

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Repositório autorizado de jurisprudência
do Egrégio Supremo Tribunal Federal
Registro nº 25/99, de 22/04/1999
DJU nº 72, de 16/04/1999, p.1

Repositório autorizado de jurisprudência
do Egrégio Superior Tribunal de Justiça
Registro nº 37 – Portaria nº 1, de 26/10/1998
DJU de 05/11/1998, p.137 - Registro retificado
Portaria nº 9, de 14/06/1999 – DJ 22/06/1999



Codigo
Philippino
1763

O reconhecimento fotográfico de pessoas em sede policial sob a luz do princípio da proporcionalidade na persecução criminal contemporânea¹⁻²

Luiz Eduardo da Silva Levy de Souza*

Sumário

1. A ponderação e o princípio da proporcionalidade em matéria penal *lato sensu*.
1.1. A ponderação e os direitos fundamentais. 1.2. A mudança no papel dos magistrados e os limites à discricionariedade judicial. 1.3. O princípio da proporcionalidade como principal mecanismo à aplicação da técnica da ponderação na ocorrência de colisão entre direitos fundamentais. 1.3.1. Balizamentos iniciais. 1.3.2. Elementos constitutivos. 1.4. O duplo viés do princípio da proporcionalidade em matéria penal *lato sensu*. 1.4.1. A proibição do excesso de punição e a vedação à proteção insuficiente dos bens jurídicos tutelados. 1.4.2. Elementos constitutivos aplicados especificamente na seara penal e processual penal. 2. O novo enfoque constitucional dos bens jurídicos a serem tutelados pela norma penal e processual penal. 2.1. Considerações iniciais. 2.2. O não desenvolvimento pelo Direito Penal e Processual Penal da mudança de paradigma na proteção dos bens jurídicos tutelados pela Constituição. 2.3. A Constituição como fundamento ao tratamento penal de condutas violadoras de bens jurídicos constitucionalmente relevantes. 3. O reconhecimento fotográfico de pessoas no sistema processual penal brasileiro. 3.1. Considerações iniciais. 3.2. O reconhecimento de pessoas e de coisas na legislação processual penal brasileira. 3.3. O reconhecimento fotográfico de pessoas e sua aplicação no sistema processual penal brasileiro. 3.3.1. O reconhecimento fotográfico de pessoas em sede policial. 3.3.2. O reconhecimento fotográfico de pessoas e seu valor probatório. 3.4. As orientações divergentes na jurisprudência pátria sobre a matéria. 3.4.1. O entendimento anterior vigente. 3.4.2. O novo paradigma do STJ. 3.5. A utilização do reconhecimento fotográfico de pessoas ante a inexistência de regulamento especificamente editado – análise sob a ótica da dupla face do princípio da proporcionalidade em matéria penal *lato sensu*. 4. Conclusão. Referências bibliográficas.

¹ Artigo científico apresentado como exigência de conclusão do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Ciências Penais do Instituto de Educação Roberto Bernardes Barroso - IERBB/MPRJ. Orientador: Prof. Antônio José Campos Moreira.

² Meus sinceros agradecimentos ao Professor Antônio José Campos Moreira por seus ensinamentos durante esses anos. Aos colegas e demais professores do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Ciências Penais do Instituto de Educação Roberto Bernardes Barroso - IERBB/MPRJ, pelo incentivo e debates que enriqueceram meus estudos jurídicos.

* Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professor da Pós-Graduação em Direito do Curso Merium / Universidade Católica de Petrópolis. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo

A crescente valorização dos direitos fundamentais acabou por gerar situações em que os mesmos passaram a entrar em conflito entre si. A solução para tal foco de tensão só pode ser alcançada através da técnica da ponderação, a qual se utiliza, principalmente, do princípio da proporcionalidade como mecanismo para sua implementação. Em se tratando de questão de natureza penal e processual penal, o referido princípio possui uma dupla dimensão, a qual não pode ser ignorada pelo legislador, tampouco, pelo julgador. A mudança de paradigma no Direito Penal e Processual Penal – existente dentro do moderno Estado Democrático de Direito – decorre da nova concepção que o bem jurídico penal passou a desfrutar. O presente artigo objetiva analisar a realização do reconhecimento fotográfico em sede policial, sua contextualização na legislação processual penal e seu valor probatório para a persecução criminal. O estudo abordará a necessária ponderação sobre o instituto em tela, sob a ótica do duplo viés do princípio da proporcionalidade e do processo penal brasileiro, diante das recentes decisões da jurisprudência pátria sobre a matéria.

Abstract

The growing appreciation of fundamental rights eventually generated situations in which they came into conflict with each other. The solution for such tension focus can only be achieved through the weighting technique, which is mainly used by the principle of proportionality as a mechanism for its implementation. In the case of a matter of a criminal and procedural criminal nature, that principle has a dual dimension, which cannot be ignored by the legislature, nor by the judge. The paradigm shift in Criminal Law and Criminal Procedure - existing within the modern Democratic State of Law - stems from the new conception that the criminal legal good has come to enjoy. This article aims to analyze the realization of photographic recognition in police office, its contextualization in criminal procedural legislation and its probative value for criminal prosecution. The study will address the necessary consideration of the institute on screen, from the perspective of the double bias of the principle of proportionality and the Brazilian criminal process, in view of the recent decisions of the national jurisprudence on the subject.

Palavras-chave: Ponderação. Princípio da proporcionalidade. Bem jurídico penal. Processo Penal. Prova. Reconhecimento por fotografia.

Keywords: *Weighting. Principle of proportionality. Criminal legal good. Criminal Proceedings. Proof. Recognition by photograph.*

Introdução

O Estado Democrático de Direito tem suas raízes no século XVIII, no qual surgiram os ideais iluministas que embasaram a forma anterior de organização estatal.

Em que pese tal origem, o Estado Democrático de Direito não se resume à garantia dos direitos fundamentais do indivíduo. A evolução da sociedade durante os séculos fez com que valores de natureza coletiva surgissem e reclamassem idêntica proteção à conferida, até então, exclusivamente, àqueles referentes aos indivíduos *de per si*.

As relações sociais foram se ampliando, passando a abarcar centenas, milhares, milhões de pessoas. Em decorrência desta mudança de cenário, surgiram as denominadas pretensões transindividuais. E nesse sentido, no final do século XX, as Constituições contemporâneas passaram a positivar esses direitos de índole coletiva (*lato sensu*).

No Brasil, a Constituição da República de 1988 trouxe em seu texto o reconhecimento de diversos valores de cunho transindividual, sem prejuízo de outros de natureza individual, todos gozando de idêntica hierarquia.

E diante dessa igualdade formal hierárquica, em determinadas situações fáticas, os direitos individuais e os transindividuais apresentarão um aparente conflito, eis que poderão tutelar aquele caso concreto de forma diversa. Em ocorrendo tal divergência, o intérprete se valerá das técnicas de interpretação constitucional para solucionar a aparente antinomia, visando harmonizar os direitos em colisão.

No presente trabalho será enfatizada a ponderação como técnica de decisão em conflitos envolvendo direitos fundamentais para se alcançar uma solução que efetive esses direitos e concretize a Constituição, validando sua força normativa.

Dentro do estudo da técnica da ponderação, utilizar-se-á o princípio da proporcionalidade, o qual configura o principal instrumento a ser utilizado quando da aplicação do referido método interpretativo, buscando o equilíbrio necessário na aplicação das normas constitucionais que veiculem direitos fundamentais aparentemente em conflito.

Embora não encontre previsão expressa no texto da Carta Constitucional brasileira de 1988, o princípio da proporcionalidade encontra sua validade na própria afirmação da adoção do Estado Democrático de Direito no país pelo constituinte originário.³

Especificamente na seara penal (*lato sensu*), o princípio da proporcionalidade possui característica própria, visto que deverá analisar os direitos do indivíduo que violou a norma de conduta de natureza penal e os direitos de proteção da própria coletividade em relação a tais condutas.

A questão mais conturbada do Direito Constitucional Penal e Processual Penal atualmente encontra-se justamente em buscar o necessário equilíbrio entre esses

³ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Prefácio: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um *Estado Democrático*, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)” “Artigo 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em *Estado Democrático de Direito* (...).” (*grifo nosso*)

direitos individuais do agente e os direitos da coletividade em ter uma proteção suficiente dos bens jurídicos que lhe são fundamentais.

Importante ressaltar que o conceito de bem jurídico passível de proteção pela norma penal e processual penal foi alterado com a ampliação subjetiva das relações sociais e o conseqüente surgimento da denominada sociedade de massa. E o Direito Penal e Processual Penal moderno não consegue acompanhar o desenvolvimento social, apresentando um atraso na regulamentação dos bens jurídicos essenciais, os quais necessitam de sua proteção.

Atualmente, às normas penais e processuais penais, não basta simplesmente a tutela do indivíduo que praticou condutas infracionais; deve-se proteger, também, a coletividade como um todo.

Nesse sentido, determinados direitos fundamentais, reveladores de valores relevantes à sociedade, necessitam de um grau de proteção maior, o qual só pode ser atingido plenamente através da tutela penal (em sentido amplo). Da mesma forma, os excessos punitivos na tutela penal *lato sensu* deverão ser evitados.

Tal equilíbrio na norma penal, em sentido amplo, deverá ser buscado não só pelo legislador, mas fundamentalmente pela jurisdição constitucional. Isto porque, caberá justamente à jurisdição constitucional corrigir os eventuais excessos da norma legal penal e processual penal, seja na punição do indivíduo e os meios de provas, seja na falta de proteção da sociedade.

Nesse contexto, o presente trabalho de conclusão de curso pretende analisar algumas questões tormentosas envolvendo o instituto do reconhecimento fotográfico de autores de crimes em sede policial, diante da falta de regulamentação normativa específica e das novas orientações jurisprudenciais acerca da matéria.

No artigo, serão analisados os valores divergentes que se apresentam no caso sob estudo, utilizando-se da técnica da ponderação, para adequada interpretação, buscando dirimir o conflito entre os direitos fundamentais em tela.

A aplicação do princípio da proporcionalidade, considerando-se suas características específicas quando incidente em matéria penal em sentido amplo, isto é, seu duplo viés, será o instrumento na busca da solução do aparente conflito.

Será também verificado se as orientações da jurisprudência pátria observam justamente essa dupla face do princípio da proporcionalidade ou se, equivocadamente, só apresentam uma visão parcial do princípio, seja simplesmente por sua ótica negativa ou apenas por sua ótica positiva.

A relevância do presente estudo reside principalmente na contribuição social imediata que ele poderá produzir. O objetivo é fazer uma nova reflexão sobre o instituto do reconhecimento fotográfico em sede policial de autores de crimes, o qual se revela de grande importância na identificação de sujeitos violadores das normas penais, em especial, em crimes praticados com violência ou grave ameaça contra vítimas.

A presente pesquisa foi desenvolvida pelo método de abordagem dedutiva, com técnicas bibliográfica e documental, envolvendo coleta de doutrina nacional e estrangeira, e de jurisprudência sobre a matéria, valendo-se: a) da ponderação como técnica de decisão em conflitos envolvendo direitos fundamentais; b) do princípio da proporcionalidade e de sua dupla dimensão em matéria penal *lato sensu*; c) do conceito amplo dos bens jurídicos penais; d) do estudo das questões polêmicas envolvendo o reconhecimento fotográfico de pessoas em sede policial de autores de crimes, sob a ótica da ponderação e do princípio da proporcionalidade.

A pesquisa documental, a seu turno, foi fundamentada na Constituição da República de 1988 e na legislação infraconstitucional, bem como em acórdãos dos Tribunais Superiores relativos ao tema.

O presente trabalho busca analisar as divergentes orientações doutrinárias e jurisprudenciais sobre o procedimento do reconhecimento fotográfico de pessoas em sede policial, diante da carência de norma legal específica, buscando propor uma linha de raciocínio jurídico que preserve a segurança jurídica, instituto este essencial às ações humanas em sociedade.

O raciocínio a ser desenvolvido será pautado pelas diretrizes do método da ponderação na análise da colisão entre direitos fundamentais previstos na Constituição. O estudo será direcionado para a aplicação do referido mecanismo dentro dos pontos de tensão inseridos na tutela penal *lato sensu*.

