismo estrutural existente no país, além de maximizar informações dissociativas e achismos.

de plano, vale frisar que o uso das novas tecnologias propagou-se por todos os âmbitos da vida em sociedade, sendo utilizado, inclusive, pela justiça criminal. Entretanto, apesar de globais, o cerne da questão se encontra no fato de tais tecnologias não serem neutras, isto é, elas não fomentam a transparência de informações, bem como não publicizam os caminhos que determinaram a sua decisão,



o que caracteriza essas tecnologias como uma espécie de caixa preta (blackbox) (Souza; Oliveira, 2021, p. 6).

De igual modo, infere-se que o uso da tecnologia além de garantir prevenção de crimes, é utilizado ainda como mecanismo de controle social, uma vez que o poder punitivo do Estado será segregado quando no uso dessas tecnologias em populações discriminadas. Isso tende a ocorrer devido a centralidade e a efetividade do racismo nas operações policiais, a abordagem policial, sendo considerado, em muitas vezes, como abusiva e ilegais.

Ademais, o erro sempre será analisado, isso porque "mesmo quando se procura seguir, com adaptações, o procedimento indicado no CPP 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" (STJ, 2023, s.n).

Imperioso mencionar ainda que as fotografias dos acusados são considerados dados pessoais, de modo que eventual coleta desses dados devem obedecer parâmetros legais, muito embora não são reguladas pela atual Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (13.709, de 14 de agosto de 2018), já que tal legislação não abrange os dados envolvidos em aspectos da segurança pública, nos termos do art. 4º, III, alínea "a" da referida lei.

Discute-se a necessidade ainda de se observar que a prova de reconhecimento é estritamente ligada às impressões memoriais da vítima, de modo que há um crescimento exponencial de erros judiciários, haja vista a falibilidade da memória humana.



As falsas memórias, é compreendida pelo indivíduo como sendo algo que realmente aconteceu, embora, trata-se de um dado falso (Cavaltanti, 2014).

Dessa maneira, observa-se que apesar do art. 226 do CPP indicar expressamente a cronologia procedimental a ser utilizada no reconhecimento fotográfico e presencial, na prática é bem diferente. Tais irregularidades formais são principalmente analisadas no reconhecimento fotográfico.

A propósito:

mesmo quando se procura seguir, com adaptações, o procedimento indicado no CPP 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" (Schietti, 2022, s.n).

Nesse ponto, ressalta-se que eventual erro no processo fotográfico haverá uma eventual condenação errônea, movimentando a pretensão punitiva estatal de forma desnecessária e ocasionando principalmente prisões ilegais.

uma condenação penal errônea é algo extremamente grave, já que envolve toda a extensão do poder punitivo do Estado e atinge frontalmente bens jurídicos supremos como a liberdade e dignidade humana moral e física do indivíduo, além de depreciar o próprio sistema democrático constitucional, na medida que abala a confiança da sociedade para com o Estado e suas instituições (Gentil, 2021, p. 43).

Partindo de tais concepções, se observa que eventuais erros formais podem ser analisados tanto no reconhecimento presencial quanto no fotográfico,



contudo, neste último observa-se de forma detalhada que há um excesso marcante de prisões ilegais fundamentadas exclusivamente em reconhecimento fotográfico. Ademais, tais prisões derivam de ordem cautelar, de modo que até eventual andamento ou início do processo penal, o acusado poderá ter sua liberdade prejudicada, em razão de eventual irregularidade.

A falibilidade da memória é um dos principais erros processuais, posto que leva-se em consideração a psicologia do testemunho, onde se avalia a credibilidade do ato realizado, principalmente quando há possibilidade de deturpação da memória humana que promove a alteração da qualidade na identificação do acusado.

é ilusório, portanto, esperar da memória um funcionamento regular infalível. Com isso, não estamos negando valor epistêmico à memória, mas destacando a importância de se distinguir a memória tal como ela é da memória que gostaríamos que fosse: a reconstrução dos fatos no processo penal será tanto mais confiável à medida em que mais nos acercamos da primeira e nos distanciamos da segunda (Matida; Cecconelo, 2021, p.412).

Neste diapasão, a memória humana funciona como um carga de lembranças e sentimentos de uma pessoa, possuindo dessa forma caráter subjetivo e dissociativo, em diversas formas, da realidade, principalmente quando se envolve questões criminais, já que eventuais acontecimentos geram máculas a vítima.

