

A NOVA INTERPRETAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA AO ARTIGO 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: COMENTÁRIOS AO ACÓRDÃO PROFERIDO NO *HABEAS CORPUS* 712.781/RJ

THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE'S NEW INTERPRETATION OF ARTICLE 226 OF THE CRIMINAL PROCEDURE CODE: COMMENTS ON THE JUDGMENT PROVIDED IN THE HABEAS CORPUS 712,781/RJ

CLEIFSON DIAS PEREIRA

Doutorando e Mestre em direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professor convidado da Pós-graduação em ciências criminais da Universidade Católica do Salvador (UCSAL). Membro do GT Reconhecimento Pessoal, instituído pela Portaria nº 209/2021 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

Advogado Criminalista.

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/2631062605783250>].

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0003-2193-960X>].

cleifsondias@hotmail.com

LUIZ GABRIEL BATISTA NEVES

Doutorando e Mestre pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Ex-presidente e membro do conselho consultivo estadual do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP). Vice-diretor da Escola Superior de Advocacia Orlando Gomes da Ordem dos Advogados do Brasil – seção do estado da Bahia.

Advogado criminalista.

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/7040002320938435>].

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0001-5236-6192>].

lgbneves@gmail.com

<https://doi.org/10.54415/rbccrim.v192i192.252>

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O presente trabalho apresenta comentários críticos à decisão proferida no julgamento do *Habeas Corpus* 712.781/RJ do Superior Tribunal de Justiça, que modificou o ponto 4 do HC 598.886 da mesma corte, firmando entendimento importante sobre a confiabilidade

ABSTRACT: This paper presents critical comments on the decision rendered in the judgment of Habeas Corpus 712,781 of the Superior Court of Justice, which modified point 4 of HC 598,886 of the same court, establishing an important understanding of the reliability of photographic

do reconhecimento fotográfico como elemento probatório. É destaque, nesse sentido, dois pontos importantes que foram inseridos no julgamento do RHC 206.846 do Supremo Tribunal Federal. No aspecto teórico, são apresentadas três críticas à moderna doutrina que vem apresentando soluções à produção e valoração racional do reconhecimento de pessoas.

PALAVRAS-CHAVE: Processo penal – Reconhecimento de pessoas – Artigo 226 do CPP – Psicologia do testemunho – Erro judicial.

recognition as an element of evidence. In this sense, two important points are highlighted that were included in the judgment of RHC 206,846 of the Federal Supreme Court. In the theoretical aspect, three criticisms are presented to the modern doctrine that has been presenting solutions to the production and rational valuation of the recognition of people.

KEYWORDS: Criminal proceedings – People Recognition – Article 226 of the CPP – Testimony Psychology – Judicial error.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais. 2. Sobre o caso. 3. O procedimento de reconhecimento de pessoas, previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, e a nova interpretação dada pelo Superior Tribunal de Justiça. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O estado de caos do sistema de justiça criminal brasileiro (ou “estado de coisas inconstitucionais”, como preferiu o STF¹) está estruturado em uma dinâmica bem peculiar na forma de se decidir pela prisão cautelar ou condenação das pessoas que estão submetidas ao poder punitivo do Estado. Não é coincidência que no último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, do período de julho a dezembro de 2019, 50,96% (em números absolutos, 504.108 mil) da população carcerária brasileira, de um lado, são de pessoas investigadas, acusadas ou condenadas pelos crimes contra o patrimônio, em sua maioria pelo crime de roubo (art. 157 do Código Penal) e, de outro, 20,28% (ou 200.583 mil) de pessoas presas pelos crimes da lei de drogas (Leis 6.368/76 e 11.343/06)².

A hipótese apresentada pelas pesquisas, até aqui, é a de que a principal prova da acusação nesses processos são a palavra dos agentes das forças de segurança (em regra, a palavra do policial militar)³, nos crimes da lei de drogas, e o reconhecimento de pessoas nos

1. A expressão “estado de coisas inconstitucional” surge em decisão paradigmática da Suprema Corte da Colômbia e no Brasil foi utilizada no âmbito da ADPF 437 julgada pelo Supremo Tribunal Federal, com relatoria do Min. Marco Aurélio, em 09.09.2015.
2. Dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) publicado no ano de 2019, disponível no link: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYWY5NjFmZjctOTJmNi00MmY3LTlhMTetNWYwOTlmODFjYWQ5IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNMNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 10.05.2022.
3. Vide, por exemplo: SEMER, Marcelo. *Sentenciando tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019 e; JESUS, Maria Gorete Marques. *A verdade jurídica nos*

crimes contra o patrimônio⁴. Confirmadas essas suspeitas, a memória seria a principal fonte de informação do processo penal, a responsável – em tese – pelo encarceramento de mais de setecentas mil pessoas em todo país.

Por essas razões, ainda que o espaço dedicado ao formato deste tipo de publicação seja reduzido – de comentário de jurisprudência – é fundamental fazer breves apontamentos sobre o estado da arte do pensamento crítico que tem surgido, capaz de viabilizar uma proposta concreta para a construção de um verdadeiro dique de contenção daquele que é apontado como um dos principais combustíveis para produção de erros judiciais, como prefere chamar parte da doutrina – ou cumprimento de metas e objetivos, como seria capaz de denunciar uma dogmática processual penal comprometida com a teoria crítica racial.

Identificamos que algumas das propostas sobre o reconhecimento de pessoas possuem como base em sua construção teorias da psicologia cognitiva, especialmente a psicologia do testemunho. Tem sido oferecido, ao longo dos últimos anos, uma série de alternativas para decisões mais racionais acerca deste tipo de prova. Com esses pressupostos é possível se deparar com artigos⁵, projeto de lei⁶, teses defensivas⁷ e orientações⁸

processos de tráfico de drogas. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020; Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: “o fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação”.

4. Relatórios da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro dos anos de 2020, 2021 e 2022, disponível em: [www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/33e974efa1004184954cc1b08ac2f253.pdf], [www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/54f8edabb6d0456698a068a65053420c.pdf], [www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/92d976d0d7b44b338a660ec06af008fa.pdf], [https://defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/8522ade5dd614eef9176eb6109711b4f.pdf]. Acesso em: 10.05.2022.
5. MALPASS, Roy S.; MEISSNER, Christian A.; TREDoux, Colin G. & ZIMMERMAN, Laura A., (2005). *Eyewitness Identification. Psychology and Law: An Empirical Perspective* (p. 177-221). DOI:10.1016/B0-12-657410-3/00971-5; LOFTUS, Elizabeth F. (2013). *Eyewitness testimony in the Lockerbie bombing case. Memory*, 21(5), 584-590. DOI: 10.1080/09658211.2013.774417; CECCONELLO, William Weber; STEIN, Lilian Milnitsky (2020). Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos. *Avances en Psicología Latinoamericana*, 38(1), 172-188. Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/apl/a.6471>; CECCONELLO, William Weber; STEIN, Lilian Milnitsky. Novos rumos para o reconhecimento de pessoas no Brasil? Perspectivas da Psicologia do Testemunho frente à decisão HC 598.886. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 177, p. 359-368, 2021. WELLS, Gary L. (2002). *Eyewitness Testimony. Review in Advance*. DOI: 10.1146/annurev.psych.54.101601.145028.; WELLS, Gary L. (2018) *Eyewitness Identification*. (2018). *Psychology Publications*. 67. DOI: https://lib.dr.iastate.edu/psychology_pubs/67; WELLS, Gary L., OLSON, Elizabeth A. (2003), *Eyewitness Testimony. Annual Review of Psychology*, 54:227-95. DOI: 10.1146/annurev.psych.54.101601.145028; KOVERA, Margareth Bull, (2019). “Research on Race and Racism”. Andrea L. Miller, Chadly Stern and Helen Neville (Special Issue Editors). *For a full listing of Special Issue papers*, see: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/josi.2019.75.issue-4/issuetoc>; BREWER, Neil; DOUGLASS, Amy Bradfield; KOVERA, Margaret Bull; MEISSNER, Christian A.; WELLS, Gary L. & WIXTED, John T. (2020). Policy and procedure recommendations