1. A ponderação e o princípio da proporcionalidade em matéria penal *lato sensu*

1.1. A ponderação e os direitos fundamentais

Uma das matrizes fundamentais do Estado Democrático de Direito é a de que o ordenamento jurídico é composto por normas harmonicamente articuladas. E assim, em havendo uma determinada situação fática que possua disciplina em disposições legais que se contraponham, impõe-se a utilização direta de três critérios de solução de conflito de leis, quais sejam: o hierárquico, o cronológico e o da especialização.⁴

Situação diversa ocorre se a antinomia ocorrer entre normas dispostas diretamente no texto constitucional, onde tais critérios são insatisfatórios, uma vez que não há hierarquia entre normas constitucionais.

Nesse caso, havendo controvérsia entre normas constitucionais, especialmente se veicularem direitos fundamentais, surge a técnica da ponderação.

⁴ De acordo com o método hierárquico, a lei considerada superior, segundo o critério disposto na Constituição da República, prevalece sobre a inferior; com relação ao cronológico, aplica-se a lei posteriormente promulgada em detrimento da anterior; pelo método da especialização, a lei que confira tratamento específico à situação em tela tem prevalência sobre a lei de caráter genérico.

A ponderação se constitui em mecanismo de convivência de normas que tutelam valores ou bens jurídicos contrapostos, visando um resultado socialmente desejável.

Essa técnica deve ser aplicada nas situações onde há aparente conflito entre direitos previstos em normas constitucionais. A ponderação soluciona esses conflitos normativos da maneira menos traumática para o sistema como um todo, de modo que as normas em oposição continuem a conviver sem a negação de qualquer delas, ainda que em determinado caso concreto elas possam ser aplicadas em intensidades diferentes.

A utilização da ponderação em matéria constitucional penal apresenta-se como fundamental para solução de conflito entre os direitos do indivíduo praticante de uma infração criminal e o direito da sociedade à segurança e incolumidade, conforme veremos nos capítulos que se seguem no presente trabalho.

1.2. A mudança no papel dos magistrados e os limites à discricionariedade judicial

Questão fundamental que se coloca para os operadores do direito e, em especial, para os magistrados no exercício da jurisdição, consiste em observar os movimentos sociais. As inovações geradas pela sociedade criam novos direitos, que, eventualmente, podem entrar em conflito não apenas entre si, mas com aqueles surgidos no passado.

A interpretação das leis permite ao operador do direito se adaptar a tais mudanças rápidas do comportamento da sociedade.

A técnica da ponderação viabiliza a tomada de decisões judiciais mais justas, pois possibilita que pequenas incorreções do direito sejam corrigidas pelo juiz através da conjugação e da aplicação de mais de uma norma ao caso concreto. E assim, permite que o sistema jurídico se renove, acompanhando as mudanças sociais.

Torna-se imperioso, entretanto, que para que as decisões judiciais sejam legítimas, essas devem vir acompanhadas de fundamentação jurídica consistente.

O juiz moderno não pode se postar diante do caso concreto como um ser insensível. Sua atividade desenvolve-se com o objetivo de pacificar com justiça o conflito de interesses submetido a sua apreciação, observando os princípios e os valores existentes.

No exercício da interpretação das normas, especialmente quando houver direitos em conflito, incumbe ao intérprete buscar uma solução que melhor se adeque ao caso concreto, conciliando os valores em jogo.

Ao magistrado, no exercício da aplicação da lei, impõe-se a observância das desigualdades sociais e culturais.

O grande problema que se coloca atualmente reside nas limitações e nos riscos à discricionariedade judicial no exercício da interpretação das normas.

Os juízes, na análise do caso concreto, observando os valores em conflito, deverão se valer de uma dogmática interpretativa que harmonize os diversos princípios morais acolhidos pela Constituição.

A Constituição prevê orientações, muitas vezes distintas, ao tratar de um mesmo tema. A resolução via judiciário desses conflitos de valores impõe aos juízes um exercício interpretativo harmonizador.

Segundo leciona Canotilho, os aplicadores das normas constitucionais devem se pautar por dois objetivos: encontrar um resultado constitucionalmente justo, através da adoção de um procedimento racional e controlável; e fundamentar igualmente este resultado, de forma racional e controlável.⁵

Em “Juízes Legisladores”, Cappelletti ressalta que a possibilidade de criatividade na interpretação das normas não se confunde com uma suposta plena liberdade do intérprete.

Clemerson Merlin Cleve argumenta que a Carta de 1988 “demanda um Judiciário ativista no melhor sentido da expressão (não no sentido de um prisioneiro de um decisionismo subjetivista). E exige, ainda, uma atuação do Poder Judiciário voltada para a plena realização dos comandos constitucionais.”⁶

No Estado Democrático de Direito contemporâneo, com a evolução da *internet* e das redes sociais, aliada ao caráter dinâmico da sociedade, verifica-se que o efeito das decisões judiciais não mais se resume às partes presentes fisicamente em juízo. E dessa forma, os tribunais devem observar o espectro de alcance de suas decisões paradigmáticas no contexto social.

1.3. O princípio da proporcionalidade como principal mecanismo à aplicação da técnica da ponderação na ocorrência de colisão entre direitos fundamentais

1.3.1. Balizamentos iniciais

O princípio da proporcionalidade, a partir da segunda metade do século XX, passou a desfrutar de grande relevância no cenário jurídico mundial. Sua utilização é frequente nos tribunais, ainda que não haja referência expressa, implicitamente verifica-se sua utilização pelo julgador.

No Brasil, o princípio da proporcionalidade se tornou de grande relevância com a promulgação da Constituição da República de 1988, a qual adotava expressamente o Estado Democrático de Direito, conforme referido no prefácio e em seu artigo 1º.⁷

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed., Coimbra: Almedina, 2002, p. 1193.

⁶ CLÈVE, Clemerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

⁷ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Prefácio: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um *Estado Democrático*, destinado a assegurar

Mariângela Gomes afirma ter o princípio da proporcionalidade três dimensões inerentes aos valores prescritos na Carta Constitucional, a saber: fundamentador, orientador e crítico. Fundamentador no sentido que se aplica a todo o ordenamento jurídico; orientador, pois predetermina os objetivos a serem alcançados pelo ordenamento; e, por fim, crítico, na medida em que torna possível o controle jurisdicional de todas as normas jurídicas, verificando sua compatibilidade com os valores esposados no texto constitucional.⁸

Embora seja utilizado, normalmente, para aferir a legitimidade nas restrições de direitos, o princípio da proporcionalidade revela as ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, proibição da prestação insuficiente, direito justo e valores afins.

O mencionado princípio atribui equilíbrio à posituação jurídica, inclusive a de natureza constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

Atualmente, é um dos principais elementos da interpretação aplicados pelos julgadores na análise das demandas judiciais que envolvam direitos fundamentais aparentemente em conflito.

Essa grande utilização do princípio da proporcionalidade decorre do fato de ser o principal mecanismo de aplicação da técnica da ponderação – a qual será implementada sempre que no caso concreto ocorrer divergência entre direitos fundamentais.

1.3.2. Elementos constitutivos

O Tribunal Constitucional Alemão, asseverou a existência de três subprincípios informadores do princípio da proporcionalidade, quais sejam: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.⁹

O critério da adequação (ou conformidade) busca verificar a viabilidade do meio proposto ante o fim almejado. Em outras palavras, uma solução será adequada, sob o prisma do princípio da proporcionalidade, se a via que propõe for apta a alcançar o resultado pretendido.

Quanto à necessidade, deve-se analisar se a opção adotada restringiu da menor forma possível o direito fundamental em conflito. Isto é, deve-se adotar o meio restritivo menos gravoso para o direito que será por ele afetado. E assim, incumbe saber se o meio escolhido era efetivamente necessário, bem como se há outro que se apresente menos danoso.

o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...).” “Artigo 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em *Estado Democrático de Direito* (...).” (grifo nosso)

⁸ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 30.

⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

Já a proporcionalidade em sentido estrito só terá lugar após a verificação dos postulados acima descritos. Implica uma equação, onde as vantagens obtidas pela solução adotada sejam superiores às desvantagens geradas. Os prejuízos causados ao direito, que restou restringido, devem ser inferiores aos bônus alcançados com a opção eleita.

Frise-se, por oportuno, que a proporcionalidade em sentido estrito possui grande importância dentro desta íntima análise do princípio da proporcionalidade, posto que, muitas vezes, uma decisão perfeitamente adequada e necessária poderá vir a ser desproporcional (estritamente). Não por outro motivo, é qualificada como a verdadeira ponderação.

1.4. O duplo viés do princípio da proporcionalidade em matéria penal *lato sensu*

1.4.1. A proibição do excesso de punição e a vedação à proteção insuficiente dos bens jurídicos tutelados

Em se tratando de ponderação em matéria penal (em sentido amplo), por se referir a direitos fundamentais de proteção, o princípio da proporcionalidade deve ser entendido sob seu duplo aspecto. Não basta, apenas, a proteção contra os excessos no exercício do *jus puniendi* pelo Estado (viés negativo). Será necessária, também, uma proteção suficiente dos bens jurídicos que suscitam uma defesa estatal efetiva (viés positivo).

O viés de natureza negativa do princípio da proporcionalidade dentro do sistema punitivo estatal – vedação ao Estado em punir com excesso o indivíduo que violar a norma penal – é o mais conhecido, eis que aplicado há mais tempo na seara penal e processual penal.

Já a concepção do princípio da proporcionalidade em seu viés positivo – proibição à proteção insuficiente dos bens jurídicos que gozem de especial proteção no texto constitucional – ocorreu na Alemanha, na década de 70, quando seu Tribunal Constitucional decidiu sobre a questão do aborto, especificamente se o feto deveria gozar ou não de proteção jurídico-penal. No julgamento, a Corte alemã considerou que o legislador, ao implementar um dever de proteção que lhe foi imposto pela Constituição, considerando que este não possa ser garantido satisfatoriamente de outra forma, impõe-se-lhe recorrer às normas penais para assegurar tal defesa exigida. Na hipótese, restou assentado que o Direito Penal poderia ser utilizado para garantir o direito à vida do feto (*BverfG, Urteil v. 25.02.1975 – 1 BvF 1-6/74*).¹⁰

¹⁰ STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista clássico. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. nº 22 (julho/dezembro de 2005). Rio de Janeiro, 2006, p. 180-181.

Através deste *leading case*, e sua consequente solução pelo Tribunal Constitucional Alemão, o princípio da proporcionalidade em matéria penal passou a ter a sua dupla face judicialmente reconhecida.

Portanto, no âmbito penal e processual penal, não basta analisar a proporcionalidade somente pela ótica da proibição do excesso na punição (viés negativo), deve-se verificar, também, se a decisão tomada não gerou uma proteção insuficiente do bem jurídico tutelado (viés positivo). A proteção a ser conferida pelo legislador deve ser satisfatória, de modo que a exigência constitucional reste plenamente eficaz.

O Estado deve se manter inerte de forma a viabilizar o pleno exercício do direito à vida e do direito de liberdade do indivíduo e, concorrentemente, agir de forma a assegurar estes mesmos direitos à coletividade, quando violados por um de seus integrantes. Isto porque os direitos fundamentais devem ser observados não somente por uma ótica individual, mas, também, sob o prisma da coletividade.

Ingo Sarlet esclarece que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais legitima restrições aos direitos subjetivos individuais com base no interesse comunitário prevalente, devendo-se sempre preservar seu núcleo essencial, não sendo válida, porém, a fixação de uma regra imutável no sentido da existência de uma subordinação constante dos direitos fundamentais (do indivíduo) em prol dos interesses fundamentais da coletividade.¹¹

Assim, por diversas vezes, a segurança pública terá de ser objeto de proteção pelo Direito Penal e Processual Penal. Quando a incolumidade pública se encontrar violada, ou na iminência de sê-lo, por uma conduta transgressora da norma jurídica por um agente, deverá o Estado atuar para garantir aquele interesse público, reafirmando as premissas instituídas pela ciência jurídico-penal.