As falsas memórias, são conceituadas como “a ocorrência de lembranças na mente de determinada pessoa, a qual, inobstante seja compreendida pelo indivíduo como sendo algo que realmente aconteceu, trata-se de um dado pretérito falso” (Calvancanti, 2014, p. 16).



com a visualização da fotografia pela vítima ou testemunha perde-se a dimensão visual oferecida pelo reconhecimento pessoal, já que a imagem pode estar desatualizada, sem nitidez completa, sem a coloração verdadeira devido à impressão e até mesmo em preto e branco. Tudo isso diminui consideravelmente a credibilidade do reconhecimento (Gentil, 2021, p.52).

Assim, o contexto em que a fotografia é apresentada acarreta distorções para a vítima, já que o conteúdo muitas vezes é apresentado com rasuras e de maneira evidentemente informal e com baixas resoluções. Conduzindo, a vítima apenas a afirmação de autoria delitiva.

O erro diante da ausência de cautela ao utilizar o reconhecimento fotográfico, não incide somente no erro da vítima, já que o “verdadeiro erro está nas mãos do próprio Estado, que o pratica no exercício de sua função, e causa danos irreversíveis ao ofendido” (Gentil, 2021, p.59).

Isso porque, inserir uma pessoa inocente na prisão é conferir um *status* inexistente ao indivíduo, e colocá-lo em uma situação completa de marginalização (Zaffaroni, 2013).

Portanto, deve-se aliar o contexto investigatório policial e a persecução penal ao compromisso de assegurar os princípios e garantias fundamentais, especialmente quando se diz respeito a responsabilização criminal amparada em prova ilegal ou inadequada.



4 A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO RECONHECIMENTO FOTOGRAFICO

O conceito de constitucionalidade vai além da associação ao conteúdo material ou formal presente na Constituição de 1988, trata-se de uma realidade subjetiva, isso deriva da consonância entre os aspectos legais e o contexto fático, buscando garantir aos indivíduos além de uma vida digna, o respeito a honra e a preservação de políticas públicas adequadas e efetivas.

Nesse contexto, diferentes autores promovem discussões acerca da admissibilidade do reconhecimento fotográfico no CPP como mecanismo probatório, entretanto tais debates não se elevam ao contexto da constitucionalidade ou não do RF, isso deriva da ausência de termos que traçam tais discussões. Todavia, existem atualmente, a Teoria do Estado de Coisas Constitucionais, que analisa o conceito de constitucionalidade além do aspecto notoriamente conhecido.

A teoria mencionada discute a necessidade de enfrentar as violações de direitos sob o prisma da interpretação jurídica, utilizando como mecanismo principal a garantia de vida digna sob a perspectiva do abuso e ilegalidade nos atos institucionais. Assim, considerando as recentes discussões sobre o Reconhecimento Fotográfico correto se faz o levantamento do debate.

4.1. CONSTITUCIONALIDADE DO RECONHECIMENTO FOTOGRAFICO

A problemática do reconhecimento fotográfico não insurge somente de sua utilização como mecanismos de prova, assim porque é pacífico na doutrina sua



E-Civitas - Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH – Belo Horizonte

Volume XVII, número 1, julho de 2024 – ISSN: 1984-2716 – ecivitas@unibh.br

Disponível em: <https://unibh.emnuvens.com.br/dcjpg/index>

aplicação desde que observado o art. 226 do CPP. Contudo, discute-se se tal procedimento conduz a violação do princípio da inocência e da não incriminação, isso porque havendo violação a tais princípios, haveria uma possível inconstitucionalidade do ato de reconhecimento fotográfico e presencial.

De maneira geral, considerado por parte da doutrina contemporânea como prova legal, o reconhecimento fotográfico não afrontaria o princípio *nemo tenetur se detegere*, de modo que tais doutrinadores, defendem pela constitucionalidade, pois tal direito é mitigado diante da existência do direito público sobre o privado, assim como este não é absoluto, haja vista que o acusado seria mero objeto de verificação (Masson, 2021).

O reconhecimento fotográfico ou presencial, o sujeito é mero objeto de verificação, pois não se exige nenhum comportamento ativo para o ato de reconhecimento (Brasileiro, 2021).

