



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 799758 - SP (2023/0026847-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : GIOVANNA ZANATA BARBOSA E OUTRO
ADVOGADOS : GIOVANNA ZANATA BARBOSA - SP356177
RODRIGO CALBUCCI - SP288108
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL MAREGA MARQUES DE AQUINO
CORRÉU : ALLAN JORDAN PEREIRA MAZETTO
CORRÉU : LUCAS ALMEIDA BRITO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de RAFAEL MAREGA MARQUES DE AQUINO contra decisão monocrática proferida pelo Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que indeferiu o pedido liminar contido no HC n. 2302797-70.2022.8.26.0000.

Depreende-se dos autos que, em 15/11/2022, o paciente foi preso em flagrante delito, juntamente com ALLAN JORDAN PEREIRA MAZETTO e LUCAS ALMEIDA BRITO, pelo suposto cometimento do delito de roubo majorado praticado em face de Daniel Grecco Catalejo (e-STJ fls. 48/103).

No dia seguinte (16/11/2022), em sede de audiência de custódia, houve a conversão da prisão em flagrante em preventiva de todos os acusados (e-STJ fls. 150/152).

Em 21/11/2022, o Ministério Público ofereceu denúncia em desfavor dos três acusados, imputando-lhes a prática dos crimes tipificados no artigo 157, parágrafo 2º, inciso II, c/c o § 2º-A, inciso I, do Código Penal, c/c o artigo 244-B da Lei n. 8069/1990, ambos na forma do artigo 70 do Código Penal, sob a acusação de que, no dia 15 de novembro de 2022, por volta das 6h45, na altura do numeral 2600 da avenida Cantídeo Sampaio, em São Paulo/SP, agindo em concurso de agentes e mediante unidade de desígnios com o adolescente Daniel Henrique de Moraes, subtraíram para eles, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo e mediante violência física, um

aparelho de telefone celular, marca *Samsung*, e um cartão bancário do Banco Itaú, da vítima Daniel Grecco Catalejo (e-STJ fls. 245/249).

Em 25/11/2022, a denúncia foi recebida pelo Juízo da 5ª Vara Criminal de São Paulo/SP, nos autos da ação penal n. 1525496-83.2022.8.26.0228. Na mesma data, foi indeferido pedido de revogação da prisão preventiva formulado pelas defesas dos acusados (e-STJ fls. 255/258).

Em 7/12/2022, após apresentação da resposta à acusação de cada réu, o Juízo de primeiro grau ratificou o recebimento da denúncia, não se verificando hipótese de absolvição sumária, bem como designou o dia 6 de fevereiro de 2022, às 13h45, para a realização de audiência de instrução, debates e julgamento (e-STJ fls. 287/289).

Após, a defesa do paciente protocolou novo pedido de relaxamento da prisão preventiva, alegando em síntese, a nulidade do reconhecimento realizado pela vítima na fase policial.

Contudo, o pleito foi indeferido pelo Juízo singular, em decisão proferida no dia 16/12/2022 (e-STJ fls. 340/341).

Irresignada com a decisão do Juízo da 5ª Vara Criminal de São Paulo/SP que considerou legal o reconhecimento pessoal do paciente e, conseqüentemente, a sua prisão, a defesa do paciente impetrou *habeas corpus* perante a Corte local, com pedido liminar, alegando *que o reconhecimento pessoal do paciente que ensejou a sua prisão é nulo, vez que não seguiu o procedimento previsto no art. 226 do CPP. Diante disso, requerem o relaxamento da prisão, dado que o reconhecimento é o único elemento que sustenta a sua custódia cautelar.*

Em decisão monocrática proferida no dia 20/12/2022, em caráter de plantão, o pedido liminar foi deferido pelo Desembargador MARCELO SEMER, o qual, reconhecendo a ilegalidade no ato de reconhecimento pessoal, determinou o relaxamento da prisão preventiva dos acusados (e-STJ fls. 348/355).