A incolumidade pública constitui um interesse público que deverá ser preservado pelo Direito, posto que é de interesse geral, de toda a coletividade. A norma penal, ao assegurar a incolumidade pública, está, implicitamente, garantindo direitos, também, de ordem individual, como o direito à vida e à integridade física de um incontável número de pessoas.¹²⁻¹³

No Estado Democrático de Direito, a Constituição obriga o legislador a proteger determinados bens jurídicos com sanções penais, posto que revelam valores de grande importância à coletividade. A cominação penal à transgressão de tais bens deve ser firme, não se é permitido a aplicação de medidas alternativas, menos severas. De

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. In: *Revista de Estudos Criminais*. Ano 03, nº 12, Sapucaia do Sul: Nota Dez. 2003, p. 86 et seq.

¹² JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal do Desarmamento*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva. 2005. p.7.

¹³ Damásio exemplifica hipótese, em que a segurança pública encontra-se sendo violada com a ação de um indivíduo que efetua um disparo de arma de fogo em uma via pública, onde existem pessoas transitando. Inequivocamente, o agente põe em risco a vida daquelas pessoas que estavam no local, indistintamente. (JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal do Desarmamento*. 5ª edição. São Paulo: Renovar, 2005. p. 8).

igual forma, os mecanismos para viabilizarem a aplicação das sanções – regidos pela norma processual penal – deverão ser aptos à obtenção dessa finalidade.

Como bem observa Lenio Streck, o princípio da proporcionalidade não deverá apenas se limitar à orientação de um “garantismo negativo”, posto que lhe é igualmente essencial a adoção das diretrizes do denominado “garantismo positivo”.¹⁴

Portanto, a proporcionalidade em matéria penal *lato sensu* possui uma dupla face: proíbe o excesso punitivo estatal, mas também veda a proteção insuficiente da sociedade.

O Estado, ao definir as condutas que configurarão delitos passíveis de punição, bem como, ao aplicar a correspondente sanção por tais deveres encontrarem-se inseridos na seara do Direito Penal, só poderá fazê-lo no justo e suficiente *quantum* à ação típica perpetrada pelo indivíduo, não sendo admitido eventual excesso na punição. Igual raciocínio se aplica às normas que instrumentalizem a aplicação da sanção penal, objeto do Direito Processual Penal.

Assim, a proteção conferida aos bens jurídicos que são importantes para sociedade, por configurarem direitos fundamentais especiais, não poderá ser insuficiente, sob pena de haver uma transgressão a tais declarações constitucionais.

Dessa forma, leciona Ingo Sarlet:

[a] noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição do excesso, já que vinculada igualmente a um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões a direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal.¹⁵

Frise-se, por oportuno, que o sujeito que pratica uma conduta infracional penal, da mesma forma que é titular de direitos fundamentais, está violando direitos igualmente fundamentais de outro(s) indivíduo(s).

Eventual aplicação de restrição à liberdade do indivíduo transgressor da norma penal fundamenta-se na garantia à liberdade dos demais, sujeitos passivos de tal ação infracional.

¹⁴ STRECK, Lênio Luiz. Do Garantismo Negativo ao Garantismo Positivo: a dupla face do princípio da proporcionalidade. In: *Juris Poiesis – Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá*. Ano 08, nº 07 (janeiro de 2005). Rio de Janeiro. p. 233.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. In: *Revista de Estudos Criminais*. Ano 03, nº 12, Sapucaia do Sul: Nota Dez. 2003, p. 86 *et seq.*

Assim, deve-se proibir o excesso no exercício do direito de punir pelo Estado (*Übermassverbot*), bem como vedar-se uma proteção insuficiente dos bens jurídicos tutelados (*Untermassverbot*) ante o cometimento de crimes e seus executores. Em outras palavras, o garantismo deverá ser proporcional.

1.4.2. Elementos constitutivos aplicados especificamente na seara penal e processual penal

Conforme já verificado, o princípio da proporcionalidade é constituído pelos elementos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Ocorre que, diferentemente de quando aplicado genericamente aos demais ramos do Direito, ao tratar da norma penal e processual penal, tais subprincípios revestem-se de características próprias.

Uma norma será adequada quando sua finalidade puder ser alcançada através do meio que propõe. Desta forma, ao ser aplicado tal elemento à seara penal e processual penal, a análise da lei deverá ser iniciada pela identificação do bem jurídico que visa proteger. Estando o mesmo em conformidade com os preceitos constitucionais, a referida norma estará adequada desde que tenha observado os limites negativos e positivos impostos na concretização da tutela do citado bem jurídico penal (*lato sensu*).

Já o subprincípio da necessidade, em matéria penal e processual penal, consiste em identificar se é necessária a utilização da norma sob análise para a efetiva proteção do bem jurídico visado. A tutela penal só se demonstrará necessária se a proteção do bem jurídico não restar suficiente com a utilização exclusiva dos outros ramos do Direito.

Assim, se um descumprimento contratual puder ser sanado no campo cível de forma que o bem jurídico tutelado reste suficientemente protegido, não há que se falar em incidência de norma penal nesta hipótese. Entretanto, se o inadimplemento de um contrato administrativo implicar, por exemplo, graves danos aos consumidores em geral, a tutela penal poderá fazer-se necessária para a proteção efetiva do bem jurídico violado.¹⁶

Em outro diapasão, na supressão de determinada norma penal do ordenamento jurídico deverá ser observado pelo legislador se tal medida se apresenta necessária à proteção do bem jurídico tutelado.¹⁷

Tal situação também deverá ser observada quando há falta de normatização de determinada conduta, ou de mecanismo de proteção do indivíduo, ou da sociedade.

¹⁶ Nas relações de consumo, a tutela penal far-se-á necessária nas hipóteses elencadas nos artigos 63 a 74 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), posto que constituem condutas de alta gravidade para a preservação do bem jurídico acima mencionado. Frise-se que em tais casos, a mera tutela nos âmbitos cível e administrativo não se apresenta suficiente à proteção do citado valor constitucional que o referido diploma legal visa garantir.

¹⁷ FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal: a dupla face do princípio da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005, p. 165.

A proporcionalidade em sentido estrito implica identificar se os benefícios trazidos com a opção eleita superam os prejuízos gerados pela restrição de determinado(s) direito(s) fundamental(is).

Aplicado ao Direito Penal e Processual Penal, tal elemento implica verificar se a intervenção da norma, ou sua eventual ausência, apresenta-se proporcional à relevância que lhe é conferida na ordem constitucional. A sanção cominada e os mecanismos para sua verificação e aplicação deverão ser proporcionais à gravidade da conduta tipificada, bem como à importância que o bem jurídico tutelado desfruta dentro do sistema de proteção instituído pela Constituição.

Portanto, só haverá incidência do Direito Penal e Processual Penal na tutela de um bem jurídico se a mesma se verificar adequada, necessária e proporcional à sua eficaz proteção pela ciência jurídica.

2. O novo enfoque constitucional dos bens jurídicos a serem tutelados pela norma penal e processual penal

2.1. Considerações iniciais

As condutas infracionais praticadas em tempos pretéritos destoam das que ocorrem atualmente. O agravamento das infrações cometidas, grande parte com utilização de extrema violência física, colocam a comunidade em posição de absoluta impotência.

Confrontos armados entre criminosos pelo controle de ponto de venda de entorpecentes em plena luz do dia; disputas por territórios entre “milícias” e “traficantes de entorpecentes”, arregimentados em facções criminosas com grande poderio bélico; roubos cometidos com grande violência, inclusive com o resultado morte, tendo inocentes crianças como vítimas;¹⁸ homicídios cometidos por motivos insignificantes e repugnantes, tornaram-se fatos frequentes em uma sociedade que vive em constante insegurança.

O sentimento de impunidade impera na sociedade e funciona como mecanismo de propulsão da violência. O agente que pratica um crime tem o conhecimento de que o déficit operacional do Estado no combate à criminalidade, a deficiência dos métodos de persecução penal e a pouca eficácia das medidas sancionadoras tornarão difícil o recebimento da reprimenda punitiva.

¹⁸ Exemplo de tal circunstância, verificou-se na morte de João Hélio, de seis anos de idade, morto em 07 de fevereiro de 2007, no Rio de Janeiro, após ter sido arrastado por mais de sete quilômetros por criminosos que acabaram de subtrair mediante a grave ameaça exercida pelo emprego de arma de fogo ao veículo que a mãe da criança conduzia. João Hélio não conseguiu se soltar inteiramente do cinto de segurança, ficando pendurado e sendo arrastado pelos criminosos por aproximadamente quinze minutos. (Notícia veiculada no sítio *Folha online* de 08/02/07. Disponível em :< <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u131469.shtml>>. Acesso em 10/02/07).

Como consequência imediata, tem-se a impossibilidade de efetividade do exercício dos direitos fundamentais pelo cidadão, gerando, assim, uma proteção insuficiente desses direitos fundamentais que deveria ser assegurada pelo poder público.

Conforme já visto, os direitos fundamentais não devem ter sua natureza jurídica restrita a meros direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, pois configuram, também, direitos objetivos, posto que, ante a força normativa da Constituição, representam normas de observância obrigatória pelos órgãos de poder (sob a ótica da divisão horizontal: Legislativo, Executivo e Judiciário).¹⁹

Diante de tal situação, a sociedade apresenta-se descrente do exercício de seus direitos fundamentais, em especial, para aqueles indivíduos pertencentes às camadas sociais mais excluídas.

Desta forma, torna-se fundamental a implementação de uma visão crítica da realidade, em substituição àquela estritamente descritiva e passiva até então existente. À ciência jurídica não é mais permitido que permaneça em aparente estado de inércia ante a grande velocidade na ocorrência dos acontecimentos, sobretudo aqueles relacionados à criminalidade.

Impõe-se a aplicação de uma política criminal com concepção consentânea com a atualidade do país.

¹⁹ Ingo Sarlet, ao tratar da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, leciona que: “apesar de encontrarmos já na doutrina constitucional do primeiro pós-guerra certos desenvolvimentos do que hoje se considera a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, é com o advento da Lei Fundamental de 1949 que ocorreu o impulso decisivo neste sentido. Neste contexto, a doutrina e a jurisprudência continuam a evocar a paradigmática e multicitada decisão proferida em 1958 pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha no caso “Lüth”, na qual, além de outros aspectos relevantes (notadamente a referência ao conhecido – mas nem por isso incontroverso – “efeito irradiante” dos direitos fundamentais), foi dado continuidade a uma tendência já revelada em arestos anteriores, ficando consignado que os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos. Em outras palavras, de acordo com o que consignou Pérez Luño, os direitos fundamentais passaram a apresentar-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais, entendimento este, aliás, consagrado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol praticamente desde o início de sua profícua judicatura. Que também a dignidade da pessoa humana – na condição precisamente de valor e princípio central e fundamental da ordem jurídico-constitucional apresenta uma dimensão objetiva (até mesmo pelo fato de os direitos fundamentais, pelo menos em princípio, nela encontrarem o seu fundamento e referencial) resulta evidente, dispensando aqui maior referência. (SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. In: *Revista de Estudos Criminais*. Ano 03, nº 12, Sapucaia do Sul: Nota Dez, 2003, p. 86 et seq.).

2.2. O não desenvolvimento pelo Direito Penal e Processual Penal da mudança de paradigma na proteção dos bens jurídicos tutelados pela Constituição

O caráter libertário da Revolução Francesa, com seus apelos à liberdade, à igualdade e à fraternidade, buscando limitar o poder estatal, reforçou o princípio da legalidade. As normas criadas visavam garantir a liberdade do indivíduo, limitando-se o governo a fazer somente o que a lei autorizasse, enquanto os cidadãos podiam fazer tudo o que a norma legal não vedasse.²⁰

Apesar de não se amoldar à realidade atual, os dogmas dos iluministas tiveram sua importância histórica, por representar a vitória de uma luta por ideais de liberdade e democracia,²¹ bem como, por ter ajudado a implantar na consciência ocidental os valores das garantias e liberdades individuais.

O surgimento das Cartas americana e francesa marca, respectivamente em 1787 e 1791, o primado da Lei. Interessante notar, como bem ressalta Norberto Bobbio, uma diferença essencial de concepção entre as duas escolas, já que “os constituintes franceses pretendiam afirmar primária e exclusivamente os direitos do indivíduo, enquanto os constituintes americanos relacionaram os direitos do indivíduo com o bem comum da sociedade”.²²

O Estado Liberal de Direito tinha, como primazia, a garantia da propriedade e das liberdades individuais.