PEREIRA, Cleifson Dias; NEVES, Luiz Gabriel Batista. A nova interpretação do Superior Tribunal de Justiça ao artigo 226 do Código de Processo Penal: comentários ao acórdão proferido no *Habeas Corpus* 712.781/RJ *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 192, ano 30, p. 407-427. São Paulo: Ed. RT, setembro – outubro/2022.

de se e como realizar o reconhecimento de pessoas. E mais: não é um risco dizer que, sem perceber e como se fosse uma escolha realizada por meio do método indutivo⁹, a investigação sobre o reconhecimento fotográfico tem dado o contorno do todo, a criar uma série de problemas que deve ser enfrentada em espaço próprio.

Mas três razões devem ser ditas, ainda que como se fossem “notícias de uma guerra particular”¹⁰. A primeira é que é indispensável¹¹ o estudo e as estruturas teóricas da filosofia da mente e sua relação com o Direito, se o reconhecimento é prova que depende da memória, como sabemos. Até porque só houve o desenvolvimento das teorias da psicologia cognitiva em meio a um ambiente favorável¹², fundado nos estudos que nos levaram

for collection and preservation of eyewitness identification evidence. *Law and Human Behavior*, v. 44, n. 1, 3-36. DOI: <http://dx.doi.org/10.1037/lhb0000359>; WEST, E., e METERKO, V., 2015. *Innocence project: DNA exonerations, 1989-2014: Review of data and findings from the first 25 years*. *Albany Law Review*, 79(3), 717-795.

6. Projeto de Lei 676 de 2021, disponível em: [www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/147134]. Acesso em: 10.05.2022; Embora seja uma tentativa de oferecer um modelo mais seguro para o reconhecimento de pessoas, buscando reduzir os erros judiciais, não podemos deixar de observar que a proposta de reformas parciais no Código de Processo Penal é uma das razões pelas quais não tivemos até hoje uma reforma global do processo penal no Brasil: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. São Paulo: Tirant Brasil, 2018. p. 442-486. É possível encontrar em Franco Cordero diretrizes para elaboração de um Código de Processo Penal que adote o sistema acusatório: CORDERO, Franco. Linhas de um processo acusatório. Trad. Marco Aurélio Nunes da Silveira. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Orgs.). *Estudos sobre a reforma do CPP no Brasil: volume 4*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.
7. INSTITUTO de Defesa do Direito de Defesa. *Prova sob Suspeita: Linhas defensivas sobre o reconhecimento de pessoas e a prova testemunhal*. São Paulo: IDDD, 2021.
8. INSTITUTO de Defesa do Direito de Defesa. *Prova sob Suspeita: reconhecimento de pessoas e prova testemunhal: orientações para o sistema de justiça*. São Paulo: IDDD, 2022.
9. Não há nenhum problema na escolha do método indutivo, desde que essa escolha obedeça aos critérios para a validação da hipótese apresentada, como ensinam: MACHADO, Maíra Rocha (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.
10. LUND, Kátia; SALLES, João Moreira. *Notícias de uma guerra particular*. Rio de Janeiro: VideoFilmes, 1999. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=yq8UWfU9wSg]. Acesso em: 12.05.2022.
11. Dado que o pensamento ocidental se estruturou sobre bases epistêmicas fundamentalmente filosóficas, criando assim ambiências muito próprias para a construção do conhecimento.
12. Sobre teorias que se desenvolvem a partir de ambiente favorável: KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 8. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2003. p. 29-42, o que Kuhn vai chamar de “a rota para a ciência normal”; COSTA, Cláudio. *Filosofia da mente*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005. p. 7-8, “(...) podemos situar o marco divisório do surgimento da filosofia da mente contemporânea em 1949, ano em que Gilbert Ryle publicou na Inglaterra o livro intitulado O conceito de mente, desafiando as concepções tradicionais (...). O que teria produzido essa revolução? A resposta é que ela se deu como reflexo de outros desenvolvimentos, que começaram com a introdução de novas metodologias de análise filosófica e continuaram com o surgimento de

PEREIRA, Cleifson Dias; NEVES, Luiz Gabriel Batista. A nova interpretação do Superior Tribunal de Justiça ao artigo 226 do Código de Processo Penal: comentários ao acórdão proferido no *Habeas Corpus* 712.781/RJ *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 192. ano 30. p. 407-427. São Paulo: Ed. RT, setembro – outubro/2022.

à filosofia da mente, que surge, então, em 1949 com o livro *The Concept of Mind*, de Gilbert Ryle¹³. Por filosofia da mente podemos considerar o último grande salto da filosofia contemporânea, impulsionado pelas filosofias da lógica e da linguagem que “(...) consiste em reflexões conjecturais acerca de *estados* (eventos, processos, disposições) *mentais*, que em conjunto constituem o que chamamos de mente”. Esse é um caminho que deve ser percorrido por intermédio de uma literatura já estabelecida e consistente¹⁴. John Heil¹⁵ e Paul Churchland¹⁶ apresentam de maneira ampla a história dessa trajetória teórica. Inclusive, profissionais da própria medicina já defendem que não há separação entre mente e cérebro¹⁷, confirmando a necessidade da releitura desses estudos a partir de uma nova base filosófica. É dizer, como primeira observação deste tópico, não é possível oferecer soluções sobre o reconhecimento de pessoas descoladas de uma filosofia da mente como campo teórico.

A segunda é a imprescindibilidade de estudos empíricos com abrangência nacional para um diagnóstico apurado de qual prova realmente prevalece nos crimes contra o patrimônio e de seu impacto sobre as decisões judiciais. Ou seja, o reconhecimento de pessoas é de fato a principal prova do processo penal e aquela que mais leva a condenações equivocadas? Pesquisas, como a da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro,

novos domínios científicos como a neurofisiologia, a psicologia cognitiva e a inteligência artificial” (grifos nossos).