O STJ já se manifestou recentemente, no Habeas Corpus n. 769.783 e 712.781 que garante a utilização do Reconhecimento fotográfico conjugando-o com o uso de outros meios probatórios, para amparar eventuais condenações.

O habeas corpus n. 769.783 define a legalidade do reconhecimento fotográfico, desde que siga as regras procedimentais expostas no CPP, devendo este, inclusive, ser valorado como as demais provas. Ademais, deve-se considerar o lapso temporal que foi realizado o reconhecimento, posto que esse será mais preciso e a ocorrência de contradições será menor.

Constata-se ainda que a força probante do reconhecimento fotográfico não é absoluta já que há uma fragilidade epistêmica, assim o ato deve ser complementar e auxiliar do Reconhecimento Presencial, de modo que não há discussão de inconstitucionalidade.



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 712.781).

Ademais, o reconhecimento seja presencial ou fotográfico, ainda que não respeitados os procedimentos legais, não acarreta em nulidade, pois não é possível, em muitos casos, inserir um acusado com outras pessoas que possuem as mesmas fisionomias.

Do mesmo modo, há posições que atestam que o cumprimento das exigências elencadas no art. 226 do CPP, ao reconhecimento presencial, é dispensável ao reconhecimento fotográfico, já que não se assemelha tais mecanismos probatórios.

não encontra amparo jurídico a alegação de que, para o ato de reconhecimento fotográfico, deve ser observado o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal previsto no art. 226, inciso II, do Código de Processo Penal. Tal formalidade é prevista apenas para o reconhecimento pessoal e, conforme ressalva a própria regra legal, quando for possível colocar a pessoa a ser reconhecida ao lado de outras fisicamente semelhantes àquela. Vale dizer, se para o reconhecimento pessoal a formalidade não é imprescindível, não se pode afirmar que o seja para o reconhecimento fotográfico (TJDFT, 2019, s.n).

Portanto, para uma parte da doutrina e entendimentos jurisprudenciais, é possível afirmar a constitucionalidade do reconhecimento fotográfico, já que a ausência de cautela neste procedimento, apenas gerará uma nulidade relativa, sendo afastada somente mediante a aferição de prejuízo à parte.



Contudo, é necessário pontuar que ainda que haja a garantia do devido processo legal, ainda existem elevados números que atestam erros no julgamento, perpetuando prisões ilegais e maximizando o racismo estrutural.

Pontua-se ainda que as autoridades policiais e judiciárias possuem o controle do Poder Punitivo do Estado, mas o que se verifica é que em muitos casos a apresentação de fotografias a vítima para o reconhecimento, se respalda em atos viciados e que devem ser considerados nulos, considerando a projeção danosa ao acusado. Outrossim, conclui-se que ainda que a própria legislação penalista atribua procedimentos a serem seguidos para realizar o reconhecimento, na prática isso não ocorre.

4.2. INCONSTITUCIONALIDADE DO RECONHECIMENTO FOTOGRAFICO

Muito se discute o conceito de constitucionalidade, principalmente no âmbito criminal, considerando que as consequências de punições penais envolvem aspectos da liberdade dos indivíduos. Assim, ao definir um fato como conduta criminosa é preciso que o legislador considere não somente a definição jurídica, mas o contexto social que foi editada a lei. Buscando ainda o intérprete punir o fato praticado, possibilitando ao acusado uma defesa plena e minimizando atos arbitrários realizados pelo Estado e pela Sociedade.

Neste ínterim, os tipos penais devem guardar uma estrita consonância com o contexto social, buscando direcionar o poder punitivo do Estado ao fato praticado, e não associando a imagem do acusado ao contexto. “Os tipos penais devem definir fatos, associando-lhes as penas respectivas, e não estereotipar autores em razão de



alguma condição específica.” Não se admite um Direito Penal do autor, mas somente um Direito Penal do fato. Isso porque é diante do fato que recai a instrução probatória e a responsabilização penal (Masson, 2021, p.53).

Considerando de outro modo, a concepção clássica o reconhecimento fotográfico deve ser afastado como meio de prova no Código de Processo Penal, principalmente porque o acusado pode negar-se a participar, no todo ou em parte do ato, sem que essa recusa se presuma ou extrair qualquer consequência prejudicial, assim como o uso a imagem do acusado sem as devidas cautelas feriria direitos e garantias fundamentais.

