

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 206.846 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Trata-se de substitutivo de revisão criminal.

1. Do conhecimento do recurso e limites cognitivos ao *habeas corpus*

Muito embora a PGR sustente a inadmissibilidade do manejo do *habeas corpus* após o trânsito em julgado da sentença condenatória, a jurisprudência deste Tribunal admite a impetração em casos de manifesta ilegalidade:

“Agravos regimentais no habeas corpus. 2. Recurso da PGR. 3. Habeas corpus como substitutivo de revisão criminal. Possibilidade. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite o manejo excepcional do habeas corpus como substitutivo de revisão criminal, em casos de manifesta ilegalidade. 4. Afastamento do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, apenas em razão da quantidade da droga. Impossibilidade. 5. Agravo desprovido.” (AgR no HC 193.877, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 18.12.2020)

De igual modo, não há impedimento para determinada incursão fático-probatória em sede de *habeas corpus*, como já decidiu a Segunda Turma desta Corte.

Em *habeas corpus*, não é possível se proceder à dilação probatória, mas nada impede que o julgador analise as provas e documentos que já estão nos autos. Se não for possível examiná-los, de nada adianta exigir do impetrante que “apresente prova pré-constituída” no momento da impetração. Nesse sentido:

“Agravos regimentais no habeas corpus. 2. No habeas

corpus, é vedada a dilação probatória, devendo o impetrante instruí-lo com provas préconstituídas, nas quais fundamenta seu pedido. Possibilidade de reexame, que não se confunde com dilação probatória. 3. Concessão da ordem de ofício diante de manifesta e ululante ilegalidade. Possibilidade. 4. Agravo regimental não provido.” (AgR no HC 174.977, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 12.2.2020)

Ademais, existem temas que inerentemente demandam análise de elementos que constem nos autos. Por exemplo, como se pode examinar a existência de *fumus commissi delicti* para uma prisão preventiva sem verificar os fundamentos fáticos que a legitimam?

Portanto, a análise em sede de *habeas corpus* possui uma cognição limitada ao Tribunal *ad quem*. Não se trata de vedar, abstratamente, qualquer reexame fático ou probatório. Contudo, a via estreita do *habeas corpus* permite um contato limitado com a situação fática do caso concreto. Essa ação constitucional tem como objetivo tutelar direitos fundamentais do imputado, que coloquem em risco a sua liberdade ainda que indiretamente.

Nesses termos, a partir dos elementos juntados aos autos e, especialmente, dos fundamentos assentados nas decisões dos juízos anteriores, deve-se verificar a ocorrência de ilegalidade de modo a garantir-se a proteção efetiva dos direitos fundamentais no processo penal.

2. Problemas relacionados às provas dependentes da memória e medidas necessárias para aprimorar a sua confiabilidade

O processo penal busca verificar a tese acusatória em um procedimento desenvolvido em contraditório, perante um juízo imparcial e com respeito ao devido processo. Portanto, o processo penal é um instrumento de limitação do poder punitivo estatal, o qual será liberado pelo Estado-juiz somente se verificada a hipótese acusatória e superada a

presunção de inocência.

A verificação da tese acusatória invariavelmente se realiza a partir da reconstrução dos fatos passados, de modo a constatar-se se o fato criminoso imputado ocorreu e se foi praticado pela pessoa indicada como autora.

Em grande medida, diversos dos meios probatórios, especialmente aqueles mais tradicionais, como a prova testemunhal e o reconhecimento de pessoas, dependem necessariamente da memória, a qual, como tudo no ser humano, é passível de falhas, desejadas ou involuntárias.

Está comprovado cientificamente que o relato de testemunhas pode ser influenciado por agentes externos (humanos ou não), tendo em vista a fragilidade da memória. A partir de pesquisa empírica, concluiu-se que “os resultados obtidos neste e em outros estudos reforçam a concepção de que testemunhas oculares são facilmente suscetíveis a erros devido a efeitos de influência social e sugestibilidade” (SARAIVA, Renan B. et al. Conformidade entre testemunhas oculares: efeitos e falsas informações nos relatos criminais. *Psico-USF*, v. 20, n. 4, p. 87-96, jan./abr. 2015).

É importante perceber que as provas dependentes da memória podem ser alteradas dolosamente pelo depoente (uma mentira, por ex.), mas, em muitos casos, nem mesmo ele tem consciência do erro em que incorre. Ou seja, uma pessoa pode relatar fatos com total certeza de sua precisão, em conformidade com o que pensa ter ocorrido, mas suas recordações podem ter sido suprimidas, enfraquecidas ou, até mesmo, alteradas por fatores externos. Trata-se do fenômeno das falsas memórias (STEIN, Lilian Milnitsky. *Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Artmed, 2010).

Assim, “*uma prova testemunhal oriunda de um relato distorcido (falsas memórias sugeridas pelo próprio juiz) decide o fluxo de uma decisão*” (HENRIQUES, Catarina G. *O Testemunho e as Distorções da Memória*. Dialética, 2020).