Em paralelo ao liberalismo, evoluía uma nova realidade já concretizada no final do século XIX: o desenvolvimento das indústrias. A Revolução Industrial foi capaz de promover alterações sociais profundas.

A visão individualista passou a perder força na medida em que os relacionamentos sociais passam a assumir um caráter comunitário.

E assim, se desenvolveu nas sociedades dos séculos XX e XXI. O coletivo passou a preponderar sobre o individual.

A evolução das comunidades gerou novas modalidades de infrações à ordem social.

A autora Ruth Maria Chittó Gauer, ao analisar as sociedades pós-modernas, identifica como fatores fundamentais ao seu colapso a profunda desigualdade social e econômica, a miséria existente nas camadas mais excluídas da sociedade, a falta de programas de governo que garantam as condições mínimas de vida digna aos cidadãos e, também, a omissão estatal em implementar políticas de segurança dotadas

²⁰ Neste sentido rezava expressamente o artigo 16 da Declaração dos Direitos Homem, *in verbis*: “Toda sociedade que não assegura os direitos, nem a separação dos poderes, não possui Constituição”.

²¹ Democracia – Em sociologia política, diz-se do regime político ou forma de governo, em que a soberania reside no povo que, por sua maioria, mas sempre indiretamente, representado por uma elite reduzida de seus delegados, exerce o poder, sob o princípio da absoluta igualdade de direitos entre os cidadãos. Diz-se do governo do povo, pelo povo, para o povo”. NEVES, Iêdo Batista. *Vocabulário prático de tecnologia jurídica e de brocardos latinos*. Rio de Janeiro: APM Editora, 1987.

²² BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2004.

de efetividade. Tais elementos, associados entre si, levam à explosão da violência dentro do corpo social.²³

Importante observar que a concepção ultrapassada da ciência jurídico-penal constitui uma das causas prováveis desta profunda desordem social.

Os delitos de natureza transindividual, os quais são de extrema relevância na atualidade, não receberam o devido tratamento pelo Estado. Tal deficiência explica, de certo modo, a explosão do número de casos de corrupção no país.

Os direitos fundamentais relativos aos interesses de cunho coletivo, para que sejam efetivamente assegurados, necessitam de uma real proteção pelo Direito, funcionando este como uma blindagem normativa a eventuais transgressões.

Entretanto, o Direito Penal e Processual Penal não consegue cumprir sua função precípua de proteção aos bens jurídicos que gozem de especial tratamento pela Constituição. Enquanto ao Direito incumbe assegurar a convivência pacífica da sociedade, à seara penal e processual penal impõe-se a proteção dos bens jurídicos fundamentais.

De certo, o Direito Penal só terá incidência quando o tratamento conferido pelos demais ramos do Direito não for suficiente à efetiva proteção do bem jurídico violado. Portanto, sua aplicação terá natureza subsidiária, ou seja, só ocorrerá nas hipóteses de grave violação a um direito especialmente protegido pela Constituição.

O caráter subsidiário e fragmentário do Direito Penal, tido como a *ultima ratio* do ordenamento jurídico, acentuou ao longo dos anos a visão restritiva de sua aplicação, fruto do ideal iluminista, surgido no Estado Liberal. Tal visão unilateral da norma penal em face da Constituição cerceou a atividade punitiva estatal, gerando uma proteção insuficiente da sociedade.

Ocorre que os dogmas iluministas aplicáveis ao Estado Liberal (visão individual) se perpetuaram, passando a ter incidência, também, no Estado Democrático de Direito (visão comunitária), sem que houvesse a devida adequação da mudança de paradigma.

No Estado Democrático de Direito, o Direito Penal e Processual Penal deve ser interpretado à luz da Lei Maior, criando-se um “Direito Penal e Processual Penal Constitucional”. Consequentemente, as normas legais penais e processuais penais adquirem uma maior legitimidade, posto que tiram seu fundamento de validade diretamente da Constituição, e não de leis de igual hierarquia.

A evolução da dogmática jurídica leva Luciano Feldens a afirmar a existência de uma verdadeira “Constituição Penal”, a qual seria:

[o] conjunto de diretrizes normativas estabelecidas à organização e ao funcionamento do sistema jurídico-penal requerido pela Constituição, as quais compreendem os princípios e regras

²³ GAUER, Ruth Maria Chittó. *A fenomenologia da violência*. Curitiba: Juruá. 2000, p. 34.

gerais respeitantes à matéria criminal (penal e processual penal) positivados na ordem constitucional.²⁴

De igual forma, Luigi Ferrajoli afirma que incumbe ao Direito, justamente, adotar uma posição positiva (e crítica) na efetivação dos princípios elencados no texto constitucional, sendo refutada uma norma legal que não os observe, posto que, restará inválida (*lato sensu*).²⁵

Ao Direito Penal e Processual Penal incumbe não só a defesa dos direitos individuais, mas, concorrentemente, a proteção aos direitos transindividuais, ante a nova concepção que lhe é atribuída pelos ideais do Estado Democrático de Direito.

E neste sentido, conforme ensina Cláudio Heleno Fragoso, caberá ao Estado, no exercício de sua função, combater as ações delituosas que atinjam diretamente “um bem ou interesse coletivo, ou seja, a segurança de todos os cidadãos ou de um número indeterminado de pessoas”.²⁶

Observando e respeitando ambas as esferas de direitos – individuais e coletivos –, ter-se-á o equilíbrio necessário ao desenvolvimento pacífico da sociedade, objetivo imediato da própria razão de ser do Estado.

2.3. A Constituição como fundamento ao tratamento penal de condutas violadoras de bens jurídicos constitucionalmente relevantes

A concepção construída sobre bem jurídico no Estado Liberal não mais se coaduna com o desenvolvimento social alcançado e com a nova forma de Estado, qual seja o Democrático de Direito.

Se anteriormente bastava ao Direito Penal e Processual Penal funcionar como um mecanismo de contenção à índole punitiva do legislador infraconstitucional, visando sempre a preservação dos direitos e liberdades individuais, tal visão isolada não se apresenta mais condizente com o aumento da criminalidade e o consequente desequilíbrio no exercício do *ius puniendi* e do *ius perseguendi* pelo Estado.

Há necessidade de um novo conceito de bem jurídico de caráter penal, com um reequilíbrio na tutela penal estatal, devendo o legislador, sem se descuidar de sua proibição em penalizar com excesso o agente infrator, observar uma proteção suficiente ao bem jurídico atacado e, via de consequência, à própria sociedade.

²⁴ FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal: a dupla face do princípio da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 23.

²⁵ Luigi Ferrajoli afirma que “*la ciencia jurídica ha dejado de ser, supuesto que lo hubiera sido alguna vez, simple descripción, para ser crítica y proyección de su propio objeto: crítica del derecho inválido aunque vigente cuando se separa de la Constitución; reinterpretación del sistema normativo en su totalidad a la luz de los principios establecidos en aquella*” (FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999, p.106).

²⁶ FRAGOSO, Cláudio Heleno. *Lições de Direito Penal*. 3º volume. 2ª edição. São Paulo: Bushatsk, 1976, p. 765.

O Direito Penal e Processual Penal passa a funcionar como um instrumento de defesa aos bens jurídicos cuja proteção encontra-se necessária ante sua natureza constitucional.

Portanto, existindo um bem jurídico dotado de inequívoca relevância social, estará o legislador penal apto a deferir-lhe proteção, mesmo que não encontre expressa previsão na ordem constitucional.

Luciano Feldens sustenta que os bens jurídicos socialmente relevantes, mesmo que não possuam expressa previsão no texto constitucional, sempre terão ligação com algum valor constitucionalmente protegido. Caberia ao jurista justamente encontrar esses elos de ligação de forma a legitimar tal proteção. Enfatiza que tal conexão deverá ser devidamente fundamentada, sob pena de violar-se a noção precípua da Constituição como fonte exclusiva de validade dos bens jurídicos aptos a receberem a proteção jurídico-penal.²⁷

E, sob tal raciocínio, o mencionado autor afirma a existência de “mandados constitucionais de penalização”, os quais poderão estar de forma expressa (formalmente) no texto constitucional ou de forma implícita, extraídos de alguma norma constitucional expressa, em especial, as referentes aos direitos fundamentais e à efetivação do princípio da proporcionalidade na tutela penal.²⁸

Apresentado o Direito Penal e Processual Penal sob a nova roupagem que lhe foi conferida pela Carta da República de 1988, ampliando a concepção do bem jurídico objeto de sua proteção, em consonância com a moderna concepção do princípio da proporcionalidade em matéria penal *lato sensu*, o presente trabalho destacará no próximo capítulo um estudo de caso que dará efetividade aos ensinamentos das teses levantadas.

3. O reconhecimento fotográfico de pessoas no sistema processual penal brasileiro

3.1. Considerações iniciais

Um diploma legal de natureza infraconstitucional retira seu fundamento de validade da Constituição. Tal conclusão decorre do princípio da supremacia da Constituição.

Com efeito, a norma, ao ser elaborada, deverá observar um duplo aspecto: formal e material.

²⁷ *Ibidem*, p. 53-54.

²⁸ *Ibidem*, p. 60-68.

Formalmente, a lei deverá ter seu processo de formação em conformidade com os ditames formais previstos na Carta Constitucional. Tendo o processo legislativo respeitado tais regramentos, a referida norma estará apta a ter eficácia.²⁹

Para que a citada legislação possua validade, terá que possuir coerência substancial com o texto constitucional. Isto é, seu conteúdo deverá ter compatibilidade material com as regras e princípios esposados na Carta Magna.

Uma vez observados ambos os critérios, a norma legal estará dotada de legitimidade, atributo necessário à sua aceitação e, conseqüente, adoção pelos cidadãos, destinatários finais de sua elaboração.

A verificação da legitimidade constitucional da norma legal elaborada caberá, em última análise, ao julgador. A ele incumbe destrinchar o texto normativo, a fim de evidenciar a compatibilidade formal e material com a Lei Maior. Entretanto, tal processo não será meramente estéril; mas, sim, de natureza crítica.

Neste sentido, o mestre italiano Luigi Ferrajoli resume de forma bem didática esta função precípua do julgador, ao afirmar que *“la jurisdicción ya no es la simple sujeción del juez a la ley, sino también análisis crítico de su significado como médio de controlar su legitimidad constitucional”*.³⁰

Portanto, somente as normas legitimamente constitucionais serão consideradas pela jurisdição. E, conseqüentemente, apenas essas vinculam o julgador na efetivação de seu mister.

O instituto da vigência encontra sua base constitucional nos princípios da legalidade e da segurança jurídica.

O princípio da legalidade pode ser definido como o produto mais expressivo da orientação positivista, base da concepção moderna da Ciência do Direito.

Tal princípio, ao ser aplicado no campo do Direito Penal, possui relevância fundamental na própria sistematização da matéria e, via de consequência, em sua própria normatização. Isto porque, ao definir que *“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”* – artigo 5º, inciso XXXIX, da Carta Magna e artigo 1º do Código Penal – adota um caráter restritivo e específico, diverso daquele aplicado às relações de natureza cível.

O princípio da segurança jurídica, o qual tem sua origem indireta no próprio princípio da legalidade, possui grande importância dentro da Ciência do Direito e, em especial, no próprio ordenamento jurídico. O citado instituto é essencial ao Direito Positivo, posto que garante a tranquilidade às pessoas sobre a possibilidade de praticarem determinada conduta (comissiva ou omissiva) e suas respectivas conseqüências legais.

²⁹ O artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/420) reza que “salvo disposição em contrária, a lei começa a vigorar em todo o país 45 (quarenta e cinco) dias depois de oficialmente publicada. §1º Nos Estados estrangeiros, a obrigatoriedade da lei brasileira, quando admitida, se inicia 3 (três) meses depois de oficialmente publicada. (...)”.

³⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantias: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999, p.106

E quando um instituto não possui expressa normatização legal, porém possui aplicação decorrente de normas legais de outros institutos congêneres?

A problemática existente quanto à utilização do reconhecimento fotográfico em sede policial, em decorrência da falta de expressa regulação legal, gera um panorama de insegurança jurídica, justamente contrário ao que preconiza nossa Lei Maior e o próprio Direito Positivo.