Além do mais, os procedimentos judiciais e policiais adotados pelas autoridades ao realizarem o reconhecimento fotográfico, pressupõe um suposto excesso de aplicação de prisões cautelares derivadas exclusivamente no reconhecimento fotográfico, de modo que se discute se haveria fragilidade neste sistema probatório, principalmente para aqueles que são vistos à margem da criminalização social, cultural e política do Estado Brasileiro.

Diante de tal discussão e o contexto fático, o próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ) equilibrou os mecanismos a serem utilizados pelo poder judiciário diante do reconhecimento fotográfico (RHC 206.846).

O julgado supracitado, aduz que ainda que além de exigir para a realização do Reconhecimento Fotográfico as formalidades do art. 226 do CPP, é necessário ainda que os comportamentos dos policiais sejam condizentes com os princípios da aplicação da justiça, de modo que os atos investigatórios não sejam ilimitados e irrestritos. Ademais, não se pode recair sobre tal ato uma alta confiabilidade, sobretudo porque não há possibilidade de se manter por meio das fotografias, os mesmos trajés de roupas e as mesmas fisionomias entre os acusados.



Observa-se ainda que além da vítima não ter certeza da autoria do crime, se está se encaminhar a delegacia e simplesmente apontar eventual fotografia do acusado, já se pede a decretação da medida cautelar de natureza prisional, o que induz a graves prejuízos aos acusados.

Inclusive, relaciona-se essa informação a dinâmica comumente verificada nesses casos de reconhecimento fotográfico, “em que a vítima comparece à delegacia sem conhecimento sobre o autor do fato e, após ser exibida foto de alguma pessoa considerada suspeita, faz o reconhecimento e o mandado é solicitado ao juiz” (DPRJ, 2022, p. 9).

Alguns estudiosos afirmam que o reconhecimento fotográfico não se adequa a legislação processualista penal, apesar de outros doutrinadores defenderem sua utilização. “É inadmissível o reconhecimento fotográfico, uma vez que o ato de se reconhecer envolve um comportamento ativo do acusado, e feriria o seu direito de silêncio (*nemo tenetur se detegere*), de modo que atingiria praticamente o reconhecimento fotográfico” (Lopes Junior, 2021, p. 459).

A inconstitucionalidade mencionada diz respeito ao estado de coisas, afirmado pelo STF no julgamento da ADPF n. 347, isso é a violação aparente e sistêmica de direitos de certos grupos de pessoas ou a própria coletividade. Pereira conceitua o Estado das Coisas Inconstitucional (ECI) como “quadro insuportável de violação massiva de direitos fundamentais, decorrente de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas, agravado pela inércia continuada dessas mesmas autoridades” (Pereira, 2015, p. 11).

O estado das coisas inconstitucionais deriva ainda do diálogo entre os poderes dirigentes, com o fim de enfrentar e superar eventuais violações aos direitos



humanos, de modo que se encontra ligado com os meios de provas no processo penal, tendo em vista que envolve os aspectos punitivos do Estado.

A propósito:

apesar de o reconhecimento fotográfico representar uma interessante ferramenta para a persecução penal (desde que utilizado a partir de um procedimento regulado e padronizado, respeitando os direitos fundamentais das partes), o uso inadequado deste procedimento, somando-se a ausência de protocolos específicos, tem acarretado o aumento de falsos reconhecimentos e conduzido à prisão de diversos inocentes (Melo, Silva, et al. 2022, p.10).

Assim, a inconstitucionalidade do reconhecimento fotográfico pode se estabelecer tanto no critério legal e/ou no critério fático, haja vista que eventuais irregularidades na obtenção do reconhecimento por fotografia ensejaram graves violações aos acusados de um delito.

Ademais, as prisões ilegais derivadas em erros no reconhecimento fotográfico são, na maioria dos casos, decretadas sob pessoas negras. “As pessoas negras são as principais vítimas do reconhecimento fotográfico errôneo no Brasil, o que, não por coincidência, não difere da realidade da população carcerária, que devido à falta de oportunidade e o racismo estrutural, em sua maioria, é composta por pessoas negras e pobres” (Melo, Silva, 2022, p. 84).