Portanto, pode-se afirmar que as provas dependentes da memória são passíveis de erros em razão da própria falibilidade da memória humana. Assim, devem ser adotadas medidas para tentar reduzir o risco de falhas e, conseqüentemente, aprimorar a confiabilidade da prova produzida. Ou seja, deve-se primar por uma **postura de redução de danos** (ÁVILA, Gustavo N. *Falsas Memórias e Sistema Penal*. Lumen Juris, 2013. p. 304).

E, para isso, existem achados científicos que devem embasar o estabelecimento das rotinas, ou seja, impõe-se a **adoção de uma metodologia orientada por evidências científicas**. Em estudo detalhado com recomendações objetivas de como deve ser feito o reconhecimento de pessoas, William Ceconello e Lilian Stein concluem que *“implementar procedimentos que assegurem um reconhecimento justo, e assim prevenir um falso reconhecimento, permanece um desafio que pode ser superado através do diálogo entre pesquisas científicas e a prática do sistema de justiça”* (CECCONELLO, William W.; STEIN, Lilian M. Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos. *Avances en Psicologia Latinoamericana*, v. 38, n. 1, 2020. p. 183).

Embora as temáticas das falsas memórias e dos riscos das provas dependentes das memórias tenham sido objeto de discussões mais frequentes no Judiciário brasileiro, isso **ainda não se reflete diretamente em maiores cautelas no procedimento de tais meios probatórios**.

A partir de pesquisa empírica, concluiu-se que *“apesar de a tese da presença de falsas memórias na prova oral estar sendo frequentemente suscitada no âmbito recursal, o fenômeno não tem tido grande repercussão no resultado do processo, haja vista o número de decisões que o afastaram sem qualquer embasamento técnico científico que o tema exige”* (BALDASSO, Flaviane; ÁVILA, Gustavo N. A Repercussão do Fenômeno das Falsas Memórias na Prova Testemunhal: uma análise a partir dos Julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 4, n. 1, 2018. p. 406).

Portanto, impõe-se a análise do tema com o rigor necessário à sua complexidade, pautado nas constatações científicas existentes atualmente.

3. O reconhecimento como meio probatório: procedimento legal e aplicação prática

O reconhecimento de pessoas e coisas é um *“meio de prova utilizado com a finalidade de obter a identificação de pessoa ou coisa, por meio de um processo psicológico de comparação com elementos do passado”* (LOPES, Mariângela T. *O reconhecimento como meio de prova: necessidade de reformulação do direito brasileiro. Tese de Doutorado em Direito – Universidade de São Paulo, 2011. p. 23*).

Previsto no Código de Processo Penal, o reconhecimento de pessoas possui um regramento detalhado, com requisitos para a sua realização nos termos do art. 226:

“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.”

Além disso, o art. 228 determina 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”*. Trata-se de

medida orientada a evitar o risco do efeito de suscetibilidade de co-testemunhas, constatado cientificamente a partir de pesquisas empíricas em psicologia cognitiva (ITO, H.; et. al. Eyewitness Memory Distortion Following Co-Witness Discussion. *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, v. 8, p. 619, 2018).

Ambos os dispositivos estão inalterados desde 1941, pois redigidos na forma original do Código, sem modificações por leis posteriores. Sem dúvidas, há o que aprimorar na legislação atual, como a adoção de um método de alinhamento justo, o qual pressupõe outras medidas além daquelas determinadas na octogenária redação do art. 226, como:

a) um número mínimo de *fillers* (pessoas semelhantes ao investigado apresentadas juntamente a ele no momento do reconhecimento, mas que se sabe inocentes);

b) as instruções que devem ser dadas ao reconhecedor antes do procedimento, como a informação de que o autor do fato pode ou não estar entre as pessoas exibidas, e a vedação a *feedbacks* confirmatórios depois do ato;

c) idealmente, deve-se adotar procedimento duplo-cego, em que os servidores que organizam o reconhecimento também não sabem quem é o suspeito em identificação;

d) devem ser estabelecidos “critérios de ‘suspeita razoável’ para realizar o procedimento, ou seja, as investigações devem levar ao reconhecimento, não partir deste”.

Essas são algumas recomendações da doutrina, pautadas por pesquisas científicas consistentes, que podem orientar os avanços futuros do procedimento probatório em questão (CECCONELLO, William W.; STEIN, Lilian M.; DE AVILA, Gustavo N. Novos rumos para o reconhecimento de pessoas no Brasil? Perspectivas da Psicologia do Testemunho frente à decisão HC 598.886-SC. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 177, p. 359-368, 2021).

Nesse sentido, vale citar o Projeto de Lei 676/2021, aprovado no Senado e em debate na Câmara dos Deputados, o qual trata da temática e

está subsidiado por relevantes contribuições científicas.