Contudo, após o retorno do recesso forense, o Desembargador Relator. Dr. EDUARDO ABDALLA, cassou a referida decisão liminar e determinou, em decisão monocrática proferida no dia 18/1/2023, o restabelecimento da prisão preventiva dos réus (e-STJ fls. 26/27).

Ressalta-se que, em consulta ao sítio eletrônico do TJSP, especificamente nos autos do HC n. 2302797-70.2022.8.26.0000, ainda não houve o julgamento definitivo do

mandamus pela Corte local, visto que os autos encontram-se conclusos para o Relator desde o dia 2/2/2023.

Daí o presente *habeas corpus*, no qual a defesa alega ser caso de superação da Súmula 691/STF, devendo ser recolhido o mandado de prisão expedido contra o paciente, pois a segregação cautelar encontra-se baseada unicamente em reconhecimento realizado ao arrepio do art. 226 do CPP.

Aduz que o reconhecimento pessoal que deu ensejo à lavratura da prisão em flagrante não seguiu os preceitos elencados no Código de Processo Penal, bem como, em solo policial, todos os imputados negaram a prática delitiva, não houve uma única testemunha ouvida nos autos acerca da ocorrência do alegado roubo e a suposta *res furtiva* sequer foi localizada.

Segundo a inicial, "não foram adotados outros procedimentos obrigatórios que deveriam ser seguidos pela D. Autoridade Policial, quais sejam: (i) a colocação de pessoas que tivessem características físicas semelhantes com as pessoas que deveriam ser reconhecidas e (ii) a assinatura das testemunhas que presenciaram o ato. O que se tem na prática, portanto, é um auto de reconhecimento, realizado em total desacordo com os preceitos legais e que serviu – e segue sendo – como único elemento de informação utilizado para justificar a prisão do PACIENTE" (e-STJ fl. 20).

Ao final, requer, liminarmente e no mérito, seja concedida a ordem, a fim de reconhecer a nulidade que cerca o auto de reconhecimento pessoal, com o consequente recolhimento do mandado de prisão e determinação da expedição de contramandado de prisão.

É o relatório. **Decido.**

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio. Cumpre analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Acerca do rito a ser adotado para o julgamento desta impetração, as disposições previstas nos arts. 64, III, e 202, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça não afastam do relator a faculdade de decidir liminarmente, em sede de *habeas corpus* e de recurso em *habeas corpus*, a pretensão que se conforme com súmula ou com a jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores ou a contrária (AgRg no HC 513.993/RJ, Relator Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 25/06/2019, DJe 01/07/2019; AgRg no HC 475.293/RS, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 27/11/2018, DJe 03/12/2018; AgRg no HC 499.838/SP, Relator Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 11/04/2019, DJe 22/04/2019; AgRg no HC 426.703/SP, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 18/10/2018, DJe 23/10/2018 e AgRg no RHC 37.622/RN, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 6/6/2013, DJe 14/6/2013).

Nesse diapasão, *uma vez verificado que as matérias trazidas a debate por meio do habeas corpus constituem objeto de jurisprudência consolidada neste Superior Tribunal, não há nenhum óbice a que o Relator conceda a ordem liminarmente, sobretudo ante a evidência de manifesto e grave constrangimento ilegal a que estava sendo submetido o paciente, pois a concessão liminar da ordem de habeas corpus apenas consagra a exigência de racionalização do processo decisório e de efetivação do próprio princípio constitucional da razoável duração do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, o qual foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela EC n.45/2004 com status de princípio fundamental* (AgRg no HC 268.099/SP, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 2/5/2013, DJe 13/5/2013).

Na verdade, a ciência posterior do *Parquet*, longe de suplantar sua prerrogativa institucional, homenageia o princípio da celeridade processual e inviabiliza a tramitação de ações cujo desfecho, em princípio, já é conhecido (EDcl no AgRg no HC 324.401/SP, Relator Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 2/2/2016, DJe 23/2/2016).