Neste contexto, o objeto que dá origem ao presente estudo de caso reside justamente nas controvérsias geradas quanto à utilização do reconhecimento fotográfico de pessoas em sede policial. Serão analisadas as normas legais de referência, questionando-se tal viabilidade jurídica e o posicionamento da doutrina e jurisprudência sobre o tema, bem como às consequências de tal insegurança jurídica criada.

Sem perder o enfoque crítico, serão levantadas as nuances atinentes à questão, em especial, as decorrências geradas pelos posicionamentos adotados inicialmente e os “novos” entendimentos jurisprudenciais que vêm se firmando quanto à recorrente problemática, com a verificação das posições adotadas pelos tribunais superiores.

O estudo será pautado pela verificação dos interesses em conflito, propondo-se como solução a utilização da técnica da ponderação sobre a *vexata questio* em tela, sob a ótica da dupla face do princípio da proporcionalidade em matéria penal *lato sensu*, buscando-se uma solução equilibrada, ante uma filtragem constitucional do Direito Penal e Processual Penal e, conseqüentemente, das normas que o compõem.

3.2. O reconhecimento de pessoas e de coisas na legislação processual penal brasileira

Os princípios da legalidade e da segurança jurídica fundamentam a regulamentação na legislação dos meios de provas que possam ser utilizados no processo penal brasileiro.

Nesse sentido, o Título VII do Código de Processo Penal prevê as espécies de meios de provas a serem utilizados.

Assim, possuem previsão legal o exame de corpo de delito e as perícias em geral, o interrogatório do acusado, a colheita do depoimento da vítima e das testemunhas, o reconhecimento de pessoas e coisas, dentre outros.

No presente trabalho será analisado o instituto do reconhecimento de pessoas e de coisas, sendo este a base legal para o reconhecimento por fotografia do autor de crime em sede policial.

A legislação brasileira prevê especificamente o reconhecimento de pessoas e de coisas nos artigos 226 a 228 do Código de Processo Penal.

O reconhecimento de pessoas e de coisas constitui meio de prova, no qual determinada pessoa reconhece outra pessoa ou algum objeto que já tenha visto

anteriormente, através de ato formal perante a autoridade policial ou judicial, *in casu* relacionado à prática de crime que esteja sendo investigado ou objeto de ação penal.

Conforme ensina Renato Brasileiro, o reconhecimento de pessoas e de coisas não se confunde com o instituto do retrato falado, uma vez que este é realizado através da descrição de pessoa ao perito sobre o autor de crime, não se constituindo como meio de prova, mas, sim, como um meio de investigação.³¹

O reconhecimento fotográfico de pessoas em sede policial não possui previsão expressa legal, sendo realizado com base nos balizamentos estipulados pela legislação para o reconhecimento de pessoas e de coisas.

O artigo 226 do Código de Processo Penal prevê o procedimento a ser adotado para o reconhecimento de pessoas em sede policial e em juízo. São requisitos para realização de tal reconhecimento:

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.

Cumpre observar, que se várias forem as pessoas chamadas a efetuar o reconhecimento de pessoa ou de objeto, cada uma fará a prova em separado, evitando-se qualquer comunicação entre elas.

Em se tratando de reconhecimento de pessoas, serão adotados os requisitos acima delineados no que for aplicável.

3.3. O reconhecimento fotográfico de pessoas e sua aplicação no sistema processual penal brasileiro

Conforme já delineado no presente trabalho, o reconhecimento por fotografia de pessoas não encontra previsão expressa por lei. Seja em sede policial ou em juízo, esse instituto não foi objeto de regulamentação específica pelo legislador quando da elaboração do Código de Processo Penal e nem em momento posterior.

A justificativa apresentada para tal omissão legislativa consiste no fato do reconhecimento fotográfico de pessoas utilizar-se da base legal dos institutos do

³¹ DE LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. 10ª edição. São Paulo: Juspodivum, 2021, p. 787.

reconhecimento de pessoas e de coisas na legislação processual penal, ante a natureza similar entre os mesmos.

De certo, a demora do legislador em acompanhar a necessidade da criação de mecanismos de combate à criminalidade com maior dinamicidade diante da própria velocidade da expansão da violência urbana constitui uma das questões mais importantes do Direito Penal e Processual Penal atualmente.

Em que pese o fato de o Direito ter um tempo próprio e não conseguir acompanhar a velocidade das novas condutas do corpo social e, mais especificamente, das condutas da sociedade, fato é que a ciência jurídica precisa dar uma resposta com maior celeridade às práticas dos indivíduos que violam a paz social ou o desenvolvimento regular da sociedade como um todo.

O aumento exponencial da violência urbana no século XXI, e mais especificamente, na última década, impõe um posicionamento mais dinâmico da ciência jurídica.

O incremento da prática de crimes com violência ou grave ameaça – sendo os mais comuns: o homicídio, o roubo e o estupro –, os quais são praticados via de regra apenas em face da vítima, sem testemunhas de *visu*, obrigam o sistema processual penal a adaptar seus mecanismos de combate à criminalidade.

Assim, o reconhecimento fotográfico de pessoas se tornou de fundamental importância nesse enfrentamento da prática de crimes atualmente.

3.3.1. O reconhecimento fotográfico de pessoas em sede policial

A ciência jurídica criou o instituto do reconhecimento fotográfico de pessoas com base nas diretrizes legais previstas para o reconhecimento pessoal de pessoas e coisas, previstas nos artigos 226 a 228 do Código de Processo Penal.

Assim, o reconhecimento fotográfico de pessoas consiste na vítima e/ou testemunha proceder à identificação de um indivíduo diante de diversas fotografias de pessoas com características semelhantes às descritas previamente pelo reconhecedor.

Tal meio de prova é utilizado amplamente em sede policial, tendo se tornado o principal mecanismo de identificação de autores de crimes na atualidade, principalmente para aquelas condutas que são praticadas de maneira mais clandestina, sem a presença de muitas testemunhas.

Importante salientar que é fundamental para validar o reconhecimento fotográfico que o reconhecedor proceda previamente à descrição das características físicas do indivíduo a ser reconhecido, para só após serem-lhe apresentadas fotografias de sujeitos com características semelhantes às descritas, via de regra através de mosaico de fotos que são retiradas de álbuns fotográficos de suspeitos e/ou autores de crimes constantes dos registros policiais.

Em havendo mais de uma pessoa a fazer o reconhecimento, o que ocorre quando há mais de uma vítima ou testemunha do fato, o ato deverá ser realizado

individualmente, permanecendo os reconhecedores separados e sem comunicação, de forma que cada um proceda à tentativa de reconhecimento sem a presença dos demais potenciais reconhecedores.

Em sendo positivo o reconhecimento, isto é, conseguindo o reconhecedor identificar o autor do crime dentre as fotografias que lhe foram apresentadas, lavrar-se-á o denominado auto de reconhecimento de pessoa, bem como deverá o reconhecedor assinalar a fotografia do indivíduo que foi reconhecido, apondo sua assinatura.

Portanto, o procedimento do reconhecimento fotográfico de pessoas, especialmente em sede policial, utiliza-se dos regramentos legais do reconhecimento de pessoas e de coisas previstos na legislação processual penal (*ex vi* artigos 226 a 228 do Código de Processo Penal).

3.3.2. O reconhecimento fotográfico de pessoas e seu valor probatório

Uma vez que o procedimento do reconhecimento fotográfico de pessoas, especialmente em sede policial, baseia-se nas regras previstas na legislação processual penal para o reconhecimento de pessoas e de coisas, impõe-se analisar se o mencionado instituto possui ou não valor probatório para investigação penal, para posterior ação penal e, conseqüentemente, eventual condenação criminal.

Aury Lopes Jr., ao tratar da existência da taxatividade ou não dos meios de prova – isto é, se somente as provas previstas expressamente no Código de Processo Penal podem ser admitidas –, apresenta entendimento de que a princípio o rol é taxativo. Para o citado autor, somente podem ser aceitas as denominadas “provas inominadas” que apresentem estrita observância aos limites constitucionais e processuais da prova.

Ao tratar do reconhecimento fotográfico, Aury Lopes Jr. afirma que tal meio de prova só pode ser admitido se for ato preparatório para o reconhecimento pessoal, nunca como substituto deste.³²

A posição mais restritiva do Professor Aury Lopes Jr. – na admissão do reconhecimento fotográfico apenas como ato preparatório do reconhecimento pessoal – apresenta-se como de valorosa contribuição para o debate sobre a validade desse meio de prova.

³² “Os sistemas processuais, ao longo de sua evolução, adotaram diferentes disciplinas em relação à taxatividade ou não dos meios de prova.

Na sistemática atual, existe uma restrição inicial em relação aos limites da prova penal, que vem imposto pela lei civil, nos termos do art. 155 do CPP, anteriormente comentado.

Superada essa questão, a pergunta agora é: somente as provas previstas no CPP podem ser admitidas no processo penal? O rol é taxativo?

Como regra, sim, é taxativo. Entendemos que, excepcionalmente e com determinados cuidados, podem ser admitidos outros meios de prova não previstos no CPP. Mas, atente-se: com todo o cuidado necessário para não violar os limites constitucionais e processuais da prova, sob pena de ilicitude ou ilegitimidade dessa prova, conforme será explicado nos próximos itens.

Partindo da compreensão de que somente podemos pensar em provas inominadas que estejam em estrita observância com os limites constitucionais e processuais da prova, o processo penal – excepcionalmente – poderá admitir outros meios de demonstração de fatos ou circunstâncias não enumerados no CPP. Isso,

Isto porque, conforme já delineado no presente trabalho, o reconhecimento fotográfico de autores de crime, especialmente em sede policial, é um dos principais mecanismos que o sistema de segurança pública (*lato sensu*) possui no combate à criminalidade moderna.

De certo que, em alguns casos, nem sempre será possível a realização do reconhecimento pessoal do acusado pela vítima/testemunha em juízo. Tal poderá ocorrer, por exemplo, na hipótese de o reconhecedor vir a falecer; ou quando o réu for revel; ou quando o réu não comparecer ao ato processual do reconhecimento (audiência); ou até mesmo caso o réu se negue a participar do referido ato, alegando eventual direito de defesa. Cumpre observar que nessa última situação, o melhor entendimento é de que o réu não poderá ser obrigado a produzir essa prova contra si próprio, desde que expressamente alegado que o faz em razão de seu direito de defesa.

Assim, nos casos em que restar impossibilitada a realização do reconhecimento pessoal do acusado em juízo, entendemos pela manutenção da validade do reconhecimento fotográfico realizado em sede policial, o qual deverá ser valorado necessariamente com as demais provas produzidas na instrução criminal, conforme o *standard* probatório exigido para essa fase procedimental.

Uma das questões mais importantes para ciência jurídico penal na atualidade consiste em definir o grau necessário de prova apto a ensejar uma condenação em juízo.

Em outras palavras, qual densidade de conjunto probatório é necessária para que o julgador possa proferir uma sentença condenatória.

Assim, o estudo da valoração das provas implica a análise do denominado *standard* probatório.

A ciência jurídica, ao tratar dos denominados *standards* probatórios, busca trazer uma maior segurança jurídica ao sistema processual penal, através da adoção de critérios que tornem mais previsíveis as decisões judiciais e, em um aspecto mais amplo, a própria formação da *opinio delicti* pelo Ministério Público.

em geral, decorre da própria superação dos meios existentes na década de 40, quando entrou em vigor a legislação processual penal em vigor.

Se admitirmos que existam provas inominadas, desde que observadas as regras de coleta, admissão e produção em juízo, e que outros importantes elementos de convicção possam ser obtidos com a utilização de outros sentidos que não o visual, a questão passa a ter grande relevância.

Mas, cuidado: o fato de admitirmos as provas inominadas tampouco significa permitir que se burle a sistemática legal. Assim, não pode ser admitida uma prova “disfarçada” de inominada quando na realidade ela decorre de uma variação (ilícita) de outro ato estabelecido na lei processual penal, cujas garantias não foram observadas. Exemplo típico de prova inadmissível é o reconhecimento do imputado por fotografia, utilizado, em muitos casos, quando o réu se recusa a participar do reconhecimento pessoal exercendo seu direito de silêncio (*nemo tenetur se detegere*). O reconhecimento fotográfico, como explicaremos a seu tempo, somente pode ser utilizado como ato preparatório do reconhecimento pessoal, nos termos do art. 226, inciso I, do CPP, nunca como um substitutivo àquele ou como uma prova inominada.