Contudo, conforme pesquisa empírica desenvolvida no Projeto Pensando o Direito, fomentado pelo Ministério da Justiça em 2015, verifica-se que, **na prática, a regra é o desrespeito até mesmo do procedimento básico previsto no art. 226 do CPP**, visto que em geral o método utilizado é de *showup*, ou seja, a exibição de somente um suspeito para que seja reconhecido. Tal sistemática é amplamente criticada por especialistas, visto que “expõe a vítima/testemunha à possível distorção de sua memória para o verdadeiro suspeito” (Ministério da Justiça. Avanços Científicos em Psicologia do Testemunho Aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses. Lilian Stein coord. *Pensando o Direito* n. 59, p. 50).

Ou seja, mesmo o procedimento determinado pelo art. 226 do CPP não é respeitado na prática do sistema penal. Contudo, tal sistemática consolida uma “*condição de credibilidade do instrumento probatório, refletindo na qualidade da tutela jurisdicional prestada e na própria confiabilidade do sistema judiciário de um país*” (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 14.ed. Saraiva, 2017 p. 490).

Há muito, sustenta-se na doutrina especializada a **necessidade de respeito ao procedimento expressamente regulado no CPP para a realização do reconhecimento**, sob pena de nulidade (LOPES, Mariângela T. *O reconhecimento como meio de prova: necessidade de reformulação do direito brasileiro*. Tese de Doutorado em Direito – Universidade de São Paulo, 2011. p. 188).

Além disso, pode-se afirmar que a desatenção às regras procedimentais determinadas na legislação potencializa brechas para abusos ou mesmo reprodução de desigualdades e preconceitos sociais, como o racismo estrutural que fomenta a seletividade do sistema penal (DIAS, Camila C. “Olhos que condenam”: uma análise autoetnográfica do

reconhecimento fotográfico no processo penal. *Revista AJURIS*, v. 47, n. 148, jun./2020).

4. Legalidade probatória e nulidade em caso de atipicidade processual

Portanto, embora relativizado pela jurisprudência tradicionalmente, o procedimento probatório previsto no art. 226 do CPP precisa ser respeitado. A sua desconsideração autoriza más práticas, avessas às constatações científicas, o que potencializa erros dos atores da persecução penal (FERNANDES, Lara T. *Prova testemunhal no processo penal*. 2ed. Emais, 2020. p. 264).

Trata-se de meio de prova típico, que deve seguir o rito legalmente determinado para a sua produção. Ainda que o dispositivo preveja que a forma deve ser atendida “se possível”, **tal flexibilização somente pode ser admitida em casos excepcionais, quando totalmente inviável a conformidade ao modelo legal e após atuação ativa dos órgãos estatais para tentar atendê-lo, o que deverá ser detalhadamente justificado pelo juízo.**

Ademais, destaca-se que a **repetição do ato de reconhecimento por diversas vezes não é uma garantia de maior precisão e confiabilidade**, especialmente se a primeira vez foi realizada de um modo a eventualmente induzir uma falsa memória. Ou seja, simplesmente repetir em juízo um reconhecimento realizado na fase policial em total desrespeito à forma não garante a precisão da prova produzida.

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

Ademais, a **repetição em juízo do ato anteriormente produzido em desconformidade legal não garante a sua confiabilidade**, de modo que igualmente não se presta a fundamentar a condenação.

O juízo deverá sempre analisar a prova produzida e, existindo irregularidade em sua produção, desconsiderar o seu resultado, visto que imprestável para fins condenatórios. Assim, a **sentença poderá, eventualmente, justificar-se em outras provas produzidas em contraditório e independentes daquela considerada nula**.

5. O reconhecimento fotográfico

Embora, como visto, o reconhecimento pessoal esteja expressamente regulado pelo CPP, não se trata diretamente da possibilidade de sua realização por meio fotográfico. Em perspectiva crítica, na doutrina, sustenta-se a sua inadmissibilidade por violação ao procedimento previsto no art. 226 do CPP:

“Todavia, o reconhecimento fotográfico não é prova atípica, mas um meio de prova irritual, que vulnera o procedimento probatório previsto no art. 226, substituindo a segunda fase de comparação física e ao vivo da pessoa a ser reconhecida pela comparação fotográfica. Não se trata, pois, de um simples caso de prova atípica, que seria admissível ante a regra do livre convencimento judicial. As formalidades de que se cerca o reconhecimento pessoal são a própria garantia da viabilidade do reconhecimento como prova, visando a obtenção de um elemento mais confiável de convencimento.” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 5 ed. RT, 2017, p. 490-491).

Por outro lado, a partir de estudos científicos, pode-se sustentar que, se atendidos os parâmetros de integridade em seu procedimento, “*não há substanciais vantagens epistêmicas na adoção do reconhecimento presencial em detrimento do reconhecimento fotográfico*”. Assim, há espaço para aprimoramento e regulação do reconhecimento fotográfico, desde que

ressaltada a *“imprescindibilidade de um alinhamento justo, de instruções adequadas e de ausência de feedbacks”* (MATIDA, Janaina; CECCONELLO, William W. Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, n. 1, p. 409-440, jan./abr. 2021).