Em suma, *para conferir maior celeridade aos habeas corpus e garantir a efetividade das decisões judiciais que versam sobre o direito de locomoção, bem como por se tratar de medida necessária para assegurar a viabilidade dos trabalhos das Turmas que compõem a Terceira Seção, a jurisprudência desta Corte admite o julgamento monocrático do writ antes da ouvida do Parquet em casos de jurisprudência*

pacífica (AgRg no HC 514.048/RS, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 06/08/2019, DJe 13/08/2019).

Possível, assim, a análise do mérito da impetração, já nesta oportunidade.

Além disso, não se admite *habeas corpus* contra decisão que indefere liminar proferida em impetração originária, por configurar indevida supressão de instância, consoante dispõe o enunciado 691 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Em situações excepcionais, entretanto, como forma de garantir a efetividade da prestação jurisdicional nas situações de urgência, uma vez constatada a existência de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia, é possível a superação do mencionado enunciado sumular (HC n. 318.415/SP, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 4/8/2015, DJe 12/8/2015).

É a hipótese dos autos.

Como é de conhecimento, a jurisprudência desta Corte Superior vinha entendendo que a eventual inobservância das formalidades previstas no artigo 226 do Código de Processo Penal para o reconhecimento não é causa de nulidade, uma vez que não se trata de exigências, mas de meras recomendações a serem observadas na implementação da medida.

Rompendo com a posição jurisprudencial majoritária até então, a Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, por ocasião do julgamento do HC n. 598.886/SC Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ), realizado em 27/10/2020, propôs nova interpretação do art. 226 do CPP, segundo a qual a inobservância do procedimento descrito no mencionado dispositivo legal torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo.

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

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

2. Segundo estudos da Psicologia moderna, são comuns as falhas e os equívocos que podem advir da memória humana e da capacidade de

armazenamento de informações. Isso porque a memória pode, ao longo do tempo, se fragmentar e, por fim, se tornar inacessível para a reconstrução do fato. O valor probatório do reconhecimento, portanto, possui considerável grau de subjetivismo, a potencializar falhas e distorções do ato e, conseqüentemente, causar erros judiciais de efeitos deletérios e muitas vezes irreversíveis.

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

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

5. De todo urgente, portanto, que se adote um novo rumo na compreensão dos Tribunais acerca das conseqüências 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 judiciais e, conseqüentemente, de graves injustiças.

6. É de se exigir que as polícias judiciárias (civis e federal) realizem sua função investigativa comprometidas com o absoluto respeito às formalidades desse meio de prova. E ao Ministério Público cumpre o papel de fiscalizar a correta aplicação da lei penal, por ser órgão de controle externo da atividade policial e por sua insita função de custos legis, que deflui do desenho constitucional de suas missões, com destaque para a "defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (art. 127, caput, da Constituição da República), bem assim da sua específica função de "zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos [inclusive, é claro, dos que ele próprio exerce] [...] promovendo as medidas necessárias a sua garantia" (art. 129, II).

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

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

9. O primeiro paciente foi reconhecido por fotografia, sem nenhuma

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

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

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

12. Conclusões:

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

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

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

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

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

Dê-se ciência da decisão aos Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais, bem como ao Ministro da Justiça e Segurança Pública e aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, encarecendo a estes últimos que façam conhecer da decisão os responsáveis por cada unidade policial de investigação.

(HC n. 598.886/SC, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma,

julgado em 27/10/2020, DJe de 18/12/2020.)

A proposta do Relator foi acolhida, à unanimidade, pela Sexta Turma, na ocasião e foi reafirmada, posteriormente, nos seguintes julgados: HC n. 631.706/RJ, Relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 18/2/2021; HC n. 545.118/ES, Relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 18/12/2020; RHC n. 133.408/SC, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 18/12/2020; HC n. 630.949/SP, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe de 29/3/2021.

Registro que esse entendimento foi acolhido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 652.284/SC, DE MINHA RELATORIA, em sessão de julgamento realizada no dia 27/4/2021.