13. RYLE, Gilbert. *The Concept of Mind*. Reprint University of Chicago Press edition, 1984. Originally published: London: Hutchinson, 1949.
14. ANSCOMBE, G.M.E. *Intention*. Reprint Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2000. Originally published in England in 1957 by Basil Blackwell; AUSTIN, J. L. *How to do Things With Words*. Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1955; DAVIDSON, Donald. *Essays on Actions and Events*. Second Edition. Clarendon Press, Oxford, 2001; PUTNAM, Hilary. *O realismo de rosto humano*. Trad. Carlota Andrade. Lisboa: Instituto Piaget, 1999; PUTNAM, Hilary. *Corda tripla: mente, corpo e mundo*. Trad. Adail Sobral. Aparecida, SP: Idéias & Letras, 2008; PUTNAM, Hilary. *O colapso da verdade e outros ensaios*. Trad. Pablo Rubén. Aparecida, SP: Idéias & Letras, 2008; RORTY, Richard. *A filosofia e o espelho da natureza*. Trad. Antônio Trânsito. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994; SEARLE, John R. *O mistério da consciência*. Trad. André Yuji Pinheiro Uema e Vladimir Safatle. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998; SEARLE, John. *Actos de Habla*. Quinta Edición. Madrid: Cátedra, 2001; CHOMSKY, Noam. *A ciência da linguagem: conversas com James McGilvray*. Trad. Gabriel de Ávila Othero, Luisandro Mendes Souza e Sérgio de Moura Menuzzi. São Paulo: Editora Unesp, 2014; CHOMSKY, Noam. *Novos horizontes no estudo da linguagem e da mente*. Trad. Marco Antônio Sant’Anna. São Paulo: Editora Unesp, 2005; DENNETT, Daniel G. *Tipos de mentes: rumo a uma compreensão da consciência*. Trad. Alexandre Tort. Rio de Janeiro: Rocco, 1997; MCDOWELL, John. *Mente e mundo*. Trad. João Vergílio Gallerani Cuter. Aparecida, SP: Idéias & Letras, 2005.
15. HEIL, John. *Filosofia da mente: uma introdução contemporânea*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.
16. CHURCHLAND, Paul M. *Matéria e consciência: uma introdução contemporânea à filosofia da mente*. Trad. Maria Clara Cescato. São Paulo: Editora Unesp, 2004.
17. DAMÁSIO, R. Antônio. *E o cérebro criou o homem*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

PEREIRA, Cleifson Dias; NEVES, Luiz Gabriel Batista. A nova interpretação do Superior Tribunal de Justiça ao artigo 226 do Código de Processo Penal: comentários ao acórdão proferido no *Habeas Corpus* 712.781/RJ *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 192, ano 30, p. 407-427. São Paulo: Ed. RT, setembro – outubro/2022.

sinalizam nesse sentido, mas é preciso um levantamento de dados amplo, em todo o país, para um diagnóstico mais consistente. Outras razões podem surgir e o problema de produção e valoração da prova no processo penal no Brasil certamente apresentará outras complexidades.

Por fim, sem deixar de registrar os avanços que o debate sobre este tema tem provocado no país, inclusive com decisões do Superior Tribunal de Justiça¹⁸, como a que é o objeto deste comentário jurisprudencial, e do Supremo Tribunal Federal¹⁹, não é demais afirmar que a deficiência do sistema de justiça criminal resulta da ausência de uma dogmática processual penal que não é constituída a partir da realidade racial brasileira. A solução de se e como deve ser feito o reconhecimento de pessoas passa por uma estrutura analítica, empírica e normativa que tenha por base a teoria crítica racial, de modo que todo o debate feito hoje, inclusive no âmbito do Congresso Nacional e do Conselho Nacional de Justiça, não retire a atenção de uma questão que nos parece central: a morte²⁰ de pessoas negras²¹ pelas forças de segurança do Estado, nos levando a uma falsa sensação de que, resolvido o problema do reconhecimento de pessoas, estará resolvido as mazelas do processo penal no Brasil.

A terceira e última razão que fundamenta é aquilo que temos chamado de pensamento crítico racial, como campo analítico necessário para os avanços que interessam à maior parte da população brasileira. O enxerto da teoria crítica racial tende a apresentar novas bases epistêmicas que devem gerar um olhar externo a todo o quadro de ilegalidade, próprio de um território cujo passado colonial apresenta reminiscências.

Desse modo, sem prejuízo de outras²², não é possível construir uma dogmática processual penal sem a importação de, ao menos, três categorias²³ analíticas que podem ser observadas no processo penal brasileiro: a) a dinâmica da fragmentação territorial, que

18. Vide: HC 598.886-SC do Superior Tribunal de Justiça, rel. Min. Rogério Schietti, DJe 18.12.2022; HC 652.284-SC, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 03.05.2021; HC 712.781-RJ, rel. Min. Rogério Schietti, julgado em 15.03.2022.

19. RHC 206.846 do Supremo Tribunal Federal, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 22.02.2022.

20. Há quem defenda a cumplicidade do sistema de justiça com a produção em série de mortes: FLAUZINA, Ana; PIRES, Thula. Roteiros previsíveis: racismo e justicamentos no Brasil. Trincheira democrática. *Boletim do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP)*, Salvador, ano 3, n. 08, abr. 2020. p. 10.

21. É de se ver o 15º anuário e o infográfico do Fórum de Segurança Pública, disponíveis em: [<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/10/anuário-15-completo-v7-251021.pdf>], e [<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/11/infografico-violencia-desigualdade-racial-2021-v3.pdf>]. Acesso em: 12.05.2022.

22. Levando em consideração aspectos de pesquisa não tradicionais do campo jurídico, abandonando, assim, o seu típico abstracionismo (passando a incluir aspectos mais concretos, tais como vida e morte).

23. MBEMBE. Achille. *Políticas da inimizade*. Lisboa: Antígona Editores Refractários, 2017. p. 133-136.

implica na compreensão de aplicação do processo penal de maneira distinta a partir de critério de “geografia penal”²⁴; b) o regime de soberania vertical, que determina a aplicação de estratégias de persecução penal específicas conforme a origem do suspeito, investigado ou réu; c) a consideração da existência de um “estado de sítio” sem fim, que elege inimigos da sociedade a partir de critérios estabelecidos pelos quadros das violências sistêmicas, reduzindo ou eliminando garantias processuais penais.

Por todas essas razões, o presente trabalho tem por objetivo um comentário crítico ao acórdão proferido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no bojo do HC 712.781-RJ, julgado em 15 de março de 2022, de Relatoria do Ministro Rogério Schietti, e que é precedido de importantes julgamentos sobre o tema, tais como o HC 598.886-SC, de mesma relatoria, do HC 652.284-SC, de Relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca e do RHC 206.846 do Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

A decisão no *Habeas Corpus* 712.781-RJ reavaliou o ponto quarto da conclusão do acórdão do HC 598.886-SC, para não “(...) considerar propriamente o reconhecimento fotográfico como ‘etapa antecedente e eventual do reconhecimento de pessoas’, mas apenas como possibilidade de, entre outras diligências investigatórias, apurar a autoria delitiva”. Antes do comentário da jurisprudência selecionada, que se dará nos tópicos seguintes, a primeira crítica a ser feita é a de destacar a ausência de dois pontos que constam na decisão do Supremo, no julgamento do RHC 206.846: a) deixar de observar a previsão do art. 226 do Código de Processo Penal torna o reconhecimento de pessoas inválido, a vedar a sua utilização para decretação de prisão cautelar ou de condenação; e b) o reconhecimento necessita de justificativa que indique a autoria do fato investigado.

2. SOBRE O CASO

A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro impetrou ordem de *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça. A ação autônoma de impugnação foi tombada sob o n. 712.781/RJ e distribuída para o Ministro Rogério Schietti, da Sexta Turma.

O *habeas corpus* impugnou, como ato coator, decisão colegiada proferida pela Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por meio da qual houve a manutenção de sentença penal condenatória anteriormente proferida em desfavor do paciente. A condenação ocorreu em face da suposta prática dos crimes de roubo (art. 157, § 2-A, I, do Código Penal) e de corrupção de menores (art. 244-B, da Lei 8.069/1990).

24. CHRISTIE, Nils. Elementos de geografia penal. In: *Instituto Carioca de Criminologia. Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Ano 7, n. 11. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003. p. 95-102.