Contudo, na prática a realização de reconhecimentos pessoais muitas vezes tem ocasionado violações e riscos manifestos à sua confiabilidade. Conforme assentado pelo Min. Rogério Schietti, em julgamento no Superior Tribunal de Justiça: *“Mais ainda se revela frágil e perigosa a prova decorrente do reconhecimento pessoal quando se realiza por exibição ao reconhecedor de fotografia do suspeito, quase sempre escolhida previamente pela autoridade policial, quer por registros já existentes na unidade policial, quer por imagens obtidas pela internet ou em redes sociais. E, mesmo quando se procura seguir, com adaptações, o procedimento indicado no CPP para o reconhecimento presencial, não há como ignorar que o caráter estático, a qualidade da foto, a ausência de expressões e trejeitos corporais e a quase sempre visualização apenas do busto do suspeito comprometem a idoneidade e a confiabilidade do ato”*.

Assim, diante da ausência de regulação normativa e das deficiências práticas verificadas, o **reconhecimento fotográfico deve ser analisado com cautelas**, como uma etapa preliminar de investigação e que deve seguir o procedimento determinado no art. 226 do CPP. Ademais, é necessário realizar a produção posterior em juízo e a sua corroboração em outros elementos probatórios produzido em contraditório na fase judicial.

6. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o reconhecimento de pessoas

Tradicionalmente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tendia a não declarar nulidade de reconhecimento pessoal produzido em desconformidade com o disposto no art. 226 do CPP:

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS.

SUSTENTAÇÃO ORAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA E ACÓRDÃO: MOTIVAÇÃO. RECONHECIMENTO PESSOAL. PROVA: EXAME. I. - A sustentação oral é uma faculdade concedida às partes, que as utiliza, ou não. Não há falar em nulidade do julgamento, se o defensor do réu, apesar de regularmente intimado, não comparece ao Tribunal, por motivo de força maior, deixando, assim, de fazer sustentação oral. Prejuízo à defesa não demonstrado. II. - Acórdão suficientemente fundamentado. III. - **Reconhecimento pessoal que, mesmo sem atender rigorosamente ao disposto no art. 226 do CPP, não é de molde a ensejar a anulação da prova assim obtida.** IV. - O exame de prova é inviável nos estreitos limites do habeas corpus. V. - H.C. indeferido". (HC 73.839, Relator Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, DJ 27.3.1998)

Contudo, considerados os achados científicos e os dados da concretização prática da justiça criminal brasileira, é necessário avançar em tal ponto. E, nessa perspectiva, já se encontram decisões desta Corte em sentido de maior rigor na observância das formalidades para o reconhecimento de pessoas. Mesmo em acórdão de 1998, o Min. Marco Aurélio já destacava a importância do respeito à forma prevista na legislação:

"RECONHECIMENTO - FORMALIDADES - NATUREZA - INOBSERVÂNCIA. As formalidades previstas no artigo 226 do Código de Processo Penal são essenciais à valia do reconhecimento, que, inicialmente, há de ser feito por quem se apresente para a prática do ato, a ser iniciado com a descrição da pessoa a ser reconhecida. Em seguida, o suspeito deve ser colocado ao lado de outros que com ele guardem semelhança, a fim de que se confirme o reconhecimento. A cláusula "se for possível", constante do inciso II do artigo de regência, consubstancia exceção, diante do princípio da razoabilidade. O vício não fica sanado pela corroboração do reconhecimento em juízo, também efetuado sem as formalidades referidas.

Precedentes: Habeas-Corpus nºs 42.957/GB e 70.936/SP, relatados pelos Ministros Aliomar Baleeiro e Sepúlveda Pertence, perante a Segunda e Primeira Turmas, com arestos veiculados nos Diários da Justiça de 12 de outubro de 1966 e 6 de setembro de 1996, respectivamente”. (HC 75.331, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, DJ 6.3.1998)

Destaco uma recente decisão monocrática do eminente Ministro Alexandre de Moraes. No HC 172.606 (DJe 5.8.2019), absolveu-se o réu, em razão de a condenação haver sido lastreada apenas no reconhecimento fotográfico realizado na fase policial. Afirmou-se que “*o controverso reconhecimento fotográfico realizado durante a investigação policial seguiu procedimento pouco ortodoxo, não tendo sido confirmado por subsequente reconhecimento pessoal na Polícia – apesar da insistência da Promotoria de Justiça –, nem durante a instrução processual perante a autoridade judicial*”.