O acórdão recebeu a seguinte ementa:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO E PESSOAL REALIZADOS EM SEDE POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. INVALIDADE DA PROVA. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE O TEMA. AUTORIA ESTABELECIDA UNICAMENTE COM BASE EM RECONHECIMENTO EFETUADO PELA VÍTIMA. ABSOLVIÇÃO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO, DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso ou ação cabível, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus. (AgRg no HC 437.522/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/06/2018, DJe 15/06/2018) 2. A jurisprudência desta Corte vinha entendendo que "as disposições contidas no art. 226 do Código de Processo Penal configuram uma recomendação legal, e não uma exigência absoluta, não se cuidando, portanto, de nulidade quando praticado o ato processual (reconhecimento pessoal) de forma diversa da prevista em lei" (AgRg no AREsp n. 1.054.280/PE, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, DJe de 13/6/2017).

Reconhecia-se, também, que o reconhecimento do acusado por fotografia em sede policial, desde que ratificado em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, pode constituir meio idôneo de prova apto a fundamentar até mesmo uma condenação.

3. Recentemente, no entanto, a Sexta Turma desta Corte, no julgamento do HC 598.886 (Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe de 18/12/2020, revisitando o tema, propôs nova interpretação do art. 226 do CPP, para estabelecer que "O reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto, para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa".

4. Uma reflexão aprofundada sobre o tema, com base em uma compreensão do processo penal de matiz garantista voltada para a busca da verdade real de forma mais segura e precisa, leva a concluir que, com efeito, o

reconhecimento (fotográfico ou presencial) efetuado pela vítima, em sede inquisitorial, não constitui evidência segura da autoria do delito, dada a falibilidade da memória humana, que se sujeita aos efeitos tanto do esquecimento, quanto de emoções e de sugestões vindas de outras pessoas que podem gerar "falsas memórias", além da influência decorrente de fatores, como, por exemplo, o tempo em que a vítima esteve exposta ao delito e ao agressor; o trauma gerado pela gravidade do fato; o tempo decorrido entre o contato com o autor do delito e a realização do reconhecimento; as condições ambientais (tais como visibilidade do local no momento dos fatos); estereótipos culturais (como cor, classe social, sexo, etnia etc.).

5. Diante da falibilidade da memória seja da vítima seja da testemunha de um delito, tanto o reconhecimento fotográfico quanto o reconhecimento presencial de pessoas efetuado em sede inquisitorial devem seguir os procedimentos descritos no art. 226 do CPP, de maneira a assegurar a melhor acuidade possível na identificação realizada.

Tendo em conta a ressalva, contida no inciso II do art. 226 do CPP, a colocação de pessoas semelhantes ao lado do suspeito será feita sempre que possível, devendo a impossibilidade ser devidamente justificada, sob pena de invalidade do ato.

6. O reconhecimento fotográfico serve como prova apenas inicial e deve ser ratificado por reconhecimento presencial, assim que possível. E, no caso de uma ou ambas as formas de reconhecimento terem sido efetuadas, em sede inquisitorial, sem a observância (parcial ou total) dos preceitos do art. 226 do CPP e sem justificativa idônea para o descumprimento do rito processual, ainda que confirmado em juízo, o reconhecimento falho se revelará incapaz de permitir a condenação, como regra objetiva e de critério de prova, sem corroboração do restante do conjunto probatório, produzido na fase judicial.

7. Caso concreto: situação em que a autoria de crime de roubo foi imputada ao réu com base exclusivamente em reconhecimento fotográfico e pessoal efetuado pela vítima em sede policial, sem a observância dos preceitos do art. 226 do CPP, e muito embora tenha sido ratificado em juízo, não encontrou amparo em provas independentes.

Configura induzimento a uma falsa memória, o fato de ter sido o marido da vítima, que é delegado, o responsável por chegar à primeira foto do suspeito, supostamente a partir de informações colhidas de pessoas que trabalhavam na rua em que se situava a loja assaltada, sem que tais pessoas jamais tenham sido identificadas ou mesmo chamadas a testemunhar.