A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (2022) atesta que mais de 60% dos condenados exclusivamente pelo Reconhecimento Fotográfico como meio probatório são pessoas negras, ao passo que 90% são homens. O próprio órgão público ainda considera que o procedimento realizado com a ausência de cautela, somado aos índices de violações sociais acarreta a falta de direitos e garantias individuais.



em verdade, essas formas de utilização das imagens não podem ser identificadas como métodos legais para realização do reconhecimento. É importante que haja observância das regras processuais penais, como forma de garantia de direitos. Mas, a legislação ainda precisa avançar. Precisamos, por exemplo, de regras mais transparentes sobre as imagens a serem mostradas para reconhecimento, como forma de garantia mínima de direitos (DPRJ,2022).

Nesse sentido, a ausência de previsão legal do reconhecimento fotográfico, conjugado com as graves irregularidades no procedimento realizado pelas autoridades diante da identificação fotográfica, conduz a violações a direitos básicos do ser humano, ocasionando assim um irrestrito poder punitivo do Estado e o afastamento das garantias constitucionais.

apesar dessas incursões, porém, quanto ao primeiro aspecto, consta no mesmo julgado expressa referência à possibilidade de refazimento (e não de mera confirmação) do ato em juízo. Quanto ao reconhecimento por exibição de fotografia, por sua vez, assume-se que ele deverá ser visto como uma etapa antecedente ao eventual reconhecimento pessoal, o que, em certa medida, traz certa ambiguidade já que, assumida a probabilidade do reconhecimento anterior induzir a falsas memórias, seria previsível admitir que o reconhecimento a posteriori teria ainda menor confiabilidade (Esteves, 2020, p. 22).

Nessa perspectiva, há duas formas de utilização do reconhecimento fotográfico, isso é a utilização deste como mecanismo auxiliar e complementar ao reconhecimento presencial, ou a possibilidade de utilizá-lo em sede judicial, desde que realizado novamente, garantindo um contraditório e ampla defesa direto e efetivo.



Os prejuízos acarretados pela ilegalidade do reconhecimento fotográfico se respalda principalmente da arbitrariedade das prisões, isso porque além de ocasionar fragilidade no sistema penal, possibilita contornos de insegurança jurídica na sociedade.

As prisões ilegais provocam sérios contornos aos integrantes deste sistema, isso é visto principalmente diante da grave crise no sistema prisional, alta lotação, direitos básicos tolhidos, e um sério retrocesso social, não atingindo desse modo a finalidade da pena: penalizar e ressocializar o apenado. De modo que, o Brasil por meio da ADPF 347, sistematizou primeiramente a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema prisional, considerando-o como a causa de violação dos direitos fundamentais.

"A mim, particularmente, me envergonho, por ser integrante desse sistema de Justiça – um sistema de moer gente. É uma roda viva de crueldades. Nenhum de nós pode avaliar o que representa três anos dentro de uma cela fétida, insalubre e apinhada de gente, como é a situação desse rapaz" (Cruz, 2023, s.n).

A questão de se analisar a ausência de cautela no uso do reconhecimento fotográfico é amparada não tão somente na questão da legalidade do ato, mas também nas consequências prejudiciais aos acusados acarretados por meio deste procedimento. Nesse ínterim, o reconhecimento fotográfico deve ser analisado com cautela, considerando que há outros elementos probatórios eficazes para análise de autoria e materialidade no Processo Penal, isso porque deve-se ter ponderação, principalmente quando se utilizam mecanismos que acarretam graves violações aos direitos humanos.



5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As provas no Processo Penal, bem como as formalidades e diretrizes legais que são feitas pelo juiz ao valorar as provas conduzem a atribuição de responsabilidade penal, de modo que atribuir culpa a um indivíduo, produz evidentes reflexos em sua vida em sociedade. Diante disso, foi verificado os procedimentos e a legalidade do reconhecimento fotográfico no CPP e suas consequências sociais. Foi analisado ainda o atual posicionamento do STF acerca da inconstitucionalidade da condução coercitiva no que tange ao interrogatório, e a possibilidade de ampliação ao reconhecimento de pessoas e coisas, sobretudo, diante do princípio da não incriminação. Nesse sentido, observou a instabilidade deste meio probatório, já que atribui a uma terceira pessoa, ora a própria vítima, o ato de reconhecer, retirando do acusado mecanismos de defesas, principalmente quando envolve a fase extrajudicial. Atribuir o poder de decisão à vítima, poderá ocasionar severos erros judiciários, principalmente diante da falibilidade da memória humana, porque não há possibilidade de dissociar o emocional com a racionalização do ato. Isso decorre, do fato da vítima muitas das vezes se sentir coibida de realizar tal prova.