PEREIRA, Cleifson Dias; NEVES, Luiz Gabriel Batista. A nova interpretação do Superior Tribunal de Justiça ao artigo 226 do Código de Processo Penal: comentários ao acórdão proferido no *Habeas Corpus* 712.781/RJ. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 192, ano 30, p. 407-427. São Paulo: Ed. RT, setembro – outubro/2022.

O impetrante apontou, no bojo do *writ*, que, malgrado o paciente tivesse sido condenado pela suposta prática das referidas infrações penais, a autoria das condutas teria sido identificada com base em elementos inidôneos.

Haveria constrangimento ilegal, a ser sanado por meio do expediente manejado, a partir do momento em que o paciente foi condenado, com sentença confirmada em sede recursal, e foi utilizado, para respaldar a condenação e fundamentar a decisão condenatória, elemento probatório traduzido em auto de reconhecimento de pessoas realizado em inobservância ao texto do art. 226 do Código de Processo Penal.

Pelo que consta do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, o reconhecimento do paciente teria ocorrido com um procedimento de reconhecimento pessoal por fotografia e a condenação teria ocorrido exclusivamente tendo por base em tal elemento.

No dia 21.12.2017 teria sido acometida em desfavor da vítima a prática de crime por duas pessoas. Dias após o fato, a vítima teria visto reportagem sobre um outro episódio que envolveu a prática de infração penal no dia 29.12.2017 na mesma região e teria reconhecido os autores desse segundo crime como autores do crime praticado em seu desfavor. Teria se dirigido, então, à unidade policial, mostrando a fotografia de ambos e os identificando como autores do crime do qual teria sido vítima, o que ensejou a formalização do auto de reconhecimento. Nesse ponto, importa registrar que não teriam sido sequer mostradas outras fotos à vítima, mas apenas e tão somente daquele sujeito que ela própria teria reconhecido em reportagem.

Foi requerida, nesse sentido, a anulação do acórdão condenatório proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a fim de que outro julgamento fosse levado a cabo, sem que fossem considerados os atos de reconhecimento realizados, tanto em fase investigativa como em fase judicial.

Diante do pleito formulado por meio do *habeas corpus*, o Ministro Relator proferiu decisão em 20.12.2021, quando então deferiu o pedido liminar.

Seguindo o rito procedimento, o Ministério Público Federal apresentou manifestação, com a qual apontou que a matéria levada à corte pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro encontraria guarida na jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, notadamente após o julgamento do *habeas corpus* 598.886/SC. Nesse sentido, opinou pela concessão da ordem pleiteada, de modo que o paciente fosse absolvido das imputações feitas em seu desfavor, diante da inexistência de elementos probatórios válidos suficientes – eis que o reconhecimento feito seria nulo.

Ao fim, os demais integrantes da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça seguiram de forma unânime o Ministro Relator, para fins de confirmar a decisão liminar anteriormente proferida e conceder a ordem de *habeas corpus* impetrada.

Nos termos do voto proferido pelo Ministro Relator, entendeu-se que o procedimento de reconhecimento foi nulo, eis que não observou as regras processuais atinentes ao procedimento. Nesse sentido, deliberou-se que não seria possível ratificar a condenação do acusado, uma vez que tal condenação teria sido lastreada exclusivamente em elementos probatórios inservíveis.

A análise sobre a regularidade do procedimento de pessoas previsto no art. 226 do Código de Processo Penal foi, portanto, o ponto central do julgamento do *habeas corpus* 712.781/RJ pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça.

Partindo de duas premissas, quais sejam: (i) de que o reconhecimento, no caso tratado no bojo do *writ*, teria sido o único elemento que indicou a autoria do delito e fundamentou a condenação do paciente e; (ii) que no caso concreto o procedimento de reconhecimento foi realizado ao arrepio da legislação aplicável ao caso, entendeu-se pela concessão da ordem impetrada.

Dessa forma, o Superior Tribunal de Justiça se manifestou pela absolvição do sujeito apontado como paciente na ordem de *habeas corpus*, uma vez que, excluindo os elementos probatórios decorrentes do imprestável procedimento de reconhecimento, não haveria suporte probatório para lastrear a acusação, notadamente no que diz respeito aos elementos que poderiam indicar a autoria delitiva.

Nesse ponto, convém registrar que a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça concedeu a ordem de maneira mais extensiva do que havia sido requerido no bojo do *habeas corpus*. Com efeito, o pedido formulado por parte da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro consistia na declaração de nulidade dos procedimentos de reconhecimento acostados aos autos e, na esteira, que fosse anulado o acórdão condenatório pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro para que fosse realizado outro julgamento, com a desconsideração dos referidos elementos.

O acórdão proferido no *habeas corpus* 712.781/RJ, contudo, seguindo manifestação do Ministério Público Federal, foi além. Nos termos da decisão em comento, foi declarada a nulidade do ato de reconhecimento do paciente e, considerando a inexistência de outro elemento idôneo a formar o convencimento judicial, a ordem também foi concedida para absolver o paciente, sem a necessidade de o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro promover outro julgamento.

3. O PROCEDIMENTO DE RECONHECIMENTO DE PESSOAS, PREVISTO NO ART. 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, E A NOVA INTERPRETAÇÃO DADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Antes de ingressar detidamente na análise do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do *habeas corpus* 712.781/RJ e da interpretação dada ao art. 226 do Código de Processo Penal, há determinado ponto relativo ao julgamento do *writ* que merece registro.

É que, para além de robustecer o procedimento previsto no referido dispositivo legal, ao julgar o *habeas corpus* e se manifestar pela concessão da ordem, o Superior Tribunal de Justiça, por intermédio do acórdão proferido, também exarou entendimento, ainda que não de forma expressa, sobre outra questão também relevante.

A ação autônoma de impugnação foi utilizada, no caso narrado, com o objetivo de discutir a nulidade de um elemento probatório, uma vez que, nos termos da petição do *habeas corpus*, a sua produção não observou o regramento específico da matéria.

Dessa forma, o conhecimento e processamento do *habeas corpus*, com a posterior concessão da ordem, reconhecendo a nulidade do elemento de prova tratado, consolida o entendimento de que o *habeas corpus* pode servir como elemento de verificação de legalidade sobre atos procedimentais.

Sobre a relevância do *writ*, a doutrina consigna que o instrumento deve servir para assegurar o controle do devido processo legal.²⁵ Nesse contexto, é indicado que deve se admitir *habeas corpus* para tal finalidade, eis que a nulidade a ser eventualmente discutida, acaso não seja reconhecida, pode gerar efeito negativo e até a privação de liberdade do indivíduo, mesmo que de forma mediata.²⁶

Há uma grande divergência sobre o alcance do *habeas corpus* e facilmente são observadas decisões por meio das quais é rechaçada a possibilidade de discussão sobre eventuais nulidades processuais, sob o argumento de que o *habeas corpus* não seria substitutivo de recurso, a exemplo de entendimento exposto na decisão do *habeas corpus* 437.855/PR, julgado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça.

Ao julgar o *habeas corpus* 712.781/RJ, o Superior Tribunal de Justiça não se debruçou sobre pleito diretamente atinente à liberdade ambulatorial do sujeito apontado como paciente, uma vez que não havia sequer pedido relativo à matéria. No caso em tela, o *writ* foi utilizado para discutir a nulidade de elemento de prova, o que terminou por, consequentemente, ensejar a absolvição do acusado. O precedente tratado neste texto, portanto, reforça o necessário entendimento de que o *habeas corpus* pode e deve servir como instrumento processual para que se discuta nulidades processuais.