Revela-se impreciso o reconhecimento fotográfico com base em uma única foto apresentada à vítima de pessoa bem mais jovem e com traços fisionômicos diferentes dos do réu, tanto mais quando, no curso da instrução probatória, ficou provado que o réu havia se identificado com o nome de seu irmão.

Tampouco o reconhecimento pessoal em sede policial pode ser reputado confiável se, além de ter sido efetuado um ano depois do evento com a apresentação apenas do réu, a descrição do delito demonstra que ele durou poucos minutos, que a vítima não reteve características marcantes da fisionomia ou da compleição física do réu e teve suas lembranças influenciadas tanto pelo decurso do tempo quanto pelo trauma que afirma ter sofrido com o assalto.

8. Tendo a autoria do delito sido estabelecida com base unicamente em questionável reconhecimento fotográfico e pessoal feito pela vítima, deve o réu ser absolvido.

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para absolver o paciente.

(HC n. 652.284/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 27/4/2021, DJe de 3/5/2021.)

Nessa perspectiva, entendeu-se que o acusado não pode ser condenado com base, apenas, em eventual reconhecimento falho, ou seja, sem o cumprimento das formalidades previstas no art. 226 do CPP, as quais constituem, em verdade, garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um delito.

Nessa linha de inteligência, não há como manter uma segregação cautelar baseada apenas em reconhecimento falho ou duvidoso, sem a observância do procedimento previsto no art. 226 do CPP.

Ao ensejo, destaco o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal, da relatoria do e. Ministro Gilmar Mendes:

Recurso ordinário no habeas corpus. Conhecimento. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite o manejo excepcional do habeas corpus como substitutivo de revisão criminal, em casos de manifesta ilegalidade. Condenação fundamentada exclusivamente no reconhecimento fotográfico, embora renovado em Juízo, ambos em desacordo com o regime procedimental previsto no art. 226 do CPP. Superação da ideia de “mera recomendação”. Tipicidade processual, sob pena de nulidade. 1. O reconhecimento de pessoas, presencial ou por fotografia, 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 e para uma verificação dos fatos mais justa e precisa. 2. A inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita, de modo que tal elemento não poderá fundamentar eventual condenação ou decretação de prisão cautelar, mesmo se referido e confirmado o reconhecimento em Juízo. Se declarada a irregularidade do ato, eventual condenação já proferida poderá ser mantida, se fundamentada em provas independentes e não contaminadas. 3. A realização do ato de reconhecimento pessoal carece de justificação em elementos que indiquem, ainda que em juízo de verossimilhança, a autoria do fato investigado, de modo a se vedarem medidas investigativas genéricas e arbitrárias, que potencializam erros na verificação dos fatos. Recurso em habeas corpus provido, para absolver o recorrente, ante o reconhecimento da nulidade do reconhecimento pessoal realizado e a ausência de provas independentes de autoria.

(RHC 206846, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 22/02/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 24-05-2022 PUBLIC 25-05-2022) - negritei.

Na hipótese, observa-se que o Desembargador plantonista, Dr. MARCELO SEMER, com base em recente jurisprudência do STJ sobre o reconhecimento de pessoas, notou as irregularidades no reconhecimento dos réus e deferiu a liminar, expedindo alvará de soltura em favor do paciente e dos corréus.

Veja-se (e-STJ fls. 348/355):

Vistos.

Trata-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado por Rodrigo

Calbucci e Giovanna Zanata Barbosa, em favor de Rafael Marega Marques de Aquino, contra ato da MM. Juízo da 5ª Vara Criminal de São Paulo, que, nos autos da prisão em flagrante nº 1525496-83.2022.8.26.0228, considerou legal o reconhecimento pessoal do paciente e, conseqüentemente, a sua prisão.

Em suas razões (fls. 01/18), os impetrantes alegam que o reconhecimento pessoal do paciente que ensejou a sua prisão é nulo, vez que não seguiu o procedimento previsto no art. 226 do CPP. Diante disso, requerem o relaxamento da prisão, dado que o reconhecimento é o único elemento que sustenta a sua custódia cautelar.

Pois bem.