A discussão do trabalho se fez necessário diante dos elevados erros judiciários presentes na captação das fotografias pelas autoridades policiais e da repetição simbólica do ato em juízo. Isso porque, foi analisado que em sede policial são utilizados mecanismos informáticos, baseados em algoritmos, que mapeiam geograficamente os locais passíveis de práticas criminosas, e ainda analisam os possíveis autores, com base nos dados fornecidos pelo próprio sistema. Contudo, infere-se que os mecanismos em comento contém graves falhas, posto que a análise



feita são pautadas em modelos discriminatórios, considerando que os locais analisados pelo sistema centralizam em sociedades marginalizadas e em pessoas pobres e pretas. Tal policiamento preditivo, apenas se contém de mecanismos desiguais e criminaliza ainda mais a sociedade, já que reafirma a existências de graves desigualdades institucionais e realça o racismo estrutural presente na sociedade brasileira.

Portanto, verificou-se que a ilegalidade e o abuso de poder abarcado no ato do reconhecimento fotográfico se projetam além do aspecto judiciário, promovendo graves violações de direitos a determinados grupos de indivíduos, e ocasionando um sistema de opressão racial e social. Nesse sentido, analisando a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucionais foi possível perceber que o conceito de (in) constitucionalidade vai além do aspecto legal do termo, sendo possível afirmar, desse modo, que o reconhecimento fotográfico deve ser considerado inconstitucional, já que os operadores de direito devem garantir os direitos fundamentais, ora violados, como o próprio mecanismo de defesa do acusado, já que estes são a estabilização de um sistema penal amparado em aspectos objetivos e igualitários, e não tão somente no suporte racial ou social de uma sociedade, buscando desse modo a punição ao fato e não a pessoa.

Assim, o simples erro ao analisar este meio probatório, promove um efeito cascata aos presos condenados ou em medida cautelar prisional, já que o tempo em que ficou com a liberdade cerceada não se retorna pela simples declaração da ilegalidade da prisão.

Portanto, a teoria do estado de coisas inconstitucionais deve ser a ferramenta necessária para garantir a preservação de direitos violados, possibilitando uma atuação positiva do Estado em prol de um bem comum, e não reafirmando uma seletividade penal.



REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cessare, 1738-1794. **Dos delitos e das Penas**. Entendo as leis com os melhores clássicos do direito. São Paulo: Hunter Books, 2012.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 3, nov, 2022.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 3, nov, 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 25, jun, 2023.

BRASIL. Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. **Reconhecimento fotográfico: Pesquisa aponta erros no uso deste método**. Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/18172-Reconhecimento-fotografico-mais-uma-pesquisa-aponta-erros-no-metodo> Acesso em: 3, julh, 2023.

RASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560> Acesso em: 08, jun, 2023.



E-Civitas - Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH – Belo Horizonte

Volume XVII, número 1, julho de 2024 – ISSN: 1984-2716 – ecivitas@unibh.br

Disponível em: <https://unibh.emnuvens.com.br/dcejpg/index>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HABEAS CORPUS Nº 712.781 - RJ (2021/0397952-8)**. STJ traz novos avanços no entendimento sobre o reconhecimento de pessoas. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/HC%20712781%2017032%2022.pdf>. Acesso em: 4, nov, 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HABEAS CORPUS Nº 769.783-RJ (2022/0285346- 2)**. STJ vê falha grave em reconhecimento fotográfico e manda soltar porteiro acusado em 62 processos. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/10052023-STJ-ve-falha-grave-em-reconhecimento-fotografico-e-manda-soltar-porteiro-acusado-em-62-processos.aspx> Acesso: 15, mai, 2023.

DE SOUZA, Maria Clara Soares; DE OLIVEIRA, Mariane Santos Maciel. **O racismo algoritmo e a Caverna de Platão: Como as novas tecnologias modulam o estigma do Criminoso**. Pernambuco, 2021. Disponível em: <https://ebooks.pucrs.br/edipucrs/acessolivre/anais/congresso-internacional-de-ciencias-criminais/assets/edicoes/2021/arquivos/52.pdf> Acesso em: 15, mai, 2023.