Seguindo com o trabalho, é importante destacar que o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do *habeas corpus* 712.781/RJ, apresenta-se como mais um dos relevantes marcos jurisprudenciais recentes acerca do instituto de reconhecimento de pessoas, previsto no Código de Processo Penal no art. 226.

O Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do *habeas corpus* 598.886/SC, em 27.10.2020, em procedimento também de relatoria do Ministro Rogério Schietti, por meio da sua Sexta Turma, já havia firmado relevante posicionamento, conferindo nova interpretação jurídica ao texto de lei do mencionado dispositivo. Na oportunidade, superou o entendimento de que o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal constituiria mera recomendação e que não haveria nulidade, acaso os requisitos fossem inobservados.

25. TORON, Alberto Zacharias. *Habeas corpus: controle do devido processo legal – questões controvertidas e de processamento do writ*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 36.

26. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Trinais, 2016. p. 473-474.

PEREIRA, Cleifson Dias; NEVES, Luiz Gabriel Batista. A nova interpretação do Superior Tribunal de Justiça ao artigo 226 do Código de Processo Penal: comentários ao acórdão proferido no *Habeas Corpus* 712.781/RJ. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 192. ano 30. p. 407-427. São Paulo: Ed. RT, setembro – outubro/2022.

Até então, o entendimento jurisprudencial firmado e vigente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do quanto exposto no acórdão proferido no procedimento 1.175.175/AM, julgado pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça em 15.12.2017, era de que o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal consistia em mera recomendação, de modo que, acaso não fosse observado, não haveria que se falar necessariamente em nulidade.

O Supremo Tribunal Federal, em 22.02.2022, quando do julgamento do *habeas corpus* n. 206.846/SP, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, por meio da Segunda Turma, na esteira do posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça no *habeas corpus* 598.866/SC, também fixou entendimento de que:

“como regra geral, o reconhecimento pessoal há de seguir as diretrizes determinadas pelo Código de Processo Penal, de modo que a irregularidade deve ocasionar a nulidade do elemento produzido, tornando-se imprestável para justificar eventual sentença condenatória em razão de sua fragilidade cognitiva.”

Em 15.03.2022, ao julgar o *habeas corpus* 712.781/RJ, a seu turno, o Superior Tribunal de Justiça avançou ainda mais na matéria, de modo a solidificar garantias em desfavor do investigado/acusado.

Sobre o procedimento de reconhecimento, cuja previsão legal está no art. 226 do Código de Processo Penal, tem-se que é ato pelo qual algum sujeito é conduzido a analisar pessoa para que, lembrando de fato que tenha ocorrido em certo contexto passado, compare as experiências e, se for o caso, faz o reconhecimento.²⁷

O acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no caso em análise se apoia, em grande parte, na fundamentação utilizada quando do julgamento do *habeas corpus* 598.886/SC. Pela análise do teor dos acórdãos, vê-se que a decisão do *habeas corpus* 712.781/RJ em muito se apoia nas razões de decidir firmadas no outro *writ*. Há, contudo, questões outras, utilizadas para lastrear um maior alcance da decisão, conforme será indicado em parágrafos mais ao fim deste trabalho.

O cerne da questão, contido nos dois acórdãos, diz respeito à necessidade de observância irrestrita ao procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal.

Resgata-se, pelo acórdão, a ideia de que, no âmbito do processo penal, a forma é garantia.²⁸

Nesse contexto, o Superior Tribunal de Justiça expõe, no bojo do acórdão, para fins de sustentar a necessidade de rigorosa observância ao mencionado texto de lei, a necessidade de se considerar o fenômeno das falsas memórias e, ademais, que o procedimento probatório em comento envolve uma questão certa e incontornável, qual seja a falibilidade da memória humana.

27. NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 10. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

28. BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*: ed. 2020. São Paulo: ed. RT, 2020.

PEREIRA, Cleifson Dias; NEVES, Luiz Gabriel Batista. A nova interpretação do Superior Tribunal de Justiça ao artigo 226 do Código de Processo Penal: comentários ao acórdão proferido no *Habeas Corpus* 712.781/RJ *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 192, ano 30, p. 407-427. São Paulo: Ed. RT, setembro – outubro/2022.

A decisão aponta, ao iniciar a construção da tese que sustenta a decisão, que o reconhecimento se trata de juízo psicológico de identidade estabelecido, mediante um modelo de comparação, realizado entre uma percepção atual e outra decorrente do passado.

É exposto que os mecanismos decorrentes do procedimento são passíveis de erro, eis que um fato pode ser distorcido no seio da memória humana. Citando abalizada doutrina²⁹, é indicado o fenômeno das falsas memórias, que são as lembranças de eventos não ocorridos, situações não presenciadas, lugares nunca vistos e, ainda, lembranças distorcidas. Tais distorcidas lembranças, de acordo com estudo indicado no acórdão³⁰, podem decorrer de convergência de lembranças efetivamente ocorridas ou até mesmo sugestão de outras pessoas.

Assim, é afirmado, com base em estudos científicos³¹, que as memórias falsas podem ser originadas de forma espontânea pelo sujeito, ou podem até mesmo ser implantadas a partir de intervenções de terceiros. É afirmado que diversos fatores podem modular a qualidade da identificação e, conseqüentemente, do reconhecimento. Para além da capacidade do sujeito de memorizar alguma questão, outros fatores, tais como o tempo em que a vítima esteve exposta ao delito e ao agressor, a gravidade e a natureza do fato, entre outras, podem influenciar em uma memória, podendo, assim, comprometê-la.

O acórdão ainda aponta a influência do estado psicológico na memória, de modo que, quanto melhor for o estado psicológico do sujeito, melhor vai ser o armazenamento da memória.³²

Dessa forma, considerando todas essas questões, é registrado no acórdão, de maneira bastante acertada, que diante de tantas variáveis, no que diz respeito ao procedimento de reconhecimento de pessoas, a inobservância do procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Civil deixa de minimizar os riscos de erro decorrentes das questões mencionadas e, ademais, incrementa o risco de se produzir um reconhecimento equivocado.

Há, nesse sentido, uma séria afirmação de que o valor probatório do procedimento de reconhecimento deve ser analisado com bastante cuidado, em virtude da alta possibilidade de equívocos e distorções.

Com base em tais razões, contidas no acórdão proferido no bojo do *habeas corpus* 712.781/RJ, como também na decisão exarada quando do julgamento do *habeas corpus* 598.886/SC, quando do julgamento deste último, o Superior Tribunal de

29. ROEDIGER, H. L. III.; MCDERMOTT, K. B. Distortions of memory. In: E. Tulving; F. I. M. Craik. *The Oxford Handbook of Memory*. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 149-162; STEIN, L. M.; PERGHER, G. K. Criando falsas memórias em adultos por meio de palavras associadas. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, 14, 2001. p. 353-366.

30. LOFTUS, E. F. *Memory malleability: Constructivist and fuzzy-trace explanations*. *Learning and Individual Differences*, 7, 2005. 133-137.