Dos autos, consta que o paciente e outras três pessoas dentre elas, um adolescente foram presos em flagrante no dia 15/11/2022 pela suposta prática de roubo majorado, tipificado no art. 157, § 2º, II, do Código Penal.

A vítima teria marcado um encontro via aplicativo de relacionamento quando, no local combinado, foi abordada por 5 indivíduos que, mediante violência e o emprego de arma de fogo, subtraíram seu celular e um cartão bancário. Apenas conseguiu escapar porque lutou com os bandidos e acabou entrando num ônibus municipal.

De volta ao local dos fatos, onde seu carro estava estacionado, e já na presença de policiais militares, a vítima teria identificado os ladrões dentro de um veículo que passava pela avenida. Diante disso, o automóvel foi abordado pela polícia, e as quatro pessoas que estavam no seu interior dentre elas, o paciente foram encaminhadas à Delegacia.

Em solo policial, a vítima fez o reconhecimento pessoal dos suspeitos (fls. 36), o que motivou a lavratura da prisão em flagrante. Já em audiência de custódia, a MM. Juíza Plantonista da 00ª CJ Capital, considerando o flagrante em ordem, homologou a prisão e a converteu em preventiva (fls. 122-124).

A defesa de Rafael apresentou novo pedido de relaxamento da prisão, alegando nulidade do reconhecimento realizado na fase policial. Contudo, o MM. Juiz da 5ª Vara Criminal da Capital indeferiu o pedido sustentando que: “o reconhecimento observou estritamente o procedimento do art. 226 do Código de Processo Penal. Foi documentado no auto de fls. 17, no qual constou que a vítima descreveu os sinais característicos da pessoa a ser reconhecida e, em seguida, em local onde se encontravam várias pessoas, procedeu ao reconhecimento. Inexistente, assim, a nulidade aventada pelos doutos defensores” (fls. 312).

Inconformada com a decisão, a defesa de Rafael impetrou o presente writ, que, prevento à 6ª Câmara de Direito Criminal, sob relatoria do E. Des. Eduardo Abdalla, foi distribuído a este magistrado, como apreciador de medidas urgentes, em sede de plantão judiciário.

Tendo em vista o contexto fático dos autos, vislumbro constrangimento ilegal a ensejar o deferimento da liminar.

Em primeiro lugar, necessário destacar que pedidos apresentados durante o plantão judiciário apenas podem ser concedidos em hipóteses excepcionabilíssimas, para que não haja violação ao princípio do juiz natural.

No caso, apesar de a discussão referente à prisão de Rafael e a dos outros envolvidos já ter sido proposta anteriormente em sede de habeas corpus nos autos de nº 2285753-38.2022.8.26.0000, 2285287-44.2022.8.26.0000 e 2295453-38.2022.8.26.0000, distribuídos ao E. Desembargador Eduardo Abdalla da 6ª Câmara de Direito Criminal, ela se circunscreveu à necessidade ou não da manutenção da prisão preventiva. Nos habeas corpus mencionados, o E. Desembargador Relator apenas indeferiu os pedidos liminares, limitados à concessão da liberdade provisória, por não vislumbrar o periculum in mora e o fumus boni iuris no pleito dos pacientes.

Quanto à questão da ilegalidade do reconhecimento pessoal, ela nunca havia

sido proposta ao Tribunal. Tanto é que a decisão da autoridade coatora, que indeferiu o pedido de relaxamento da prisão do paciente, foi tomada às vésperas do recesso, inclusive para evitar que ficasse sobrestado até a retomada das atividades forenses (fls. 312).

Nesse sentido, o caso trata de hipótese que se adequa ao regime extraordinário do plantão judiciário.