Em julgado de 2020 da Primeira Turma, assentou-se a importância de respeito às formalidades legais para confiabilidade da prova e que o reconhecimento fotográfico não é idôneo para embasar a condenação, por si só:

“RECONHECIMENTO PESSOAL – ARTIGO 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – VALOR PROBATÓRIO. O valor probatório do reconhecimento pessoal há de ser analisado considerando o atendimento às formalidades do artigo 226 do Código de Processo Penal, bem assim o confronto da descrição fornecida com os atributos físicos da pessoa identificada, de modo que a discrepância da narrativa com as verdadeiras características do acusado reduz significativamente a relevância probatória do reconhecimento. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO – FUNDAMENTO – DECISÃO CONDENATÓRIA. A utilização do reconhecimento fotográfico na condenação pressupõe existirem outras provas, obtidas sob o crivo do contraditório, aptas a corroborá-lo, revelando-se desprovida de fundamentação idônea decisão lastreada, unicamente, nesse meio de prova”. (HC 157.007, Rel. Min.

Recentemente, no RHC 176.025 (rel. Min. Marco Aurélio, pendente de publicação o acórdão), a Primeira Turma deu provimento ao recurso para absolver o paciente, visto que *“a condenação fez-se lastreada em reconhecimento fotográfico realizado na fase pré-processual, reiterado em Juízo, e em depoimento que se revelou meramente instrumental”*. Ademais, *“a ratificação, em Juízo, não o qualifica como dado autônomo, apto a lastrear a condenação”*, além de que *“a menção a depoimento do policial civil, no que apenas confirmou a realização do reconhecimento, nada acrescentando em relação à autoria do crime, surge insubsistente”*.

Portanto, esta Corte tem avançado no sentido de ressaltar a importância de **respeito às formalidades previstas na legislação para a produção da prova no reconhecimento de pessoas**. Trata-se de postura necessária para buscar maior confiabilidade da informação inserida no processo judicial e, assim, reduzir os riscos de condenação de pessoas inocentes.

Desse modo, consolida-se que o regime procedimental determinado no **art. 226 do CPP não é mera recomendação, mas regime necessário** à confiabilidade da informação dependente da memória, como o reconhecimento.

Assim, a desconformidade à tipicidade processual deve acarretar a **nulidade do ato e sua desconsideração para fins decisórios**, justificando-se eventual condenação somente se houver elementos independentes para superar a presunção de inocência.

Além disso, tende-se a afirmar que a repetição, em juízo, do reconhecimento realizado irregularmente na fase policial não pode fundamentar, por si só, a condenação. Igualmente, o reconhecimento fotográfico produzido em desconformidade com o art. 226 não pode, por si só, justificar a condenação.

7. Os recentes avanços na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Tradicionalmente, o Superior Tribunal de Justiça vem estabelecendo limitações a hipóteses de reconhecimento pessoal de menor confiabilidade, como aquele realizado por fotos na fase de investigação preliminar. Assentou-se que o reconhecimento fotográfico somente poderia embasar uma condenação se corroborado por outros elementos probatórios produzidos em juízo e com respeito ao contraditório (HC 462.030 AgR, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 13.3.2020).

Além disso, assentou-se que o reconhecimento fotográfico praticado de modo distorcido, já que enviado por correio eletrônico às vítimas e com informação equivocada sobre o imputado, acarreta a nulidade da prova mesmo se confirmado em juízo:

“3. Ainda que produzida sob o crivo do contraditório, não é possível emprestar credibilidade e força probatória à confirmação, em juízo, de reconhecimento formal eivado de irregularidades. Se extirpado tal elemento informativo, não seria possível nem sequer denunciar o paciente, pois não foi colhido nenhum outro indício de sua participação no latrocínio.” (STJ, HC 335.956/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti, DJe 2.2.2016).

Embora existam julgados no sentido de relativizar o procedimento previsto no art. 226 do CPP, assentando que se trata de mera recomendação e seu desrespeito não acarreta a imprestabilidade da prova, **recentemente a Sexta Turma consolidou relevante julgado, de relatoria do eminente Min. Rogerio Schietti**, em que, inclusive, foram estabelecidas teses sobre a temática nos seguintes termos:

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

2) À vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida

norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo;

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

4) O reconhecimento do suspeito por mera exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo." (STJ, HC 598.886, Sexta Turma. Rel. Rogerio Schietti, DJe 18.12.2020).

No julgamento, o Min. Nefi Cordeiro acompanhou o relator nas teses, com pequena divergência: *"divirjo apenas parcialmente da tese de invalidade a qualquer defeito de forma do reconhecimento – isto reservado ao que considere o julgador como grave descumprimento de rito"*. Ou seja, irregularidades menores não acarretariam a nulidade do ato, o que deveria ser analisado pelo Juízo. Os demais Ministros da Sexta Turma acompanharam o voto e as teses propostas pelo eminente relator.

Na doutrina, afirma-se que tal decisão *"aponta para novos rumos para os procedimentos de reconhecimento de pessoas"* (CECCONELLO, William W.; STEIN, Lilian M.; DE AVILA, Gustavo N. Novos rumos para o reconhecimento de pessoas no Brasil? Perspectivas da Psicologia do Testemunho frente à decisão HC 598.886-SC. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 177, p. 359-368, 2021).