31. LOFTUS, E. F. Creating false memories. *Scientific American*, 1997. 70-75.

32. IZQUIERDO, Iván. *Memória*. Porto Alegre: Artmed, 2006. p. 12.

Justiça concedeu a ordem, para fins de declarar a nulidade do reconhecimento pessoal, diante da inobservância do procedimento de reconhecimento pessoal. Consequentemente, considerando que o mencionado elemento probatório era o único a subsidiar a condenação, houve a absolvição do paciente.

Quando do julgamento do *habeas corpus* 598.886/SC, houve a fixação de 04 (quatro) conclusões acerca da realização do procedimento de reconhecimento de pessoas, quais sejam:

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

Quando do julgamento do *habeas corpus* 712.781/RJ, o Superior Tribunal de Justiça entendeu por fazer um ajuste na conclusão de número 04. Pelos termos do acórdão:

“Não se deve considerar propriamente o reconhecimento fotográfico como ‘etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal’, mas apenas como uma possibilidade de, entre outras diligências investigatórias, apurar a autoria delitiva. Não é necessariamente a prova a ser inicialmente buscada, mas, se for produzida, deve vir amparada em outros elementos de convicção para habilitar o exercício da ação penal.”

Para tanto, foi apontado como justificativa que a realização de reconhecimento pessoal feito após o reconhecimento fotográfico encontraria dificuldades epistemológicas, uma vez que a realização de um reconhecimento pessoal posterior, ainda que em observância a todos os regramentos legais, não teria o condão de reparar eventuais equívocos no âmbito de um reconhecimento fotográfico que possa ter sido feito de forma inconsistente.

Seguindo na decisão, outro ponto bastante relevante é trecho do voto proferido pelo Ministro Relator, por meio do qual há indicação de relação entre o reconhecimento de pessoas e a seletividade do sistema de justiça criminal, eis que há evidentes e concretos

sinais de influência do racismo estrutural quando da verificação dos procedimentos de reconhecimento de pessoas.

De acordo com relatório³³ divulgado pelo Conselho Nacional das Defensoras e Defensores Públicos-Gerais (CONDEGE) e pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro, mencionado na decisão ora analisada, há um grande número de erros quando da realização de reconhecimentos fotográficos. Desse grande número, a imensa maioria termina por ser em desfavor de pessoas negras. Trata-se, portanto, de questão probatória que costuma ser objeto de diversas inconsistências e tais inconsistências terminam por atingir parcela da população específica, a reforçar uma séria e evidente estigmatização criminal.

A decisão é bastante acertada, dessa forma, ao cuidar de tema por demais relevante. Ao passo que altera a conclusão de número 4 fixada na decisão do *habeas corpus* 598.886/SC, o Superior Tribunal de Justiça reconhece que o reconhecimento de pessoas por intermédio de fotografias apresenta uma grande fragilidade. Nesse sentido, o acórdão, ao citar autores e também trecho do voto proferido pelo Ministro do STF Gilmar Mendes, no *habeas corpus* 206.846/SP, reconhece que as inconsistências do procedimento geram, como consequência, a exposição do racismo estrutural e, pior, serve como válvula para que abusos sejam concretizados em desfavor daqueles que são vítimas do racismo estrutural.

Ainda no que diz respeito ao reconhecimento por fotografia, o acórdão trata de tema bastante caro ao assunto, o que a comunidade científica denomina de *show-up*³⁴. Tal procedimento consiste em mostrar a pessoa suspeita ou a sua fotografia, de modo a questionar à vítima ou à testemunha, para que seja feita o reconhecimento. Há, nos termos do acórdão, a contraindicação de tal procedimento, eis que o risco de falso reconhecimento é grande em virtude do efeito indutor.

Por fim, para além das questões de natureza técnica que o acórdão tratado abordou, há um último ponto da decisão que merece o devido registro.

Seguindo o teor da decisão proferida no âmbito do *habeas corpus* 598.886/SC, o Ministro Relator consignou, no bojo de seu voto, determinadas afirmações que possuem o condão de servir como alerta aos outros sujeitos ativos na persecução penal e integrantes do sistema de justiça criminal. É expressamente indicado que deve haver uma observância das regras técnicas adequadas, bem como uma análise de avanços científicos, para que o procedimento de reconhecimento não continue sendo feito de forma inadequada.

Ato contínuo, o Ministro Relator consigna expressamente:

“E faz-se aqui, uma vez mais, a exortação lançada no HC n. 598.886/SC: pouco servirá esta decisão se continuarem os órgãos de persecução penal – e o próprio Poder Judiciário – a coonestar essa prática investigatória dissociada do modelo legal e constitucional

33. Disponível em: [http://condege.org.br/2021/04/19/relatorios-indicam-prisoas-injustas-apos-reconhecimento-fotografico]. Acesso em: 02.05.2022.

34. STEIN, Lilian. M.; ÁVILA, Gustavo. N. *Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses*. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça, n. 59, 2015. (Série Pensando Direito).

PEREIRA, Cleifson Dias; NEVES, Luiz Gabriel Batista. A nova interpretação do Superior Tribunal de Justiça ao artigo 226 do Código de Processo Penal: comentários ao acórdão proferido no *Habeas Corpus* 712.781/RJ *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 192. ano 30. p. 407-427. São Paulo: Ed. RT, setembro – outubro/2022.

de um processo penal minimamente ético em seu proceder e ancorado em provas cientificamente idôneas.”

Vê-se, portanto, que houve, quando da deliberação sobre o tema, não apenas a vontade de julgar o caso concreto levado ao Superior Tribunal de Justiça por meio do *habeas corpus* 712.781/RJ, mas o interesse em fixar balizas e regramentos para que haja, por parte de todos os participantes Estatais da *persecutio criminis*, a adoção de procedimento adequado.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos termos do quanto exposto no tópico anterior, é possível verificar que o acórdão proferido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça nos autos do *habeas corpus* 712.781/RJ representa um significativo avanço no que diz respeito à consolidação de garantias em favor do acusado/investigado. Nesse contexto, na esteira do quanto deliberado pelo Superior Tribunal de Justiça no bojo do *habeas corpus* 598.886/SC, consolida-se o entendimento de que a observância do procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal não é apenas mera recomendação, como antes era considerado.

Vale o registro de que, conforme parte da doutrina já havia mencionado, o tema analisado pelo Superior Tribunal de Justiça permaneceu, durante bastante tempo, restrito à análise estritamente jurídico-procedimental e não se debruçava sobre questões das mais relevantes, relacionadas à epistemologia. Com a fixação dos posicionamentos adotados nos *habeas corpus* mencionados no trabalho, vê-se que o Superior Tribunal de Justiça passou a aceitar questões outras, as quais, ainda que não umbilicalmente ligadas aos regramentos jurídicos, possuem a mais alta relevância quando da análise da matéria.

Com base nas questões técnicas e científicas expostas na decisão, citadas no bojo do presente trabalho, diante da fragilidade do procedimento de reconhecimento, eis que se fundamenta em ponto que pode ser facilmente enganado, a memória humana, a observância do texto legal do art. 226 do Código de Processo Penal deve necessariamente ocorrer, de modo que todos os procedimentos indicados no dispositivo legal devem ser necessariamente obedecidos, sob pena de tornar o ato de reconhecimento nulo.

De acordo com o entendimento fixado no acórdão, o reconhecimento fotográfico também deve ser realizado com a observância de todo o cuidado e com a obediência aos procedimentos legais cabíveis, sob pena de também ser declarado nulo.

Sobre esse ponto, ao ver dos autores do presente trabalho, a questão não foi esgotada no acórdão.