Sobre o objeto da demanda, considero, preliminarmente, que o ato de reconhecimento pessoal, conduzido pela autoridade policial, não seguiu os ditames legais previstos no art. 226 do Código de Processo Penal, cuja moderna jurisprudência STJ entende como obrigatórios, e não apenas meras recomendações do legislador:

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

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

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

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

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

5. De todo urgente, portanto, que se adote um novo rumo na compreensão dos Tribunais acerca das conseqüências da atipicidade

procedimental do ato de reconhecimento formal de pessoas; não se pode mais referendar a jurisprudência que afirma se tratar de mera recomendação do legislador, o que acaba por permitir a perpetuação desse foco de erros judiciários e, conseqüentemente, de graves injustiças.

6. É de se exigir que as polícias judiciárias (civis e federal) realizem sua função investigativa comprometidas com o absoluto respeito às formalidades desse meio de prova. E ao Ministério Público cumpre o papel de fiscalizar a correta aplicação da lei penal, por ser órgão de controle externo da atividade policial e por sua ínsita função de custos legis, que deflui do desenho constitucional de suas missões, com destaque para a "defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (art. 127, caput, da Constituição da República), bem assim da sua específica função de "zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos [inclusive, é claro, dos que ele próprio exerce] [...] promovendo as medidas necessárias a sua garantia" (art. 129, II). (HC nº 598.886/SC, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma do STJ, j. 27/10/2020, g. n.).

Tendo como base o relato simplificado do auto de reconhecimento (fls. 36), percebe-se que não há transcrição da descrição prévia das pessoas que foram reconhecidas pela vítima, o que viola o inciso I do art. 226. Há apenas uma menção genérica a tal obrigação.

Com efeito, também não consta descrição sobre como o ato foi realizado. Impossível saber, por exemplo, se os investigados foram reconhecidos pela vítima em conjunto ou se o reconhecimento ocorreu separadamente para cada suspeito; ou quantas pessoas com características semelhantes aos investigados participaram do procedimento.

Diante do aparente descumprimento das diretrizes no art. 226 do CPP, torna-se, por ora, duvidoso o reconhecimento dos envolvidos.

E como esse é o único elemento que serve de subsídio para determinar a autoria delitiva, inviável convalidar a legalidade da prisão do paciente e dos demais réus.

[...]

Não bastassem as irregularidades do próprio ato de reconhecimento pessoal, algumas informações contidas nos autos só reforçam as dúvidas em relação ao reconhecimento dos agentes presos. A vítima, por exemplo, comentou em seu depoimento que um dos ladrões usava uma camiseta do time de futebol Borussia Dortmund (fls. 35); já os policiais que efetuaram a abordagem, em conversa com uma testemunha ocular do assalto, souberam que a vítima foi agredida por indivíduo que usava uma camiseta branca (fls. 31/33). Porém, analisando a gravação audiovisual da audiência de custódia, percebe-se que nem o paciente e nem os outros indiciados usavam roupas com tais características.

Ou seja, além da ilegalidade presente no ato de reconhecimento pessoal, as informações contidas no auto de prisão em flagrante não dão conta de sustentar a autoria delitiva, e, conseqüentemente, embasar a prisão dos envolvidos. Nesse sentido, a prisão do paciente deve ser imediatamente relaxada, estendendo-se a decisão também aos outros jovens que, com ele, foram presos.

Mas isso não significa que, no curso da instrução processual, não seja possível detalhar as circunstâncias em que se deu o reconhecimento feito pela vítima ou realizar novas diligências, motivo pelo qual a decisão que ora se profere tem limites no exíguo momento processual.

Expeça-se o competente alvará de soltura clausulado em favor de Rafael, Lucas e Allan Jordan.

Encaminhem-se os autos ao E. Relator prevento.

Int. - negritei.

Ocorre que, após o retorno do recesso forense, o Desembargador Relator, monocraticamente, cassou a referida decisão liminar, em síntese, sob o singelo argumento de que o ato de reconhecimento foi realizado "logo depois dos fatos" e, por isso, seria um ato legítimo e legal.

Confira-se (e-STJ fls. 26/27):

VISTOS

Trata-se de HABEAS CORPUS impetrado pelos advogados RODRIGO CALBUCCI e GIOVANNA ZANATA BARBOSA, em favor de RAFAEL MAREGA MARQUES DE AQUINO, apontando, como AUTORIDADE COATORA, o JUÍZO DE DIREITO DA 5ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE SÃO PAULO.