Tal julgado, sem dúvidas, é um marco na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e deve irradiar reflexos a todo o sistema de justiça brasileiro. Assim, tais premissas e teses servem de orientação consistente

também ao debate que agora se realiza neste Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal.

8. Do caso concreto

Nos termos da sentença condenatória, verifica-se que a autoria dos fatos foi indicada com base exclusivamente no reconhecimento de pessoa realizado. Conforme então assentado:

“A autoria também restou demonstrada.

A vítima **Cláudio Eduardo Catto Madalena**, reiterou o reconhecimento pessoal realizado na fase inquisitiva afirmando, sem dúvidas, que o acusado era um dos agentes que o roubou, dizendo ainda que: na data dos fatos, encontrava-se conduzindo o seu veículo GM/Meriva, trafegando pela Avenida Jacu Pêssego, sentido bairro, quando parou o veículo para socorrer Robson que estava com o seu automóvel parado em razão de falta de combustível; enquanto ajudava o Robson, foi abordado por três indivíduos, dois deles se aproximaram ao passo que **o terceiro ficou ao lado do Parque Pantanal, com uma arma de fogo em punho apontando para a sua direção;** levaram seu relógio de pulso marca Chilli Beans; um dos rapazes que se aproximou também estava armado; após perpetrarem o roubo, os assaltantes que estavam próximos fugiram a pé, sentido favela do Pantanal e o que estava ao lado do parque correu para dentro deste; pouco tempo depois se aproximou uma equipe da Polícia Militar, tendo narrado o ocorrido; em seguida soube que outra equipe da Polícia Militar havia prendido um dos suspeitos e ao ver a foto desta pessoa reconheceu como sendo coautora do crime de roubo; **em sede policial reconheceu o acusado como coautor do crime de roubo, esclarecendo que era o indivíduo que estava mais adiante, ao lado do Parque Pantanal.**

A vítima Antonio Célio Miranda da Costa, reiterou o reconhecimento de pessoa realizado em sede policial e disse

que: na data dos fatos, durante a noite, foi solicitado por João Bosco para que o acompanhasse para socorrer um conhecido de nome Robson que estava com o carro quebrado no local dos fatos; ao chegarem no local notaram que Robson e um outro rapaz estavam sendo assaltados por três indivíduos, dois deles armados; notou que um dos indivíduos armados estava um pouco mais adiante, ao lado do Parque Pantanal; **o acusado não estava armado, apenas estava recolhendo os objetos**; de sua propriedade foi levada a quantia de R\$ 30,00 em espécie; após se apropriarem de alguns objetos das demais vítimas, os indivíduos fugiram a pé; pouco tempo depois foram atendidos por uma equipe da Polícia Militar e logo em seguida souberam que outra equipe havia prendido um dos suspeitos e por meio de fotografia o reconheceu como coautor do crime de roubo; **em sede policial reconheceu o acusado Regivan como coautor do crime de roubo, esclarecendo que tal pessoa era o indivíduo que estava mais adiante, ao lado do Parque Pantanal.**

A vítima Robson Martinelli Israel reiterou o reconhecimento pessoal realizado na fase inquisitiva afirmando, sem dúvidas, que o acusado era um dos agentes que o roubou, disse que: na data dos fatos, encontrava-se na condução do seu veículo Renault/Qwid, trafegando pela Avenida Jacu Pêssego, sentido bairro, quando o veículo apresentou falta de combustível; parou no acostamento ao lado do Parque do Pantanal e ligou para o seu amigo João Bosco para que o socorresse; neste interregno, um rapaz parou o carro para lhe ajudar, tratando-se de Cláudio; enquanto estavam no local, três rapazes se aproximaram, dois deles com armas de fogo em punho, e anunciaram o assalto; um dos suspeitos ficou um pouco mais afastado, ao lado do Parque ao passo que os outros dois subtraíram sua carteira, dinheiro e aparelho celular e a quantia de R\$ 70,00; enquanto eram assaltados, João Bosco chegou acompanhado de Antonio e acabaram sendo roubados também; em seguida, os assaltantes deixaram o local a pé; pouco tempo depois foram atendidos por uma equipe da Polícia Militar e logo em seguida souberam que outra equipe

havia prendido um dos suspeitos e por meio de fotografia o reconheceu como coautor do crime de roubo; **em sede policial reconheceu o acusado como coautor do crime de roubo, esclarecendo que tal pessoa era o indivíduo que estava mais adiante, ao lado do Parque Pantanal.**