Conforme tratado nos acórdãos proferidos nos *habeas corpus* 598.886/SC e 712.781/RJ, a realização de um procedimento de reconhecimento irregular em momento anterior reflete negativamente na realização de um procedimento de reconhecimento regular posterior. Em virtude de todas as questões relativas à falibilidade da memória humana,

acaso haja um procedimento inidôneo antes, a possibilidade de o resultado de o segundo procedimento ser ruim é alta.

Diante disso, a discussão acerca do efeito prático processual, diante da inobservância do procedimento legal de reconhecimento pessoal, previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, deve ser discutida com maior profundidade.

Com efeito, nos termos do acórdão, entendeu-se pela decretação da nulidade do elemento probatório. Uma vez decretada a nulidade, torna-se possível a renovação do procedimento. É dizer: malgrado não conste expressamente nas decisões a possibilidade da renovação, considerando o efeito processual da nulidade e o texto do art. 573 do Código de Processo Penal, pode-se afirmar que seria possível a repetição do ato.

Sucede-se que, o reconhecimento de pessoa, feito de forma posterior, ainda que de maneira correta, em observância a todos os regramentos legais, em virtude de todas as questões atinentes à memória humana, poderia ser contaminado pelo procedimento feito em um primeiro momento que, em virtude da inobservância do regramento específico, foi declarado como nulo.

Dessa forma, caberia, no bojo da decisão, uma maior discussão acerca da possibilidade de se reconhecer a ilicitude do elemento probatório, acaso este seja produzido em desacordo com a norma do art. 226, do Código de Processo Penal, o que geraria, como efeito prático, o desentranhamento da prova e a impossibilidade de esta ser novamente produzida³⁵.

5. REFERÊNCIAS

- ANSCOMBE, G.M.E. *Intention*. Reprint Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2000. Originally published in England in 1957 by Basil Blackwell.
- AUSTIN, J. L. *How to do Things With Words*. Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1955.
- Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Ano 7, n. 11. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.
- BADARÓ, Gustavo. *Manual dos recursos penais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: ed. RT, 2016.
- BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. São Paulo: ed. RT, 2020.
- BORRI, Luiz Antonio; Ávila, Gustavo Noronha de. O reconhecimento de pessoas a partir do HC 598.886/SC: análise das consequências jurídicas do descumprimento do procedimento legal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 179, ano 29, p. 331-352, maio 2021.

35. BORRI, Luiz Antonio; Ávila, Gustavo Noronha de. O reconhecimento de pessoas a partir do HC 598.886/SC: análise das consequências jurídicas do descumprimento do procedimento legal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 179, ano 29, p. 331-352, maio 2021.

PEREIRA, Cleifson Dias; NEVES, Luiz Gabriel Batista. A nova interpretação do Superior Tribunal de Justiça ao artigo 226 do Código de Processo Penal: comentários ao acórdão proferido no *Habeas Corpus* 712.781/RJ. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 192, ano 30, p. 407-427. São Paulo: Ed. RT, setembro – outubro/2022.

- BREWER, Neil; DOUGLASS, Amy Bradfield; KOVERA, Margaret Bull; MEISSNER, Christian A.; WELLS, Gary L. & WIXTED, John T. (2020). *Policy and procedure recommendations for collection and preservation of eyewitness identification evidence*. Law and Human Behavior, v. 44, n. 1, 3-36. DOI: <http://dx.doi.org/10.1037/lhb0000359>.
- CECCONELLO, William Weber; STEIN, Lilian M. Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos. *Avances en Psicología Latinoamericana*, 38(1), 172-188, 2020. Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/apl/a.6471>.
- CECCONELLO, William Weber; STEIN, Lilian M. Novos rumos para o reconhecimento de pessoas no Brasil? Perspectivas da Psicologia do Testemunho frente à decisão HC 598.886. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 177, p. 359-368, 2021.
- CORDERO, Franco. Linhas de um processo acusatório. Trad. Marco Aurélio Nunes da Silveira. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Orgs.). *Estudos sobre a reforma do CPP no Brasil: volume 4*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.
- CHOMSKY, Noam. *A ciência da linguagem: conversas com James McGilvray*. Trad. Gabriel de Ávila Othero, Luisandro Mendes Souza e Sérgio de Moura Menuzzi. São Paulo: Editora Unesp, 2014.
- CHOMSKY, Noam. *Novos Horizontes no estudo da linguagem e da mente*. Trad. Marco Antônio Sant'Anna. São Paulo: Editora Unesp, 2005.
- CHRISTIE, Nils. *Elementos de geografia penal*. In: Instituto Carioca de Criminologia.
- CHURCHLAND, Paul M. *Matéria e consciência: uma introdução contemporânea à filosofia da mente*. Trad. Maria Clara Cescato. São Paulo: Editora Unesp, 2004.
- DAMÁSIO, R. António. *E o cérebro criou o homem*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
- DAVIDSON, Donald. *Essays on Actions and Events*. Second Edition. Clarendon Press, Oxford, 2001.
- DENNETT, Daniel G. *Tipos de mentes: rumo a uma compreensão da consciência*. Trad. Alexandre Tort. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.
- FLAUZINA, Ana; PIRES, Thula. Roteiros previsíveis: racismo e justiçamentos no Brasil. *Trincheira Democrática. Boletim do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP)*, Salvador, ano 3, n. 08, abr. 2020. p. 10.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. São Paulo: Tirant Brasil, 2018.

- HEIL, John. *Filosofia da mente: uma introdução contemporânea*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.
- INSTITUTO de Defesa do Direito de Defesa. *Prova sob suspeita: Linhas defensivas sobre o reconhecimento de pessoas e a prova testemunhal*. São Paulo: IDDD, 2021.
- INSTITUTO de Defesa do Direito de Defesa. *Prova sob suspeita: reconhecimento de pessoas e prova testemunhal: orientações para o sistema de justiça*. São Paulo: IDDD, 2022.
- IZQUIERDO, Iván. *Memória*. Porto Alegre: Artmed, 2006.
- JESUS, Maria Gorete Marques. *A verdade jurídica nos processos de tráfico de drogas*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.
- KOVERA, Margareth Bull, (2019). "Research on Race and Racism". Andrea L. Miller, Chadly Stern and Helen Neville (Special Issue Editors). For a full listing of Special Issue papers, see: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/josi.2019.75.issue-4/issuetoc>.
- KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 8. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2003.
- LOFTUS, Elizabeth F. *Creating false memories*. Scientific American, 1997.
- LOFTUS, Elizabeth F. *Memory malleability: Constructivist and fuzzy-trace explanations*. Learning and Individual Differences, 7, 2005.
- LOFTUS, Elizabeth F. Eyewitness testimony in the Lockerbie bombing case. *Memory*, 21(5), 584- 590, 2013. DOI: 10.1080/09658211.2013.774417.
- LUND, Kátia; SALLES, João Moreira. *Notícias de uma guerra particular*. Rio de Janeiro: VideoFilmes, 1999.
- MACHADO, Maíra Rocha (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.
- MALPASS, Roy S.; MEISSNER, Christian A.; TREDoux, Colin G. & ZIMMERMAN, Laura A., (2005). Eyewitness Identification. *Psychology and Law: An Empirical Perspective* (p.177-221). DOI:10.1016/B0-12-657410-3/00971-5.
- MBEMBE, Achille. *Políticas da inimizade*. Lisboa: Antígona Editores Refractários, 2017.
- MCDOWELL, John. *Mente e mundo*. Trad. João Vergílio Gallerani Cuter. Aparecida, SP: Idéias & Letras, 2005.
- NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 10. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.
- PUTNAM, Hilary. *O realismo de rosto humano*. Trad. Carlota Andrade. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.
- PUTNAM, Hilary. *Corda tripla: mente, corpo e mundo*. Trad. Adail Sobral. Aparecida, SP: Idéias & Letras, 2008.
- PUTNAM, Hilary. *O colapso da verdade e outros ensaios*. Trad. Pablo Rubén. Aparecida, SP: Idéias & Letras, 2008.