Em suma, como regra, somente podem ser admitidas as provas tipificadas no CPP. Excepcionalmente, podem ser admitidas provas atípicas ou inominadas, desde que não constituam subversão da forma estabelecida para uma prova nominada, e, ainda, guardem estrita conformidade com as regras constitucionais e processuais atinentes à prova penal.” (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 468/470).

Importante observar que a análise do *standard* probatório não se restringe apenas à prolação da sentença condenatória.

Desde a fase de investigação policial é necessário que a polícia judiciária produza um conjunto de provas com densidade suficiente para que o Ministério Público possa formar sua *opinio delicti* e deflagrar a ação penal, através do oferecimento da denúncia. Impõe-se a existência de um *standard* probatório mínimo, apto a embasar uma acusação formal em juízo.

De certo que o *standard* probatório exigido para o oferecimento de uma denúncia não terá o mesmo grau de exigência, de robustez, que aquele necessário para a prolação de uma sentença condenatória criminal.

Para prolação da sentença penal, o magistrado utiliza o *standard* probatório de maior grau de exigência, o denominado *BARD* (*Beyond Any Reasonable Doubt*). Só será possível a condenação do acusado se o conjunto probatório produzido no sentido da demonstração de sua culpa (*lato sensu*) constituir embasamento que seja além da dúvida razoável de sua inocência.

Em outras palavras, a convicção trazida pelas provas para condenação do acusado deve ser muito superior à eventual dúvida razoável de sua inocência que possa ter sido veiculada pelas provas produzidas em sua defesa.³³

Fixada a premissa de que a sentença penal possui o maior grau de *standard* probatório, verifica-se possível uma menor exigência probatória nas fases anteriores do processo penal e, principalmente, na investigação penal.

Conforme leciona Aury Lopes Jr. “(...) É por isso que o CPP fala em indícios razoáveis, indícios suficientes etc. para decisões interlocutórias com menor exigência probatória (rebaixamento de standard).”³⁴

A investigação penal configura um procedimento formal realizado pela polícia judiciária (Polícia Civil ou Polícia Federal) para obtenção de provas que proporcionem a descoberta da verdade sobre o fato, supostamente delituoso, sob análise. É a fase inicial da formação da *opinio delicti*. Ainda, não há ação penal, acusação, réu.

Logo, o *standard* probatório exigido para eventual oferecimento de denúncia será muito menor do que o necessário na fase de prolação da sentença penal.

³³ Pensamos que, ao consagrar constitucional e convencionalmente a presunção de inocência, fez o legislador uma escolha de política processual importante. (...) O *in dubio pro reo* é uma manifestação da presunção de inocência enquanto regra probatória e também como regra para o juiz, no sentido de que não só não incumbe ao réu nenhuma carga probatória, mas também no sentido de que para condená-lo é preciso prova robusta e que supere a dúvida razoável. Na dúvida, a absolvição se impõem. Essa opção também é fruto de uma determinada escolha no tema da gestão do erro judiciário: na dúvida, preferimos absolver o responsável do que condenar um inocente.

Portanto, ao consagrar a presunção de inocência e seu subprincípio *in dubio pro reo*, a Constituição e a Convenção Americana sinalizam claramente na adoção do *standard* probatório de “além da dúvida razoável”, que, somente se preenchido, autoriza um juízo condenatório. (LOPES JÚNIOR, Aury. *Sobre o uso do standard probatório no processo penal*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-jul-26/limite-penal-uso-standard-probatorio-processo-penal>. Acesso em 14/02/2022).

³⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *Sobre o uso do standard probatório no processo penal*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-jul-26/limite-penal-uso-standard-probatorio-processo-penal>. Acesso em 14/02/2022.

Tanto o reconhecimento de pessoas e de coisas quanto o reconhecimento fotográfico de pessoas são meios de prova que são produzidos, quase que em sua totalidade, justamente na investigação penal, em sede policial.

Como é cediço, as provas produzidas em sede policial devem ser novamente realizadas em juízo, salvo se impossível tal repetição.

O reconhecimento fotográfico de pessoas realizado em sede policial deverá ser preferencialmente substituído pelo reconhecimento pessoal em juízo e, caso impossível a realização deste, novamente aquele deverá ser feito perante o magistrado durante a instrução criminal.

Portanto, em que pese o reconhecimento fotográfico de pessoas em sede policial ser de grande valia para investigação penal, sua valoração probatória deverá ocorrer com a análise conjunta das demais provas produzidas pela polícia judiciária, quando da formação da *opinio delicti* pelo Ministério Público, com eventual oferecimento de denúncia e consequente deflagração da ação penal em juízo.

3.4. As orientações divergentes na jurisprudência pátria sobre a matéria

3.4.1. O entendimento anterior vigente

A divergência sobre a validade do reconhecimento fotográfico de pessoas em sede policial e sobre seus respectivos requisitos sempre foi objeto de discussão na Doutrina e nos juízos criminais.

Consequentemente, tal discussão chegou nos Tribunais do país, tendo tais decisões divergentes alcançado os Tribunais Superiores.

Após a prolação de diversos acórdãos acerca dessa temática, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) pacificou entendimento no sentido da admissibilidade do reconhecimento fotográfico de autor do fato em sede policial como meio de prova, sendo que eventual inobservância dos requisitos do artigo 226 do Código de Processo Penal, quando de sua realização, não ensejam a nulidade do conjunto probatório, constituindo mera irregularidade, eis que os incisos do artigo 226 do CPP seriam uma recomendação a ser seguida.³⁵

Ademais, firmou-se a orientação que o reconhecimento fotográfico de pessoas em sede policial deverá ser valorado sempre em conjunto com as demais provas produzidas no caderno investigatório e, posteriormente, na instrução criminal em juízo.³⁶

³⁵ "(...) O Superior Tribunal de Justiça entende que a inobservância das formalidades legais para o reconhecimento pessoal do acusado não enseja nulidade, por não se tratar de exigência, apenas recomendação, sendo válido o ato quando realizado de forma diversa da prevista em lei, notadamente, quando amparado em outros elementos de prova (...) Agravo regimental não provido" (STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1266.170/RS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 25.08.2015, DJe 11/09/2015).

³⁶ "(...) Este Superior Tribunal sufragou o entendimento de que o reconhecimento fotográfico, como meio de prova, é plenamente apto para a identificação do réu e fixação da autoria delituosa, desde que corroborado por

E, assim, houve certa pacificação na discussão sobre a matéria nos juízos criminais e Tribunais Estaduais.

3.4.2. O novo paradigma do STJ

A solidez do entendimento, até então sedimentado pelo STJ, foi quebrada em outubro de 2020, com a prolação do Acórdão no HC 598.886/SC, da lavra do Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, da 6ª Turma do Colegiado (julgamento em 27/10/2020, DJe 18/12/2020), cujo novo entendimento serviu de paradigma para as decisões judiciais acerca da matéria.³⁷

outros elementos idôneos de convicção (HC n. 22.907/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 4/8/2003), assim como ocorreu *in casu*, em que o reconhecimento pessoal feito na fase inquisitiva foi confirmado em juízo e referendado por outros meios de prova, este produzidos em sede judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. O reconhecimento pessoal isolado não anula o ato, sendo que a presença de outras pessoas junto ao réu é uma recomendação legal e, não uma exigência (HC n. 41.813/GO, Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 30/5/2005). Agravo regimental improvido (STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 1.399.900/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior. J 17/03/2015, DJe 26/03/2015)".

³⁷ "HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DE PESSOA REALIZADO NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. PROVA INVÁLIDA COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. RIGOR PROBATÓRIO. NECESSIDADE PARA EVITAR ERROS JUDICIÁRIOS. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA."

1. O reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto, para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

2. Segundo estudos da Psicologia moderna, são comuns as falhas e os equívocos que podem advir da memória humana e da capacidade de armazenamento de informações. Isso porque a memória pode, ao longo do tempo, se fragmentar e, por fim, se tornar inacessível para a reconstrução do fato. O valor probatório do reconhecimento, portanto, possui considerável grau de subjetivismo, a potencializar falhas e distorções do ato e, consequentemente, causar erros judiciários de efeitos deletérios e muitas vezes irreversíveis.

3. O reconhecimento de pessoas deve, portanto, observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se vê na condição de suspeito da prática de um crime, não se tratando, como se tem compreendido, de "mera recomendação" do legislador. Em verdade, a inobservância de tal procedimento enseja a nulidade da prova e, portanto, não pode servir de lastro para sua condenação, ainda que confirmado, em juízo, o ato realizado na fase inquisitorial, a menos que outras provas, por si mesmas, conduzam o magistrado a convencer-se acerca da autoria delitiva. Nada obsta, ressalve-se, que o juiz realize, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório.

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

5. De todo urgente, portanto, que se adote um novo rumo na compreensão dos Tribunais acerca das consequências da atipicidade procedimental do ato de reconhecimento formal de pessoas; não se pode mais referendar a jurisprudência que afirma se tratar de mera recomendação do legislador, o que acaba por permitir a perpetuação desse foco de erros judiciários e, consequentemente, de graves injustiças.

6. É de se exigir que as polícias judiciárias (civis e federal) realizem sua função investigativa comprometidas com o absoluto respeito às formalidades desse meio de prova. E ao Ministério Público cumpre o papel de fiscalizar a correta aplicação da lei penal, por ser órgão de controle externo da atividade policial e por sua ínsita função de custos legis, que deflui do desenho constitucional de suas missões, com destaque para a "defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (art. 127, *caput*, da Constituição da República), bem assim da sua específica função de "zelar pelo efetivo

O Min. Rogério Schietti apresentou voto mudando sua orientação anterior, passando a entender que o reconhecimento de pessoas em sede policial, seja ele presencial ou por meio de fotografia, deverá sempre observar as formalidades previstas no artigo 226 do Código de Processo Penal, sob pena de nulidade da prova (e não mais uma irregularidade), sendo que tal reconhecimento só terá validade

respeito dos Poderes Públicos [inclusive, é claro, dos que ele próprio exerce] [...] promovendo as medidas necessárias a sua garantia" (art. 129, II).

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

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

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

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

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

12. Conclusões: 1) O reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime;

2) A vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo;

3) Pode o magistrado realizar, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório, bem como pode ele se convencer da autoria delitiva a partir do exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento;

4) O reconhecimento do suspeito por simples exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo.

13. Ordem concedida, para: a) com fundamento no art. 386, VII, do CPP, absolver o paciente Vânio da Silva Gazola em relação à prática do delito objeto do Processo nº 0001199-22.2019.8.24.0075, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Tubarão - SC, ratificada a liminar anteriormente deferida, para determinar a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso; b) reconhecer a causa geral de diminuição relativa à participação de menor importância no tocante ao paciente Igor Tártari Felácio, aplicá-la no patamar de 1/6 e, por conseguinte, reduzir a sua reprimenda para 4 anos, 5 meses e 9 dias de reclusão e pagamento de 10 dias-multa. Dê-se ciência da decisão aos Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais, bem como ao Ministro da Justiça e Segurança Pública e aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, encarecendo a estes últimos que façam conhecer da decisão os responsáveis por cada unidade policial de investigação. (HC 598.886/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2020, DJe 18/12/2020)

para identificar o réu e fixar a autoria delitiva se for corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Ademais, o reconhecimento fotográfico em sede policial só terá validade como ato preparatório para o reconhecimento pessoal em juízo.

Conforme o novo entendimento, ainda que o reconhecimento fotográfico seja confirmado em juízo, se não tiverem sido observados os requisitos do artigo 226 do Código de Processo Penal quando de sua realização em sede policial, tal prova será nula, não podendo servir de base para eventual condenação.

O Min. Rogério Schietti ressaltou que:

O reconhecimento de pessoas deve, portanto, observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se vê na condição de suspeito da prática de um crime, não se tratando, como se tem compreendido, de “mera recomendação” do legislador. Em verdade, a inobservância de tal procedimento enseja a nulidade da prova e, portanto, não pode servir de lastro para sua condenação, ainda que confirmado, em juízo, o ato realizado na fase inquisitorial, a menos que outras provas, por si mesmas, conduzam o magistrado a convencer-se acerca da autoria delitiva.

Sem prejuízo, ressalva-se a possibilidade de o magistrado fazer novo ato formal de reconhecimento em juízo, desde que agora observadas as condições previstas no referido dispositivo legal.

A mudança de posicionamento se fundamenta nos casos de erros de reconhecimento realizados em sede policial – os quais não são ratificados em juízo –, em razão de falha da memória humana, corroborada pela não observância dos requisitos legais quando da realização do ato em sede policial.

E nesse sentido, o Min. Schietti sustenta a necessidade da adoção de novas rotinas pela Polícia Civil referentes ao tema.

Na mesma linha, o Min. Nefi Cordeiro afirma a necessidade da estrita observância dos requisitos previstos no artigo 226 do CPP, bem como que o reconhecimento fotográfico seja corroborado por outras provas colhidas em juízo.³⁸

Ao final do voto paradigma, visando dar maior amplitude à decisão e com vistas à mudança das rotinas das unidades de polícia judiciária sobre a necessidade de observância do correto procedimento do reconhecimento fotográfico, o Min. Schietti determinou a comunicação da presente decisão aos Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais, bem como

³⁸ STJ, 6ª Turma, *Habeas Corpus* nº 631.706 - RJ (2020/0327362-1) – fevereiro/2021, Relator Min. Nefi Cordeiro; AgRg no *Habeas Corpus* nº 633.659 - SP (2020/0335817-9) março/2021, Relator Min. Nefi Cordeiro.

ao Ministro da Justiça e aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, para que esses dessem conhecimento da mesma aos Delegados de Polícia (Federal e Estaduais).³⁹

3.5. A utilização do reconhecimento fotográfico de pessoas ante a inexistência de regulamento especificamente editado – análise sob a ótica da dupla face do princípio da proporcionalidade em matéria penal *lato sensu*

A celeuma em torno do instituto do reconhecimento fotográfico de pessoas em sede policial se baseia na falta de sua regulamentação específica na legislação processual penal.

O aumento exponencial do número de casos de crimes praticados com violência ou grave ameaça impõe uma resposta mais eficaz do Estado no combate à criminalidade.

E nesse cenário a utilização do reconhecimento fotográfico de pessoas em sede policial constitui importante ferramenta para identificação do autor do crime e para formação do conjunto probatório.

Diante de tal assertiva, surge uma questão de extrema relevância a ser respondida pelos operadores do Direito: como conciliar o princípio da presunção de inocência do sujeito que vier a ser reconhecido por fotografia e a proibição de proteção insuficiente da sociedade na hipótese de vedação à utilização do instituto do reconhecimento fotográfico de pessoas em sede policial?

Tais questionamentos reclamam uma verificação completa dos direitos em conflito, valendo-se da técnica da ponderação para harmonizá-los constitucionalmente.

O caso objeto do presente estudo comporta um conflito de natureza constitucional e não meramente legal. Isto porque, para que se obtenha uma resposta juridicamente correta e, consequentemente, justa na problemática envolvendo qual tratamento será conferido ao reconhecimento fotográfico de pessoas em sede policial é necessário que sejam ponderados dois direitos em conflito: o direito de liberdade do indivíduo (presunção de inocência) x o direito da coletividade à segurança pública.

Tais direitos são de natureza diretamente constitucional, posto que encontram previsão e tratamento expressos na Constituição da República, no artigo 5º *caput* e artigo 144.

Em outras palavras, a problemática envolvendo a utilização, ou não, do reconhecimento fotográfico de pessoas em sede policial revela um foco de tensão entre dois direitos constitucionais. De um lado, temos o direito de liberdade do agente infrator consubstanciado em não ter sua garantia à inocência reduzida e de

³⁹ Como consequência da orientação expedida pelo Min. Rogério Schietti, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro publicou o Aviso 2º Vice Presidência nº 01/2022, de 07 de janeiro de 2022, recomendando aos magistrados que reavaliem, com a urgência necessária, as decisões em que a prisão preventiva do acusado foi decretada tão somente com base no reconhecimento fotográfico operado sem a observância do disposto no artigo 226 do CPP, realizado no bojo do procedimento investigatório respectivo, inclusive nos feitos suspensos na forma prevista no artigo 366 do CPP.

outro lado o direito da coletividade em não ficar desprotegida ante a prática de uma conduta criminosas.

A questão principal a ser dirimida encontra sua pedra de toque no conflito que se forma entre dois direitos que encontram sua sede no texto constitucional.

Assim, demonstra-se inviável a aplicação dos critérios tradicionais de solução de antinomias entre normas infraconstitucionais⁴⁰ ao caso objeto do presente estudo.

A solução do referido conflito só será possível através da aplicação da técnica da ponderação, posto que se trata de direitos de índole constitucional, não podendo negar-se eficácia a um em favor da aplicação integral do outro.

Em tal hipótese, deve-se buscar a harmonização entre os direitos em tela, de forma que a solução a ser utilizada preserve a essência de ambos, ante a opção que se apresente mais adequada, necessária e proporcional à solução do conflito em estudo. Assim, ao realizar a ponderação, será necessária a utilização do princípio da proporcionalidade.

Na seara constitucional penal e processual penal, o princípio da proporcionalidade possui um duplo viés: proíbe o excesso na punição estatal ao agente, mas, também, veda a proteção insuficiente ao bem jurídico tutelado, ora violado, e, em última análise, à própria sociedade.

Assim, seja prevalecendo a solução que privilegie a presunção de inocência do indivíduo infrator, seja a que priorize o direito da coletividade à segurança pública, a opção eleita deverá ter observado, necessariamente, o princípio da proporcionalidade na dupla dimensão que lhe é conferida no Direito Penal e Processual Penal contemporâneo.

Logo, impõe-se a aplicação da técnica da ponderação à problemática decorrente da utilização do reconhecimento fotográfico de pessoas em sede policial, com a necessidade da observância do princípio da proporcionalidade por seu duplo viés.

Quid iuris a utilização do reconhecimento fotográfico de pessoas em sede policial, sem observância das regras dos artigos 226 a 228 do Código de Processo Penal, torna nula a prova penal?

Conforme já asseverado anteriormente, a presente indagação constitui motivo de grande divergência, com reflexo na jurisprudência. Entretanto, conforme será demonstrado a seguir, verifica-se que o princípio da proporcionalidade deve ser utilizado para solução da questão.

O entendimento de que a falta de previsão legal específica do reconhecimento de pessoas por fotografia no processo penal (*lato sensu*) veda sua utilização demonstra que tal orientação observou somente a face negativa do princípio da proporcionalidade. Em se adotando tal posicionamento, o bem jurídico da segurança da coletividade restará protegido de forma insuficiente.

⁴⁰ Critérios hierárquico, cronológico e da especialidade.

Isto porque, para que se obtenha uma correta resposta ao conflito em tela, não se pode perder de vista a real intenção do legislador ao criar os institutos denominados Reconhecimento de Pessoas e de Coisas. Desta forma, a interpretação dos dispositivos deverá ser feita em estrita congruência com o critério teleológico.

Resta evidente e indiscutível o objetivo do legislador ao criar os meios de prova no Código de Processo Penal, qual seja o de combater a prática de crimes, *in casu* possibilitando a descoberta da autoria dos crimes.

Neste sentido, observa-se que os dispositivos não podem ser interpretados de forma isolada e estritamente gramatical, posto que se inserem em um sistema de normas, o qual tem uma lógica encadeada de funcionamento.

Em outras palavras, as normas devem ser interpretadas sistemática e teleologicamente, *i.e.*, através de uma análise conjunta dos dispositivos, buscando-se a real intenção do legislador ao estabelecer aquela regra.

Portanto, apresenta-se absolutamente desarrazoado sustentar a impossibilidade de utilização do reconhecimento fotográfico de pessoas em sede policial pelo simples argumento de não ter previsão nominal específica.

A questão em tela, conforme já mencionado, envolve um conflito entre dois direitos constitucionais, quais sejam o direito de liberdade (presunção de inocência do agente infrator) e o direito da coletividade à manutenção de sua segurança. Em se tratando de colisão entre direitos de índole constitucional, inexistente norma específica para solucioná-lo, faz-se necessária a utilização da técnica da ponderação.

No manuseio da ponderação em matéria penal e processual penal, o intérprete terá como instrumento fundamental para a obtenção da solução que melhor harmonize os interesses em divergência o princípio da proporcionalidade. Tal princípio, quando aplicado ao Direito Penal e Processual Penal, possui uma dupla face: veda o excesso na punição ao agente infrator, ao mesmo tempo que proíbe a proteção deficiente do bem jurídico tutelado pela norma, conforme previsão constitucional.

Aplicando a técnica da ponderação ao caso em tela, o excesso punitivo estaria refletido na utilização do instituto do reconhecimento fotográfico de pessoas sem observância das regras dos artigos 226 a 228 do Código de Processo Penal.

Por outro lado, a proteção insuficiente do bem jurídico tutelado, *in casu* a incolumidade pública e, por conseguinte, da coletividade, ocorreria na hipótese da impossibilidade de utilização do referido meio de prova, ante a sua falta de previsão legal específica.

A aplicação da técnica da ponderação ao caso em tela, ante os bens jurídicos constitucionais em conflito, utilizando-se o princípio da proporcionalidade em sua dupla face, implica a necessidade da obtenção de uma solução equilibrada.

Neste diapasão, impõe-se realizar uma interpretação teleológica dos artigos 226 a 228 do Código de Processo Penal; isto é, buscar a real *mens legis* quando estes se referem ao reconhecimento de pessoas e de coisas.

Assim, o reconhecimento por fotografia de autor de crime deverá observar as regras contidas nos artigos 226 a 228 do Código de Processo Penal, devendo o reconhecedor descrever previamente as características físicas do autor do crime, para posteriormente ser montado um mosaico preferencialmente com no mínimo cinco fotos de pessoas que tenham características físicas parecidas com aquelas descritas. Em sendo positivo o reconhecimento, deverá o reconhecedor assinalar no mosaico de fotos o indivíduo reconhecido, apondo sua assinatura, e ser lavrado o auto de reconhecimento formal, assinado pela autoridade, pelo reconhecedor e por duas testemunhas presenciais. Em havendo mais de uma pessoa apta a fazer o reconhecimento, essas deverão ser separadas, evitando-se a comunicação entre as mesmas.

De certo que, ocorrendo o reconhecimento fotográfico do autor do crime em sede policial, a investigação penal deverá se valer, também, de outras provas para formação do conjunto probatório.

Em havendo deflagração de ação penal, na instrução criminal deverá ser realizado o reconhecimento pessoal do acusado pelo sujeito reconhecedor, excetuando-se tal realização apenas nas hipóteses em que tal ato se tornar inviável, tal como ocorre quando o reconhecedor vier a falecer, ou quando o acusado é revel e/ou se nega a participar do reconhecimento. Nessas hipóteses, o reconhecimento fotográfico realizado em sede policial deverá ser valorado em conjunto com as demais provas existentes nos autos, levando-se em conta o *standard* probatório aplicável à respectiva fase do procedimento.

Sob a ótica do princípio da proporcionalidade, a referida solução apresenta-se mais adequada, compatível e proporcional (em sentido estrito), configurando-se como a perfeita harmonização entre os bens em conflito.

Assim, a utilização do reconhecimento fotográfico obedecendo a tais balizamentos, apresenta-se como a solução ponderada e, conseqüentemente, proporcional à problemática em tela, posto que, desta forma, não haverá excesso na punição ao agente infrator, nem proteção insuficiente do bem jurídico tutelado, *in casu* a incolumidade pública.

4. Conclusão

O princípio da segurança jurídica constitui uma das bases do Estado Democrático de Direito.

O novo constitucionalismo imprimiu ao Estado Democrático de Direito uma série de modificações que se mostravam necessárias à sua modernização e à efetivação dos direitos fundamentais. A complexidade das relações sociais atingidas com a evolução já não mais se coadunava com o modelo fechado e restritivo, que remontava ao período liberal.

Os direitos fundamentais possuem eficácia irradiante, ou seja, informam o ordenamento jurídico do qual fazem parte para orientar tanto a produção quanto a aplicação do direito.

Visando, portanto, dar concretude a esses proclamados direitos fundamentais, desenvolveu-se uma nova interpretação constitucional, convergindo para a necessária convivência da norma com o caso concreto, com a harmonização e convivência de direitos, que possuem o mesmo quilate e que não podem jamais ocupar lugar de preponderância. Devem ser compatibilizados e, em caso de conflito, a regra a ser utilizada para solucionar será a da ponderação.

A ponderação consiste numa regra de decisão, aplicada em casos onde há conflitos envolvendo direitos fundamentais. A técnica procede à interpretação das normas constitucionais segundo os cânones modernos.

O operador do Direito, ao se debruçar sobre uma situação fática que implique aparente colisão entre normas integrantes da Constituição da República, deverá, inicialmente, identificar os direitos constitucionais em conflito. Prosseguindo, buscará encontrar as normas aplicáveis à espécie. Uma vez relacionadas as normas com a situação fática, passar-se-á, efetivamente, à ponderação, que consiste em sopesar os valores em jogo, compatibilizando-os, de forma que possam conviver harmoniosamente.

Na ponderação, os direitos fundamentais coexistem, mas sofrem pequenas restrições para serem aplicados à situação fática. Apesar de possuir riscos, por aumentar o subjetivismo das decisões, ela aproxima a justiça do direito, pois não se subsume ao conteúdo da lei, comportando uma análise mais ampla, mais criativa do direito.

Não por outro motivo, se insere no atual discurso constitucional, pois, juntamente com as modernas regras e princípios constitucionais, utiliza-se de conhecimentos circundantes, advindos de outros campos, mas indispensáveis à uma interpretação mais justa e correta.

A implementação da ponderação implica a utilização de mecanismos próprio. Neste sentido, o princípio da proporcionalidade apresenta-se como o principal instrumento na consecução da mencionada técnica.

O princípio da proporcionalidade tem como finalidade a preservação dos direitos fundamentais, sejam de natureza individual, quanto coletiva (*lato sensu*).

Em que pese o mencionado princípio não gozar de previsão literal no texto constitucional brasileiro, sua existência é reconhecida inequivocamente, eis que decorre diretamente da cláusula do Estado Democrático de Direito, expressamente adotada pela Constituição da República de 1988, em seu artigo 1º.

Frise-se que o princípio da proporcionalidade será fundamental na obtenção do equilíbrio necessário que deverá haver dentro da organização estatal e, sobretudo, na própria sociedade, razão de ser do Estado. Isto porque, conforme verificado, comumente surgirão focos de tensão entre direitos fundamentais, os quais precisarão ser dirimidos através da ponderação.

O princípio da proporcionalidade funciona, outrossim, como instrumento de proteção dos direitos fundamentais. Através dele far-se-á o balanceamento necessário entre valores essenciais à coletividade como justiça, igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana e segurança, previstos expressamente na Constituição.

O referido princípio, ao ser utilizado na seara penal *lato sensu*, diante da ordem constitucional vigente, deverá ser observado em sua dupla dimensão: proíbe o excesso de punição ao agente infrator e, simultaneamente, veda a proteção insuficiente do bem jurídico tutelado.

Ao Estado não é lícito aplicar sanção ao agente transgressor da norma penal de forma excessiva, devendo ser, estritamente, justa e proporcional à conduta praticada. No mesmo sentido, não lhe é permitido conferir ao bem jurídico violado proteção em nível insuficiente, posto que necessita de um especial tratamento estatal ante a essencialidade do valor que traduz.

Em não se observando tal equação, inequivocamente quebrar-se-á o essencial equilíbrio que deve existir dentro da organização social e, por via de consequência, dentro do próprio Estado.

Assim, se o legislador excedeu na punição ou não conferiu proteção em nível suficiente ao bem jurídico tutelado, conforme lhe era exigido pela Carta Constitucional, tal excesso/omissão ensejará a inconstitucionalidade da opção política adotada.

Em um Estado Democrático de Direito, sob a ótica do neoconstitucionalismo, compete ao Direito Penal e Processual Penal focar suas normas no combate à prática das infrações que violam os direitos fundamentais, em especial, a dignidade da pessoa humana, bem como as que inviabilizam a efetivação dos propósitos a serem cumpridos pelo poder estatal e expressamente esposados na Lei Maior. Assim, o Direito Penal e Processual Penal passa a ser interpretado à luz da Constituição.

Desta forma, sob o novo enfoque dado ao Direito Penal e Processual Penal, o Estado deixa de ocupar o lugar de oposição com a Sociedade e com o Indivíduo, passando a ser entendido como o responsável pela defesa e, conseqüente, efetivação dos direitos a esses inerentes.

Partindo-se dessa premissa, afirma-se a constitucionalidade da extensão da função de proteção penal a bens jurídicos de interesse da coletividade (interesses transindividuais). Supera-se, deste modo, o entendimento – que não mais se justifica – no sentido de que o Direito Penal, ao exercer a tutela dos denominados bens de natureza transindividual, estaria deslocando-se de sua posição de *ultima ratio*, passando a ter incidência de forma antecipada e não justificada.

Colecionando todos os pensamentos esposados, verifica-se de forma clara na Constituição do Brasil de 1988 um duplo objetivo a ser alcançado na proteção dos direitos humanos-fundamentais pelo Estado: deve-se defendê-los de excessos na punição e, da mesma forma, de omissões na penalização àqueles que os violarem.

Em outras palavras, só terão validade os dispositivos penais e processuais penais se o objetivo a ser alcançado for, sempre, o da proteção integral dos direitos.

Na hipótese de somente os direitos de o agente infrator serem observados, sendo deixados de lado os referentes à preservação do bem jurídico atingido, bem como os da efetiva proteção da coletividade, e vice-versa, o princípio da proporcionalidade não terá sido devidamente respeitado.

A Constituição funcionará como limite às práticas penalizadoras (viés negativo) e despenalizadoras (viés positivo), atendendo-se ao equilíbrio que deve existir nas normas penais e processuais penais, em observância à exegese do princípio da proporcionalidade.

O desenvolvimento dos direitos fundamentais, de simplesmente individuais para coletivos (*lato sensu*), não foi acompanhado pelo Direito Penal e Processual Penal. As escolas doutrinárias que pautaram a ciência jurídico-penal moderna não reconheceram a importância desses valores transindividuais que se sedimentavam dentro da sociedade. Desta forma, a norma penal insistia em restringir-se à tutela exclusiva dos bens jurídicos de cunho individual.

Atento a tal circunstância, o constituinte trouxe para o texto constitucional o reconhecimento de tais valores, conferindo-lhes especial proteção. Conseqüentemente, impõe-se ao legislador a obrigação de auferir a tais valores a devida proteção, em consonância com a orientação da Lei Maior.

Portanto, o bem jurídico penal, que no passado se limitava a valores de caráter individual, hodiernamente passou a abranger, também, os de natureza coletiva (transindividual). Assim, houve uma ampliação na dimensão do conceito de bem jurídico penal, comportando os valores de índole individual e metaindividual.

Diante do avanço da violência e, em especial, da prática de crimes de maior gravidade, tornou-se imperioso um tratamento mais adequado a tais condutas, em especial, com meios de provas consentâneos à velocidade do desenvolvimento da criminalidade.

A necessidade de uma adequada resposta estatal ao referido cenário, visando a defesa da incolumidade pública, levou à utilização do reconhecimento de pessoas por fotografia em sede policial, como uma adaptação ao reconhecimento de pessoas, quando estas não estiverem presentes.

Possui como objetivo imediato o combate mais eficaz à grande velocidade na prática de crimes, conferindo um tratamento processual penal condizente com a realidade.

Entretanto, sua utilização não transcorreu de forma tranquila, sendo motivo de grande controvérsia na doutrina e jurisprudência pátrias.

Decerto que, diante da nova perspectiva que o Direito Processual Penal passou a ter após a entrada em vigor da Constituição da República de 1988, a análise da *vexata questio* presente no reconhecimento fotográfico de pessoas em sede policial necessita de um estudo devidamente pautado pelos novos dogmas da ordem constitucional vigente.

Nesse sentido, a análise da questão em tela implica a verificação dos interesses em conflito, propondo-se como solução uma interpretação com a utilização da técnica da ponderação. Esta, ante a natureza dos direitos em jogo, será feita através do princípio da proporcionalidade, o qual, quando aplicado em matéria penal em sentido amplo, deverá observar dois primas fundamentais: vedar o excesso punitivo estatal sobre o indivíduo, bem como proibir uma proteção deficiente ao bem jurídico protegido que tenha sido violado pela conduta infracional.

Partindo de tais premissas, foram obtidas as seguintes conclusões no estudo de caso veiculado na presente dissertação, pontualmente:

I - O reconhecimento fotográfico do autor de crime em sede policial possui validade, devendo observar as regras contidas nos artigos 226 a 228 do Código de Processo Penal, referentes ao reconhecimento de pessoas e coisas. Tal conclusão decorre de uma interpretação do citado diploma legal através dos critérios teleológico e sistemático.

II - Ocorrendo o reconhecimento fotográfico do autor do crime em sede policial, a investigação penal deverá se valer, também, de outras provas para formação do conjunto probatório. Dessa forma, observa-se o princípio da proporcionalidade em seu duplo viés.

III - Em havendo deflagração de ação penal, na instrução criminal deverá ser realizado o reconhecimento pessoal do acusado pelo sujeito reconhecedor, excetuando-se tal realização apenas nas hipóteses em que tal ato se tornar inviável, tal como ocorre quando o reconhecedor vier a falecer, ou quando o acusado for revel e/ou se negar a participar do reconhecimento. Nessas hipóteses, o reconhecimento fotográfico realizado em sede policial deverá ser valorado em conjunto com as demais provas existentes nos autos, levando-se em conta o *standard* probatório aplicável à respectiva fase do procedimento; estando tal raciocínio em consonância com o duplo viés que o princípio da proporcionalidade possui quando aplicado à norma penal em sentido amplo.

Há, na verdade, dois direitos em conflito: o direito de liberdade (presunção da inocência do indivíduo) X o direito da coletividade à segurança pública, os quais encontram expressa previsão no texto constitucional. Para a solução de tal divergência, a técnica da ponderação apresenta-se como a única forma viável para a harmonização dos mesmos. E, em se tratando de norma penal e processual penal, deverá ser aplicada valendo-se do princípio da proporcionalidade em sua dupla dimensão.

Assim, em observância a essa dupla face do princípio da proporcionalidade, a solução apresentada, obtida através do emprego da técnica da ponderação, observa o duplo viés que o princípio da proporcionalidade possui em matéria penal *lato sensu*, não punindo em excesso o agente infrator, bem como não conferindo proteção insuficiente ao bem jurídico tutelado, qual seja a incolumidade pública.

Referências bibliográficas

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DE LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. 10ª edição. São Paulo: Juspodivum, 2021.

FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal: a dupla face do princípio da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantias: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999, p.106.

FRAGOSO, Cláudio Heleno. *Lições de Direito Penal*. 3º volume. 2ª edição. São Paulo: Bushatsk, 1976, p. 765.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 1997.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 16ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

_____. *Sobre o uso do standard probatório no processo penal*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-26/limite-penal-uso-standard-probatorio-processo-penal>

MORAES, Guilherme Peña de. *Direitos fundamentais: conflitos e soluções*. Niterói: Labor Juris, 2000. p. 65.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. In: *Revista de Estudos Criminais*. Ano 03, nº 12, Sapucaia do Sul: Nota Dez, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. *A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista clássico*. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. nº 22 (julho/dezembro de 2005). Rio de Janeiro, 2006.

_____. *Do Garantismo Negativo ao Garantismo Positivo: a dupla face do princípio da proporcionalidade*. In: *Juris Poiesis – Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá*. Ano 08, nº 07 (janeiro de 2005). Rio de Janeiro.

Site do Superior Tribunal de Justiça (www.stj.jus.br).

Site do Supremo Tribunal Federal (www.stf.jus.br).

Site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (www.tjrj.jus.br).