A testemunha policial militar Everton Feliz Leite, afirmou que: na data dos fatos estava com o seu colega de farda; efetuavam patrulhamento de rotina pelas ruas do bairro do Jardim Pantanal quando foram informados pelo Copom que três indivíduos armados assaltaram quatro vítimas na Avenida Jacu Pêssego, próximo ao Parque Jacuí e que após consumarem o delito se evadiram sentido bairro Jardim Pantanal; por estarem patrulhando naquelas imediações, passaram a diligenciar com vistas a localizar os suspeitos adotando o provável rumo adotado pelos assaltantes já que pelas características da região poucas seriam as opções de fuga; em dado momento, **dentro do Parque Jacuí, na Via Parque, avistaram um indivíduo correndo; abordaram o acusado, contudo, nada de ilícito foi encontrado;** indagado a respeito do roubo, este negou a conduta ilícita; **em contato com outra equipe policial, que naquele instante assistia as vítimas, foi enviada a fotografia do suspeito via aplicativo WhatsApp, sendo que as vítimas, sem sede policial, reconheceram pessoalmente, sem sombra de dúvidas o acusado Regivan como sendo o coautor do crime de roubo; os objetos roubados não foram recuperados.**

A testemunha Dimas Leite Silvestre, policial militar, reiterou integralmente o depoimento do seu colega de farda, dizendo que: na data dos fatos estava com o seu colega de farda; efetuavam patrulhamento de rotina pelas ruas do bairro do Jardim Pantanal quando foram informados pelo Copom que três indivíduos armados assaltaram quatro vítimas na Avenida Jacu Pêssego, próximo ao Parque Jacuí e que após consumarem o delito se evadiram sentido bairro Jardim Pantanal; por

estarem patrulhando naquelas imediações, passaram a diligenciar com vistas a localizar os suspeitos adotando o provável rumo adotado pelos assaltantes já que pelas características da região poucas seriam as opções de fuga; em dado momento, dentro do Parque Jacuí, na Via Parque, avistaram um indivíduo correndo; abordaram o acusado, contudo, nada de ilícito foi encontrado; indagado a respeito do roubo, este negou a conduta ilícita; **em contato com outra equipe policial, que naquele instante assistia as vítimas, foi enviada a fotografia do suspeito via aplicativo WhatsApp, sendo que as vítimas reconheceram sem sombra de dúvidas o acusado Regivan como sendo o coautor do crime de roubo; os objetos roubados não foram recuperados.**

[...]

Os ofendidos reiteraram o reconhecimento de pessoa realizado em sede policial (fls. 10), tendo indicado o réu, sem sombra de dúvidas, como a pessoa que juntamente com outros dois indivíduos, armados, anunciaram o assalto. Ainda, as vítimas Robson e Cláudio Eduardo narraram que estavam paradas no acostamento, pois o automóvel Renault/Qwid, placas QNB-1744, de propriedade do ofendido Robson havia apresentado problemas mecânicos, tendo Cláudio parado para prestar auxílio. Assim, o acusado, acompanhado de outros dois indivíduos não identificados, previamente conluiados e com unidade de propósitos para a prática do crime de roubo, seguiram em direção aos ofendidos e, mediante grave ameaça, exercida com o emprego de arma de fogo, anunciaram o assalto, **tendo o acusado permanecido ao lado do Parque Pantanal, com a arma de fogo em punho e apontada para as vítimas**, se apoderando dos bens das vítimas com os demais agentes. Depreende-se ainda dos depoimentos da vítima Antonio Célio, que compareceu ao local, pois havia sido acionada pelo ofendido Cláudio Eduardo para prestar-lhe auxílio em relação ao veículo de sua propriedade, sendo igualmente rendida pelos roubadores.

[...]

Os policiais ainda disseram que efetuaram contato com a guarnição policial que prestava auxílio aos ofendidos, tendo as vítimas reconhecido o acusado como sendo um dos roubadores, (auto de reconhecimento pessoal positivo de fls. 16), o que restou reiterado perante este Juízo nesta audiência.” (eDOC 1, p. 130)

Em resumo, três agentes praticaram um roubo contra as vítimas e delas subtraíram um óculos, uma carteira, um aparelho celular, um relógio e R\$ 100,00.

O recorrente foi abordado uma hora após o crime, quando o policial o fotografou e enviou sua imagem a outros policiais que estavam com as vítimas, **que o reconheceram pelo *WhatsApp***. Logo em seguida, o recorrente foi levado à delegacia, onde foi realizado o reconhecimento pessoal, renovado em Juízo.

Ao final, o réu foi condenado por (1) roubo com (2) arma de fogo e em (3) concurso de agentes. Preso em flagrante, **com ele não foi encontrado nenhum objeto do delito; não foi encontrada a arma de fogo; não foram encontrados os demais agentes**.

É bem certo que o agente ativo do roubo pode dispensar os objetos roubados e a arma utilizada no crime antes da chegada da polícia. É bem certo, também, que os agentes podem se dispersar para alterar a configuração existente na prática do delito.

Todavia, nenhum outro elemento corrobora as declarações das vítimas, que afirmaram reconhecer o recorrente, inicialmente, por foto recebida via *WhatsApp*.

Frise-se que **não há, nos autos, informações que expliquem por qual razão os policiais fotografaram o recorrente no momento da abordagem**, uma vez que, com ele, nada foi encontrado. (eDOC 2, p. 90)

Aqui temos outro ponto que carece de maior atenção da jurisprudência e da doutrina: a construção dos critérios para justificar uma busca pessoal e a submissão do detido ao reconhecimento. Tal medida invasiva não pode ser realizada de modo genérico e

indiscriminado, mas carece de justificação em elementos que indiquem, ainda que em juízo de verossimilhança, a autoria do fato investigado.

Ademais, nos termos da sentença, **verificam-se contradições nos depoimentos das vítimas**. A vítima Antonio Célio Miranda da Costa afirmou que *“o acusado não estava armado, apenas estava recolhendo os objetos”*, mas depois *“em sede policial reconheceu o acusado Regivan como coautor do crime de roubo, esclarecendo que tal pessoa era o indivíduo que estava mais adiante, ao lado do Parque Pantanal”*. Já os demais ofendidos, apontaram que teria *“o acusado permanecido ao lado do Parque Pantanal, com a arma de fogo em punho e apontada para as vítimas”*.

Da leitura exauriente da sentença, percebe-se que a autoria do delito foi assentada exclusivamente a partir do reconhecimento pessoal realizado por foto, enviada por *whatsapp*, de uma pessoa detida correndo em um parque uma hora depois do fato e sem qualquer fundamento que justifique tal abordagem, mesmo em um juízo *a posteriori*, visto que não foram com ele apreendidos quaisquer objetos relacionados ao delito.

Conforme o auto de reconhecimento de pessoa, as vítimas *“se dirigiram a uma sala adaptada ao reconhecimento onde se encontrava o indiciado REGIVAM RODRIGUES DOS SANTOS. Após olharem para REGIVAM, todos os reconhecedores afirmaram RECONHECÊ-LO como sendo autor do ROUBO”* (eDOC 3, p. 11).

Já na audiência de instrução e julgamento, sem maiores detalhes sobre o ato realizado, descreve-se que *“o réu foi colocado em sala própria deste Fórum a fim de que fosse efetuado o reconhecimento pelas vítimas Cláudio Eduardo Catto Madalena, Antonio Célio Miranda da Costa, Robson Martineli Israel”* (eDOC 1, p. 124).

Portanto, verifica-se que não houve conformidade com o procedimento previsto no art. 226 do CPP em qualquer dos atos de reconhecimento realizados, tanto em sede policial quanto em juízo.

Assim, neste caso não houve prévia descrição da pessoa a ser reconhecida; não foram exibidas outras fotografias de possíveis suspeitos; ao contrário, a polícia tirou uma foto de um suspeito encontrado em um parque uma hora depois do fato, mas que nada indicava, até então, ter qualquer ligação com o roubo investigado, visto que não houve qualquer motivação para a busca pessoal nele realizada. Em sede judicial, repetiu-se o reconhecimento pessoal. Contudo, na ata da audiência não há qualquer detalhamento sobre o procedimento realizado. Portanto, **devem ser declarados nulos os elementos produzidos em tais reconhecimentos, os quais não podem embasar a sentença condenatória.**

Aliás, embora o Juízo haja registrado o depoimento de **dois policiais**, de modo a demonstrar maior credibilidade à versão da acusação, verifica-se que o depoimento de um é cópia integral do depoimento do outro, a evidenciar, na essência, **um único depoimento.**

Como se vê, **no caso concreto**, o reconhecimento judicial está viciado pelo reconhecimento fotográfico realizado por *WhatsApp*, somado ao fato de que nenhuma outra prova há nos autos no sentido de confirmar a autoria sobre o recorrente.

9. Dispositivo e conclusões

Por óbvio, não se quer aqui inviabilizar a condenação de pessoas culpadas por crimes que tenham praticado e tampouco impossibilitar a produção de provas dependentes da memória. Na realidade, precisamos, a partir das constatações científicas, perceber o problema e estabelecer rotinas e procedimentos para reduzir os riscos de erros e abusos.

Portanto, juntamente aos demais julgados precursores na temática, este acórdão deve ser, muito mais do que uma reprovação às posturas passadas em desconformidade com a Lei, um incentivo à adoção de boas práticas orientadas cientificamente.

Devemos estruturar um sistema que, respeitando os direitos fundamentais, realize a melhor reconstrução dos fatos passados que se mostre possível. Somente assim, o processo penal resultará em decisões justas a todos os envolvidos.

Não podemos esquecer que a condenação de um inocente por erro judiciário é, além de obviamente algo inadmissível em si mesmo, um atestado de que o verdadeiro culpado não foi submetido à sanção devida.

Como **teses prospectivas** em relação ao reconhecimento pessoal no processo penal, conluo, inspirado nos enunciados decididos pela Sexta Turma do STJ no HC 598.886:

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 refeito 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.

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso em *habeas corpus* para **absolver o recorrente**, ante o reconhecimento da nulidade do

RHC 206846 / SP

reconhecimento pessoal realizado e a ausência de provas independentes de autoria.

É o voto.

Revisado