- ROEDIGER, H. L. III.; MCDERMOTT, K. B. Distortions of memory. In: E. Tulving; F. I. M. Craik. *The Oxford Handbook of Memory*, Oxford: Oxford University Press, 2000.
- RORTY, Richard. *A filosofia e o espelho da natureza*. Trad. Antônio Trânsito. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.
- RYLE, Gilbert. *The Concept of Mind*. Reprint University of Chicago Press edition, 1984. Originally published: London: Hutchinson, 1949.
- SEARLE, John. *O mistério da consciência*. Trad. André Yuji Pinheiro Uema e Vladimir Safatle. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.
- SEARLE, John. *Actos de Habla*. Quinta Edición. Madrid: Cátedra, 2001.
- SEMER, Marcelo. *Sentenciando tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.
- STEIN, Lilian M.; PERGHER, G. K. Criando falsas memórias em adultos por meio de palavras associadas. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, 14, 2001.
- STEIN, Lilian M.; ÁVILA, Gustavo. N. *Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses*. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça, Série Pensando Direito, n. 59, 2015.
- TORON, Alberto Zacharias. *Habeas corpus: controle do devido processo legal – questões controvertidas e de processamento do writ*. 2. ed. São Paulo: ed. RT, 2017.
- WELLS, Gary L. Eyewitness Testimony. *Review in Advance*, 2002. DOI: 10.1146/annurev.psych.54.101601.145028.
- WELLS, Gary L.; OLSON, Elizabeth A. (2003), *Eyewitness Testimony. Annual Review of Psychology*, 54:227-95, 2003. DOI: 10.1146/annurev.psych.54.101601.145028.
- WELLS, Gary L. Eyewitness Identification. *Psychology Publications*. 67, 2018. DOI: https://lib.dr.iastate.edu/psychology_pubs/67.
- WEST, E., e METERKO, V., 2015. Innocence project: DNA exonerations, 1989-2014: Review of data and findings from the first 25 years. *Albany Law Review*, 79(3), 717-795.

Veja atualização da EC 125, Relevância no Recurso Especial

Art. 1.035. Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

(...)

V. art. 102, § 3.º, CF; art. 105, *caput*, III, §§ 2.º e 3.º, CF; EC 125/2022 (altera o art. 105 da CF para instituir no recurso especial o requisito da relevância das questões de direito federal infraconstitucional); arts. 1.029 a 1.034, 1.036 a 1.041, CPC.

SUMÁRIO: ... IX. A reforma da Emenda Constitucional n. 125/2022 e a relevância da questão federal infraconstitucional para o recurso especial (art. 105, §§ 2.º e 3.º da CF); X. Distinções e aproximações com a repercussão geral da questão constitucional para o recurso extraordinário (art. 102, § 3.º da CF); XI. Tipologia da relevância da questão federal; XII. Relevância da questão federal infraconstitucional para o recurso especial e direito intertemporal; XIII. Disciplinas processual e regimental do recurso especial, a partir da exigência de relevância da questão de direito federal infraconstitucional.

...

IX. A reforma da Emenda Constitucional n. 125/2022 e a relevância da questão federal infraconstitucional para o recurso especial (art. 105, §§ 2.º e 3.º da CF). A Emenda Constitucional 125/2022 adicionou os §§ 2.º e 3.º ao art. 105 da Constituição (transformando o anterior parágrafo único em § 1.º), instituindo o requisito da relevância das questões de direito federal infraconstitucional para que seja admissível o recurso especial dirigido ao Superior Tribunal de Justiça. O Superior Tribunal de Justiça, através do recurso especial, exerce função preponderantemente nomofilática (que compreende as funções uniformizadora e paradigmática) e, eventualmente, a função dikelógica. A função nomofilática diz respeito à proteção da higidez, da validade e da autoridade da norma. A função nomofilática relaciona-se à uniformizadora. Por meio do julgamento do recurso especial busca-se não apenas a definição da inteligência da norma, mas, também, a uniformização da interpretação da lei federal, evitando-se a persistência de decisões dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais que adotem orientações diferentes acerca de uma mesma regra ou princípio jurídico de direito federal infraconstitucional. Essa função uniformizadora é expressamente destacada na alínea c do inc. III do art. 105 da CF, que trata do cabimento do recurso especial em razão de dissídio jurisprudencial. A função paradigmática também é compreendida na nomofilática, e diz respeito ao fornecimento de padrões decisórios para o julgamento isonômico dos casos afins. Por fim, a função dikelógica consiste na aplicação do direito ao caso concreto, algo que, de acordo com a própria Constituição (art. 105, *caput*, III, da CF), o STJ realiza apenas eventualmente, não consistindo em uma função essencial do Tribunal (cf., também, na presente obra, comentário ao art. 1.034 do CPC/2015). O art. 105, III, da CF deve ser lido em conjunto com os §§ 2.º e 3.º do mesmo artigo, adicionados pela EC 125/2022. A questão, assim, não pode ser simples (tal como ocorria antes da reforma constitucional): a questão deve ser qualificada. O fundamento do recurso especial é um só: alegação de questão de direito federal infraconstitucional (= de contrariedade à norma federal infraconstitucional) que ostente relevância, questão esta existente na decisão recorrida. Sob esse ponto de vista, a relevância não é um requisito a mais, além do prequestionamento, já que a questão prequestionada é a própria questão federal infraconstitucional qualificada pela relevância. No entanto, por óbvio, sequer se coloca a questão



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A influência da imagem sobre a memória e a reconstrução dos fatos. o desafio do reconhecimento fotográfico, de Maria Cecília Pereira de Mello e Luiza Cobra Gervitz – *RDM* 4;
- Conhecimento dos magistrados sobre processos de memória nos relatos testemunhais e no reconhecimento de pessoas, de Sabrina Schmidt, Júlia Schneider Krimberg e Lilian M. Stein – *RBCCrim* 173/201-243;
- Falsas memórias e reconhecimento de pessoas: a (in)eficácia do artigo 226 do Código de Processo Penal e a importância do julgamento do HC 598.886/SC pelo STJ, de Ana Helena German Drumond e Túlio Vianna – *RT* 1033/375-394;
- Meios de obtenção de prova na fase preliminar criminal: considerações sobre reconhecimento pessoal no Brasil e na legislação comparada, de Rafael Francisco França – *RBCCrim* 112/331-366 e *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 6;
- Novos rumos para o reconhecimento de pessoas no Brasil? Perspectivas da psicologia do testemunho frente à decisão HC 598.886-SC, de William Weber Ceconello, Lilian Milnistky Stein e Gustavo Noronha de Ávila – *RBCCrim* 177/359-368; e
- O reconhecimento de pessoas a partir do HC 598.886/SC: análise das consequências jurídicas do descumprimento do procedimento legal, de Luiz Antonio Borri e Gustavo Noronha de Ávila – *RBCCrim* 179/331-352.