ESTEVES, Claudio Rubino Zuan. **Estudo de caso: o reconhecimento fotográfico e a observância ao procedimento descrito no art. 226 do Código de Processo Penal**. Curitiba, 2020. Disponível em: https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Estudo_de_Caso_-_Reconhecimento_de_pessoas_-_versao_18-12-2020_final.pdf. Acesso em: 20, mar, 2023.

GENTIL, Pedro Henrique Nunes. **Falsas Memórias e Reconhecimento Fotográfico como meio de prova no processo penal**. Uberlândia, 2021. Disponível em:



E-Civitas - Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH – Belo Horizonte

Volume XVII, número 1, julho de 2024 – ISSN: 1984-2716 – ecivitas@unibh.br

Disponível em: <https://unibh.emnuvens.com.br/dcjpg/index>

file:///C:/Users/02083012674/Downloads/FalsasMem%C3%B3riaseReconhecime
nto.pdf Acesso em: 12, dez, 2022.

GONÇALVES, Eric Francis de Matos. **A prova no Processo Penal**. Iguatu:
Quipá Editora, 2021.

JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. São Paulo, 16° ed. Saraiva, 2019.

JOVERNO, Marília Musa Garcia. **Prisões Ilegais com base no reconhecimento
fotográfico: o elo entre o racismo estrutura e controle social**. Revista da Defensoria
Pública do Estado de
São Paulo. São Paulo, v. 4, n. 2, p. 139-156, jul/dez. 2022

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**, volume único, 8d.
Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LUCENA, Pedro Arthur Capelari de. **Policimento preditivo, discriminação
algorítmica e racismo: potencialidades e reflexos no brasil**. VI Simpósio
Internacional Lavits, 26 a 28 de junho de 2019 ISSN 2175-9596. Salvador, 2019.

MATILDA, Janaina. Ceconello, William Weber. **Reconhecimento fotográfico e
presunção de inocência**. Revista brasileira de Direito Processual Penal. Porto Alegre,
v. 7, n. 1, p. 409- 440, jan-abr.2021.

MAIA, Alexandre da. **O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli-notas preliminares**.
Revista de Informação Legislativa. Brasília a.37, n. 145, jan-mar.2000.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: Parte Geral (arts. 1° ao 120)**. São Paulo, 15° ed.
Método: 2021.



E-Civitas - Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH – Belo Horizonte

Volume XVII, número 1, julho de 2024 – ISSN: 1984-2716 – ecivitas@unibh.br

Disponível em: <https://unibh.emnuvens.com.br/dcjpg/index>

MELO, Thayná Medeiros. **As Condenações por Reconhecimento Fotográfico e a influência da seletividade racial no sistema punitivo brasileiro.** Revista Interdisciplinar de sociologia e direito. Niterói, v.24, n. 1, jan-abr/2022, p. 72-87.

O'NEIL, Cathy. **Algoritmos de Destruição em massas.** Como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal.** 2º ed. São Paulo: Ed. Forense, 2021.

PACELLI. Eugênio. **Curso de Processo Penal.** São Paulo, 24ª edição, Atlas, 2020.

PEREIRA, Luciano Meneguetti. **O Estado de Coisas Inconstitucional e a violação dos direitos humanos no sistema prisional brasileiro.** Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos, Bauru, v. 5, n. 1, p. 167-190, jan/jun., 2017.

RIBEIRO, Nelson Santo. **A prova do reconhecimento no Processo Penal.** Do Reconhecimento fotográfico ao Reconhecimento Pessoal. Lisboa, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Estado de Coisas Inconstitucional:** é uma nova forma de ativismo. Porto Alegre. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>. Acesso em: 16, nov, 2022.



E-Civitas - Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH – Belo Horizonte

Volume XVII, número 1, julho de 2024 – ISSN: 1984-2716 – ecivitas@unibh.br

Disponível em: <https://unibh.emnuvens.com.br/dcjpg/index>

ZAFFARONI, Raul. **Função do Direito Penal é limitar o poder punitivo**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/20anos/2017-ago-03/raul-zaffaroni-jurista-argentino-funcao-do-direito-penal-e-limi> Acesso em: 19, fev, 2023.



E-Civitas - Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH – Belo Horizonte

Volume XVII, número 1, julho de 2024 – ISSN: 1984-2716 – ecivitas@unibh.br

Disponível em: <https://unibh.emnuvens.com.br/dcjpg/index>