Aduzem que o paciente sofre constrangimento ilegal, decorrente de decisão que manteve sua custódia cautelar, carente de fundamentação idônea, sustentando, ainda, irregularidade no reconhecimento - sem observância do CPP, art. 226 -, cujo relaxamento pretendem, liminarmente. A final, concessão da ordem, em definitivo.

O pedido de liminar foi apreciado e deferido em âmbito de plantão aos 20/12/22 - alcançando, também, os réus Lucas e Allan.

Os autos vieram-me conclusos após regular distribuição.

É o relatório.

Respeitado o entendimento do Ilustre Desembargador Plantonista e com todas as vênias, entendo que o caso não comportava concessão de liminar.

O paciente teve a prisão em flagrante convertida em preventiva, por ter, em tese, cometido os crimes previstos no CP, art. 157, § 2º, II, c. c. o § 2º-A, I e Lei nº 8.069/90, art. 244-B.

Realmente, os fatos, em concreto, se revestiram de maior temibilidade, pois houve violência - empurrões e chutes -, além de grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo, para a suposta subtração dos bens do ofendido em plena via pública.

De mais a mais, o reconhecimento do paciente, demais réus e adolescente foi realizado logo depois dos fatos, ao serem capturados após perseguição, tudo a recomendar o encarceramento para manutenção da paz e ordem pública, reservando-se, à Douta Turma Julgadora, a solução da questão em toda a sua extensão, até porque não cabe exame exauriente em tutela de urgência.

Demonstrados os requisitos do CPP, arts. 282, II e 312, caput, evidenciado o possível dano (periculum in mora) com a manutenção da liberdade, casso a liminar concedida, restabelecendo a prisão preventiva de RAFAEL MAREGA MARQUES DE AQUINO, LUCAS ALMEIDA BRITO e ALLAN JORDAN PEREIRA MAZETTO.

Comunique-se à Origem, com urgência, para expedição de mandados de prisão, dispensadas, contudo, informações adicionais.

Vista à PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA. - negritei.

Assim, verifica-se que o Relator, Dr. EDUARDO ABDALLA, restabeleceu a prisão preventiva em desfavor dos réus, ignorando a nulidade que macula o auto de reconhecimento realizado na fase policial – frise-se, único elemento de informação que aponta a suposta autoria delitiva.

No caso, observa-se que o paciente e os corréus não estavam em posse dos bens supostamente subtraídos da vítima, bem como há diversas inconsistências no procedimento de reconhecimento, especialmente porque não consta descrição sobre como o ato foi realizado e inexistente transcrição da descrição prévia das pessoas que foram reconhecidas pela vítima, o que, por si só, viola o inciso I do art. 226 do CPP.

Ademais, cumpre ressaltar que, conforme foi acertadamente consignado pelo Relator plantonista, a determinação do relaxamento da prisão do paciente ***não significa que, no curso da instrução processual, não seja possível detalhar as circunstâncias em que se deu o reconhecimento feito pela vítima ou realizar novas diligências, motivo pelo qual a decisão que ora se profere tem limites no exíguo momento processual.***

Portanto, configura-se o constrangimento ilegal, a justificar a superação da Súmula n. 691/STF, na medida em que o paciente terá, em breve, a sua liberdade privada com base em um auto de reconhecimento nulo, posto que não seguiu os ditames previstos no artigo 226 do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, não conheço do presente *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício, para determinar o recolhimento do mandado de prisão expedido em nome do paciente.

Estendo os efeitos desta decisão aos corréus LUCAS ALMEIDA BRITO e ALLAN JORDAN PEREIRA MAZETTO, nos termos do art. 580 do CPP, por idêntica a situação processual.

Comunique-se, com urgência, ao Tribunal impetrado e ao Juízo de primeiro grau, encaminhando-lhes o inteiro teor da presente decisão.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Intimem-se.

Brasília, 03 de fevereiro de 2023.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator