

22/02/2022

SEGUNDA TURMA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 206.846 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. GILMAR MENDES
RECTE.(S)	: REGIVAM RODRIGUES DOS SANTOS
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
RECDO.(A/S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECDO.(A/S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

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 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

RHC 206846 / SP

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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do Senhor Ministro Nunes Marques, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 22 de fevereiro de 2022.

Ministro **GILMAR MENDES**

Relator

Documento assinado digitalmente

23/11/2021

SEGUNDA TURMA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 206.846 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES
RECTE.(S) : REGIVAM RODRIGUES DOS SANTOS
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE
SÃO PAULO
RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por Regivam Rodrigues dos Santos, assistido pela Defensoria Pública da União, contra acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, nos autos do HC 608.756/SP.

O recorrente afirma que foi condenado por roubo indevidamente, porquanto crime algum cometeu.

Redigiu uma carta de próprio punho e requereu fosse assistido pela Defensoria Pública, a fim de ajuizar revisão criminal. (eDOC 1)

A DPU impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, para sustentar nulidade do reconhecimento pessoal realizado em Juízo, porquanto os policiais teriam, no momento da abordagem, fotografado o recorrente e enviado a foto a seus colegas que estavam com as vítimas, que o reconheceram e, por isso, foi ele conduzido à delegacia, onde se procedeu ao reconhecimento pessoal.

A DPU sustenta que o reconhecimento pessoal, realizado em sede policial e em Juízo, é nulo em razão da fotografia realizada no momento da abordagem.

No STJ, o *habeas corpus* foi indeferido liminarmente. Interposto agravo regimental, negou-se-lhe provimento. Opostos embargos de declaração, a Turma os rejeitou.

RHC 206846 / SP

Nesta Corte, o recorrente insiste nos pedidos formulados naquele Tribunal.

A PGR opina pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

23/11/2021

SEGUNDA TURMA

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:

RHC 206846 / SP

“Agravo regimental 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

RHC 206846 / SP

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*.

RHC 206846 / SP

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

RHC 206846 / SP

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*

RHC 206846 / SP

*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).

RHC 206846 / SP

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,

RHC 206846 / SP

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**,

RHC 206846 / SP

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*

RHC 206846 / SP

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. Rogerio 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

RHC 206846 / SP

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

RHC 206846 / SP

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 considerado 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

RHC 206846 / SP

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. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe 22.9.2020)

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

RHC 206846 / SP

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

RHC 206846 / SP

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*

RHC 206846 / SP

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

RHC 206846 / SP

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

RHC 206846 / SP

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,

RHC 206846 / SP

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**

RHC 206846 / SP

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

RHC 206846 / SP

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*

RHC 206846 / SP

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,

RHC 206846 / SP

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, concludo, 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

RHC 206846 / SP

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** (art. 386, VII, CPP), ante o reconhecimento da nulidade do reconhecimento pessoal realizado e a ausência de provas independentes de autoria.

É o voto.

23/11/2021

SEGUNDA TURMA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 206.846 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
RECTE.(S) : **REGIVAM RODRIGUES DOS SANTOS**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**
RECDO.(A/S) : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
RECDO.(A/S) : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**

VISTA

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Presidente, cumprimento Vossa Excelência e, ao fazê-lo, cumprimento também todos os presentes.

Senhor Presidente, inicio cumprimentando o Ministro Gilmar Mendes, porque Sua Excelência, em boa hora, está revisitando os procedimentos que estão estabelecidos no art. 226 do Código de Processo Penal para o reconhecimento de pessoas que alegadamente cometeram algum crime. A questão é complexa, eu diria, pelo menos no que tange a este caso concreto, que comporta nuances. Então, já adianto que, segundo autoriza o Regimento Interno da nossa Casa, eu vou pedir vista.

Mas gostaria de justificar o meu pedido de vista, desde logo, dizendo que, como o Ministro Gilmar Mendes, digno relator, evidenciou, o caso foi o seguinte: três assaltantes, num lugar ermo, na periferia de São Paulo, assaltaram três pessoas que por lá transitavam. Uma hora depois, a Polícia Militar localizou um dos suspeitos, tirou uma fotografia e, por WhatsApp, transmitiu a imagem para outros policiais que se encontravam com as vítimas. As vítimas imediatamente reconheceram esse assaltante. Levado à delegacia de polícia, foi feito um auto de reconhecimento pelo escrivão de polícia em que as três vítimas formalmente reconheceram o suposto assaltante. Quando convolado em ação penal, em juízo, diante do contraditório e sem qualquer contradita por parte da defesa, ou qualquer, digamos assim, objeção por parte da

RHC 206846 / SP

defesa, houve o reconhecimento do suposto assaltante pelas três vítimas novamente.

Portanto, o que nós temos na espécie é o seguinte: policiais militares prenderam um suspeito e promoveram o reconhecimento desse suposto assaltante. Esse suposto assaltante foi reconhecido na delegacia de polícia. Logo, ele foi à Polícia Civil, além da Polícia Militar. E, uma vez na fase do contraditório, houve o reconhecimento em juízo. É certo que uma formalidade, pelo menos, do art. 226 não foi observada.

O que nós temos que decidir nesta Segunda Turma é saber se a não observância de alguma das formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal é uma nulidade absoluta ou é uma nulidade relativa que comporta temperamento.

Dessa forma, Senhor Presidente, vou pedir vista para verticalizar o estudo dessas questões, para que eu possa trazer uma solução ou, pelo menos, a minha perspectiva - que eventualmente pode até ser coincidente com a do digno relator - para decisão desta egrégia Segunda Turma.

Peço vista, Senhor Presidente.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 206.846

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

RECTE.(S) : REGIVAM RODRIGUES DOS SANTOS

PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Decisão: Após o voto do Ministro Gilmar Mendes (Relator), que dava provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus* para absolver o recorrente, ante o reconhecimento da nulidade do reconhecimento pessoal realizado e a ausência de provas independentes de autoria, pediu vista o Ministro Ricardo Lewandowski. Falou, pelo recorrente, o Dr. Gustavo de Almeida Ribeiro, Defensor Público da União e, pelo Ministério Público Federal, a Dra. Maria Caetana Cintra Santos. Ausente, justificadamente, o Ministro Edson Fachin. Presidência do Ministro Nunes Marques. **2ª Turma**, 23.11.2021.

Presidência do Senhor Ministro Nunes Marques. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Edson Fachin.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Maria Caetana Cintra Santos.

Hannah Gevartosky
Secretária

22/02/2022

SEGUNDA TURMA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 206.846 SÃO PAULO

VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Vista): Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por Regivam Rodrigues dos Santos contra acórdão proferido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que rejeitou os embargos de declaração no agravo regimental interposto nos autos do HC 608.756-SP, assim ementado:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. ART. 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. VÍCIOS INEXISTENTES. MATÉRIA SUFICIENTEMENTE DECIDIDA. ALEGADO RECONHECIMENTO EM DESCONFORMIDADE COM O PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. CONDENAÇÃO FIRMADA EM OUTRAS PROVAS JUDICIAIS. INVERSÃO DA CONCLUSÃO DA CORTE DE ORIGEM QUE, APÓS EXAME INTEGRAL DOS FATOS E DAS PROVAS, ENTENDEU PELA CONDENAÇÃO DO EMBARGANTE. NÃO CABIMENTO NA VIA ELEITA. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Nos termos do art. 619 do Código de Processo Penal, os embargos de declaração destinam-se a suprir omissão, afastar ambiguidade, esclarecer obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado, vícios inexistentes na hipótese.

2. A pretensão de rediscutir matéria devidamente abordada e decidida no acórdão embargado, consubstanciada na mera insatisfação com o resultado da demanda, é incabível na via dos embargos declaratórios.

3. Conforme constou do acórdão embargado, ao contrário do afirmado pelo Embargante, seu reconhecimento não se lastreou exclusivamente na fotografia encaminhada às vítimas na ocasião da prisão em flagrante. Conforma [*sic*] consta na sentença condenatória, os ofendidos também reconheceram pessoalmente o Acusado, tanto na delegacia de polícia quanto

RHC 206846 / SP

em Juízo, cujo ato foi realizado em sala própria, momentos antes da realização da audiência de instrução em julgamento. Outrossim, a materialidade e autoria delitivas também foram confirmadas por meio de outras provas colacionadas nos autos, como pelo Boletim de Ocorrência, pelo Auto de Avaliação e pela prova oral, esta consubstanciada nos depoimentos das vítimas e dos policiais militares que efetuaram a prisão do Embargante. E, por fim, para a inversão da conclusão do Tribunal *a quo*, o qual, após a análise integral dos fatos e das provas, entendeu pela condenação do Réu, seria inevitável nova incursão no arcabouço probatório, providência indevida no espectro de cognição do *habeas corpus*.

4. Embargos de declaração rejeitados”.

Os argumentos centrais do recurso são: (i) nulidade do reconhecimento pessoal promovido pelas vítimas no inquérito, uma vez que os policiais teriam, no momento da abordagem, fotografado o paciente e enviado a foto a seus colegas que estavam com os ofendidos, que o reconheceram; (ii) incongruência da prova coligida em juízo; (iii) impossibilidade de convalidação na instrução processual.

Ao final, pede:

“[...] 3) Em análise do mérito:

a. Seja concedida a ordem de *Habeas Corpus*, em definitivo, para reformar o acórdão do e. STJ, fazendo cessar o constrangimento ilegal sofrido pelo paciente, de modo que o mesmo seja absolvido, ante a nulidade do reconhecimento realizado em sede policial, restando ausente qualquer demonstração de autoria em face do paciente, com base na fundamentação supra;” (e-doc. 34).

O Ministério Público Federal apresentou parecer opinando pelo desprovimento do recurso ordinário, assim ementado:

RHC 206846 / SP

“PROCESSUAL PENAL. CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, BEM COMO AO ART. 5º, LV E LVII, DA CF/88. INOCORRÊNCIA. AFASTADO O CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ENTENDIMENTO PACIFICADO NO STF QUANTO AO ART. 226 DO CPP NO SENTIDO DE QUE A LEI PROCESSUAL PENAL NÃO EXIGE, MAS APENAS RECOMENDA A OBSERVÂNCIA DAS MENCIONADAS DISPOSIÇÕES, SEMPRE QUE POSSÍVEL. AUSÊNCIA DE NULIDADE PROCESSUAL UMA VEZ NÃO EXEQUÍVEIS, NO CASO CONCRETO, AS FORMALIDADES LEGAIS. *HABEAS CORPUS* NÃO PODE SER UTILIZADO PARA REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA, TAMPOUCO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL OU PARA REVISÃO CRIMINAL. PRECEDENTES. PARECER PELO NÃO PROVIMENTO DO RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*” (e-doc. 52) .

Iniciado o julgamento, o relator votou pelo provimento do recurso, a fim de absolver o recorrente “ante o reconhecimento da nulidade do reconhecimento pessoal realizado e a ausência de provas independentes de autoria”. (e-doc. 66)

Ademais, propõe as seguintes teses prospectivas:

“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

RHC 206846 / SP

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”.

Em seguida, pedi vista para análise detida dos autos.

É o relatório, naquilo que importa.

Bem reexaminados os autos, compartilho, inicialmente, das fundadas e relevantes inquietações explicitadas pelo relator, Ministro Gilmar Mendes, precisamente quanto à observância cogente das formalidades legais em relação ao procedimento de reconhecimento (dos investigados) à luz do ordenamento jurídico vigente.

Todavia, peço vênia para divergir quanto à conclusão. Vejamos.

I – Do reconhecimento de pessoas no ordenamento jurídico.

A questão central consiste em saber se a inobservância do procedimento legal estatuído para o reconhecimento de pessoas ou objetos, de forma presencial ou por fotografia, tanto na fase inquisitorial ou em juízo, e previsto no Código de Processo Penal - CPP, poderá ocasionar a nulidade integral dos elementos probatórios coligidos, tornando-se imprestável, ou não, para justificar eventual sentença condenatória em razão de sua fragilidade cognitiva.

Confira-se, a propósito, os dispositivos legais que regulamentam a matéria:

RHC 206846 / SP

“Art.226, do CPP. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;

IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

Parágrafo único. O disposto no nº III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.

Art. 227.No reconhecimento de objeto, proceder-se-á com as cautelas estabelecidas no artigo anterior, no que for aplicável.

Art.228. 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” (grifei).

“Art. 185, do CPP. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.

[...]

§ 2º Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá

RHC 206846 / SP

realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades:

[...]

§ 8º Aplica-se o disposto nos §§ 2º, 3º, 4º e 5º deste artigo, no que couber, à realização de outros atos processuais que dependam da participação de pessoa que esteja presa, como acareação, reconhecimento de pessoas e coisas, e inquirição de testemunha ou tomada de declarações do ofendido” (grifei).

Pois bem. A melhor compreensão hermenêutica dos referidos dispositivos revela, a toda evidência, o seguinte: (i) as formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição do investigado ou réu, impondo a legislação ordinária um escrutínio rigoroso para o reconhecimento pelas vítimas; (ii) o reconhecimento poderá ser feito, em caráter excepcional, após decisão fundamentada, por sistema de videoconferência, fotografia ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, conforme previsto no § 8º do art. 185 do CPP, incluído por força da Lei 11.900/2009; (iii) existindo outros meios autônomos de obtenção da prova, que reafirmem a imputação acusatória, não há espaço para o reconhecimento da nulidade integral do procedimento em caso de inobservância das solenidades previstas na legislação.

Nesse sentido, transcrevo a doutrina de Guilherme de Souza Nucci sobre o aproveitamento do ato probatório tisonado de vícios, na hipótese de descumprimento das diretrizes normativas previstas no ordenamento jurídico.

“4. Reconhecimento informal: A lei impõe, como se observa nos incisos do artigo em comento, uma forma específica para a prova produzir-se, não se podendo afastar desse contexto. Assim, para que se possa invocar ter havido

RHC 206846 / SP

reconhecimento de alguém ou de algo, é fundamental a preservação da forma legal. **Não tendo sido possível, o ato não foi perdido por completo, nem deve ser desprezado. Apenas não receberá o cunho de reconhecimento de pessoa ou coisa, podendo constituir-se numa prova meramente testemunhal, de avaliação subjetiva, que contribuirá ou não para a formação do convencimento do magistrado. Logicamente, perde sua força, embora não seja desprezível. Ensina Tornaghi que ‘a forma se exige para a existência do reconhecimento; a inobservância da forma acarreta a inexistência deste ato, mas não a inexistência de todo e qualquer ato. E se o outro ato praticado convence o juiz, não é possível dizer que ele não está convencido. A lei prevê determinados meios de prova, mas não impede outros’ (Compêndio de processo penal, t. III, p. 929” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 524 – grifei).**

Vale dizer, a despeito da escorreita interpretação de que o rito previsto nos arts. 226 e seguintes do CPP não é mera recomendação casuística, é certo que o legislador – ao flexibilizar a sua produção na forma do inciso II, do art. 226 e do § 8º do art. 185, ambos do CPP – parece ter afastado, de forma definitiva, a tese referente ao reconhecimento automático da nulidade do ato e a sua desconsideração para fim decisório.

Assim, se, por um lado, não se pode admitir a condenação ancorada isoladamente no reconhecimento informal, não é menos exato afirmar, por outro lado, que, existindo outros meios independentes de obtenção da prova, precisamente que corroborem a pretensão estatal, não há legitimidade normativa para a decretação da nulidade integral do processo.

Com essa mesma compreensão, cito o RHC 205.316/SP, de minha relatoria, julgado recentemente pela Segunda Turma do STF:

RHC 206846 / SP

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. RECORRENTE CONDENADO POR ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ALEGAÇÃO DE INOBSERVÂNCIA DO ART. 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – CPP. SENTENÇA CONDENATÓRIA APOIADA EXCLUSIVAMENTE EM RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO REALIZADO NO INQUÉRITO POLICIAL. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – Não há que falar em nulidade da condenação por ausência de observância do art. 226 do CPP, já que a análise do conjunto probatório foi ampla. Se as instâncias ordinárias entenderam que a autoria estava demonstrada também pela prova oral e de imagens reproduzidas em juízo, o fez em observância à regra processual, segundo a qual o “juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação” (art. 155 do CPP).

II – O Tribunal de Justiça bandeirante, confirmando a sentença de primeiro grau, examinou, de forma exaustiva, a alegada ausência de prova da autoria, destacando que reconhecimento fotográfico foi corroborado pelas demais provas produzidas sob o crivo do contraditório, na linha do entendimento consolidado por esta Suprema Corte, de que “os elementos do inquérito podem influir na formação do livre convencimento do juiz para a decisão da causa quando complementam outros indícios e provas que passam pelo crivo do contraditório em juízo” (RE 425.734 AgR/MG, rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma).

III – As alegações da defesa, tais como postas, mostram o nítido propósito de discutir os fatos da causa para modificar a sentença condenatória, o que, como se sabe, não é possível na via estreita do *habeas corpus*, cabendo ao juízo natural o exame aprofundado do conjunto fático-probatório, como ocorreu.

RHC 206846 / SP

Precedentes.

IV – Agravo regimental a que se nega provimento”.

II – Do caso concreto.

Pelo que se colhe dos autos, o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 8 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 21 dias-multa, como incurso no art. 157, § 2.º-A, I, do Código Penal (roubo qualificado), por três vezes. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao recurso.

De acordo com os elementos informativos da Ação Penal 0008823-71.2018.8.26.0635, 3 (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 paciente foi abordado uma hora após o crime, quando o policial o fotografou e enviou sua imagem a outros agentes policiais que estavam com as vítimas, que, ao final, o reconheceram pelo WhatsApp.

Registro, de saída, que, após a ilicitude no procedimento adotado inicialmente pelos policiais à luz do disposto no art. 226 do CPP, **o paciente foi levado à delegacia, onde foi promovido o reconhecimento pessoal pelos ofendidos.** Confira-se, nesse sentido, o “auto de reconhecimento de pessoa” lavrado pela autoridade policial:

“Aos 13 dias do mês de outubro de dois mil e dezoito, nesta cidade de S.PAULO, Estado de São Paulo, na sede da(o) 63 ° D.P. VILA JACUI, onde presente se achava o(a) Exmo(a) Sr(a) Doutor(a) SAULO MAURICIO PEIXOTO, Delegado(a) de Policia respectivo(a), comigo Escrivão(ã) de seu cargo ao final nomeado(a) e assinado(a), em presença das testemunhas infra nomeadas e assinadas **comparece (m) RECONHECEDOR(ES) CLAUDIO EDUARDO CATTO MADALENA, JOÃO BOSCO NUNES DA SILVA, ANTONIO CELIO MIRANDA DA**

RHC 206846 / SP

COSTA e ROBSON MARTINELI ISRAEL, os quais 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 em que foram vítimas” (e-doc. 3 – fls. 11 – grifei).

Mas não é só. Ainda que o reconhecimento do paciente na fase policial não tenha observado a integralidade das disposições contidas no art. 226 do Código de Processo Penal, **os depoimentos foram reafirmados pelas vítimas no curso da instrução judicial, sem qualquer impugnação pela defesa técnica na ocasião.** Destaque-se, a propósito, fragmentos do termo de audiência de instrução, os quais, à míngua de maiores detalhes naquela assentada, não autorizam concluir pelo descumprimento do art. 226 do CPP:

“Esta audiência foi realizada por meio audiovisual com a anuência das partes. O réu foi colocado em sala própria deste Fórum a fim de que fosse efetuado o reconhecimento pelas vítimas **Cláudio Eduardo Catto Madalena, Antônio Célio Miranda da Costa, Robson Martineli Israel. Foram ouvidas as vítimas [...]**” (e-doc. 1 – fls. 135 – grifei).

Ademais, consigno a sólida fundamentação explicitada na sentença condenatória, que, para além do reconhecimento judicial das vítimas, trouxe a lume elementos externos de corroboração da autoria do crime, *verbis*:

“[...] 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,

RHC 206846 / SP

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

RHC 206846 / SP

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

RHC 206846 / SP

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.

[...] O contexto probatório formado no curso da instrução criminal é robusto e impõe a condenação do acusado, pois restaram cabalmente comprovadas as condutas criminosas que lhe foram imputadas.

Os ofendidos reiteraram o reconhecimento de pessoa

RHC 206846 / SP

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. (e-STJ Fl.332)

Assim, o acusado, acompanhado de outros dois indivíduos não identificados, previamente conluídos 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.

[...] Como é cediço, as palavras dos ofendidos não devem ser desqualificadas, mormente em casos de crimes patrimoniais nos quais não se comprovou qualquer animosidade que desautorizasse o teor de suas declarações.

Nesse mesmo sentido foram os depoimentos prestados pelos policiais militares, que narraram que realizavam patrulhamento de rotina quando foram acionados, via Copom, sobre os roubos ora tratados, passando a efetuar diligências a fim de deter os agentes, adotando o provável rumo por eles tomado, sendo certo que, em dado momento, no Parque Jacuí, os milicianos avistaram o acusado correndo em atitude suspeita, motivo pelo qual realizaram a abordagem.

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.

Observa-se, sobre a oitiva dos policiais, que estes foram uníssonos e apresentaram suas versões de forma segura e sem

RHC 206846 / SP

qualquer disposição em prejudicar o acusado.

O acusado, a seu turno, negou o cometimento do delito e, disse vagamente que foi abordado quando estava correndo no parque. Contudo, as provas coligidas são robustas a atestar o contrário.

Ademais, em que pese a defesa apontar irregularidades na realização do reconhecimento do réu em sede policial, esta alegação não impede o édito condenatório, eis que as vítimas foram firmes em atestar o reconhecimento do acusado nesta data, sendo conclusivas em apontarem o réu como um dos coautores dos roubos contra elas perpetrados. Portanto, não há dúvidas quanto à coautoria do réu no delito de roubo” (e-doc. 1 – grifei).

Diante de tal panorama, convém destacar que pequenas divergências nas declarações das vítimas consubstanciam simples desconexões marginais, as quais, contudo, não possuem o condão de infirmar o reconhecimento e os depoimentos prestados em juízo. Isso porque a palavra do ofendido, segundo a jurisprudência do STJ, reveste-se habitualmente de grande importância para a elucidação de investigações de crimes patrimoniais, **notadamente quando nada de concreto desabonador tenha sido produzido** (AgRg no AREsp 1.078.628/RJ Rel. Jorge Mussi; AgRg no AREsp 1.144.160/DF Rel. Sebastião Reis Júnior).

Não se nega o fato de, na fase de inquérito policial, os ofendidos possam ter reconhecido inicialmente o paciente por fotografia, a indicar *prima facie* uma grave irregularidade. Ocorre que, conforme já explicitado, sobrevieram os reconhecimentos pessoais realizados pelas vítimas, tanto na delegacia quanto em juízo, sem qualquer impugnação da defesa técnica do paciente. Tal mosaico fático, acrescido dos depoimentos dos policiais militares, a meu sentir, traduz um quadro seguro quanto à autoria dos ilícitos penais.

Em outras palavras, o magistrado de primeira instância examinou,

RHC 206846 / SP

de forma clara e exaustiva, as teses referentes à comprovação da autoria dos crimes, destacando, ainda, que o reconhecimento operado no âmbito do caderno investigatório foi reafirmado pelas demais provas coligidas sob o crivo do contraditório (incluindo o depoimento dos policiais militares), na linha do entendimento consolidado por esta Suprema Corte.

Isso posto, respeitado o entendimento do relator, nego provimento ao recurso em *habeas corpus*.

É como voto.

22/02/2022

SEGUNDA TURMA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 206.846 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. GILMAR MENDES
RECTE.(S)	: REGIVAM RODRIGUES DOS SANTOS
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
RECDO.(A/S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECDO.(A/S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Presidente, ouvimos, como sempre, o voto brilhante e extremamente cuidadoso do Ministro Lewandowski, que traz também elementos da própria realidade complexa da investigação.

Como estamos discutindo o caso, mas também as teses, é relevante o debate. Essa é a questão que inclusive a doutrina tem colocado a partir de decisões, inclusive de uma decisão recente do próprio STJ.

Só para rememorar, Sua Excelência já o fez:

"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 uma situação de fato que inspira cuidados.

RHC 206846 / SP

"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'."

Essa é uma questão que, todos sabem, muito sensível na literatura jurídica e até na literatura internacional a propósito das divergências sobre os testemunhos.

"Percebe-se que a autoria do delito foi assentada

RHC 206846 / SP

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, 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, as vítimas 'se dirigiram a uma sala adaptada ao reconhecimento, onde se encontrava o indiciado Regivan Rodrigues dos Santos. Após olharem para Regivan, todos os reconhecedores afirmaram reconhecê-lo como sendo autor do roubo'.

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'.

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."

A meu ver - por isso estou reafirmando o voto -, 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.

Por isso, conforme já manifestei, tenho fortes dúvidas sobre a liceidade de tudo o que se fez em torno desses fatos circunstanciados.

Embora o juízo haja registrado o depoimento de dois policiais, de modo a demonstrar maior credibilidade à versão da acusação, verifica-se

RHC 206846 / SP

que o depoimento de um é cópia integral do depoimento do outro, a evidenciar, na essência, um único depoimento.

O reconhecimento judicial pode estar 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.

Por isso, então, trouxe essas teses com todo o cuidado, porque esses fatos têm, hoje, ocupado a própria jurisprudência e a doutrina especializada. Nós temos discutido essa temática com muito cuidado, por isso louvo o pedido de vista do Ministro Lewandowski, e agora o seu voto, e também entendo, como não poderia deixar de ser, as dificuldades que existem, considerando as circunstâncias em que se organiza o próprio combate à criminalidade entre nós, especialmente esse tipo de criminalidade violenta.

A questão aqui é que a única prova a dar substância a essa condenação, se formos rigorosos, decorre dessa foto por WhatsApp. E nós sabemos o efeito indutor. Todos nós que já passamos por alguma circunstância... Eu vou relatar um fato que até hoje me causa algum tipo de apreensão, todos sabem, é um fato histórico: a Ministra Ellen e eu nos deslocamos, em 2007, para o Rio de Janeiro e fomos abordados, na linha vermelha. Lá pelas tantas, tivemos que sair do carro em que nos encontrávamos em uma circunstância muito específica e muito peculiar como podem avaliar. Aquelas batidas que se faziam no Rio de Janeiro para tomar os carros e levar para as favelas, aquele quadro todo que, infelizmente, ainda hoje se repete.

Tempos depois, tivemos que depor. É claro, a polícia tomou conhecimento daquilo, nós estávamos acompanhados de uma escolta, que não teve como reagir, ficamos por um tempo expostos entre aquelas favelas, naquela estrada. E o meu depoimento e o da Ministra Ellen não eram coincidentes sobre a descrição dos fatos. Fatos ocorridos três meses antes. Recebemos a visita dos delegados e eles apontavam então possíveis incongruências.

Vejam, portanto, como nossa memória pode ser traiçoeira. Imagina o

RHC 206846 / SP

efeito que se tem para vítimas de um assalto a apresentação da foto de um suposto autor. Quer dizer, tudo isso precisa ser considerado e, por isso, parece-me que nós devemos ser bastante rigorosos.

A toda hora chegam notícias. Ainda ontem, eu ouvi uma notícia aqui em Brasília, de uma pessoa que foi presa e ficou 26 dias na Papuda, Presidente, por conta de uma investigação de um suposto roubo ocorrido numa loja. E ele ficou 26 dias preso, a família ficou perplexa. Ele não podia, uma pessoa de mais de 50 anos não poderia ter participado de nada disso.

E o que se verificou? Que os ladrões teriam atuado e assaltado uma loja e que havia lá impressões digitais que seriam desta pessoa que foi presa. Só que ele, como empregado de uma empresa, tinha estado na loja há algum tempo fazendo um conserto de vidros e, por isso, lá estavam suas impressões digitais. Os próprios ladrões não deixaram impressões digitais porque usaram luvas. Ele ficou 26 dias na Papuda por conta disso. Aqui, no caso, a investigação se pautou por critérios técnicos. Houve uma perícia que identificou as impressões digitais. Por isso que a temática exige de fato uma reflexão bastante acurada de todos nós.

22/02/2022

SEGUNDA TURMA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 206.846 SÃO PAULO

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Presidente, permita-me mais uma brevíssima palavra? Vossas Excelências sabem que não sou de disputar voto, acho realmente que o Colegiado tem sempre razão.

Acontece que o Supremo Tribunal Federal tem uma função pedagógica extremamente importante: sinalizamos para as demais instâncias qual o caminho correto no que diz respeito à interpretação da lei.

Neste caso, o que temos? Foram vários agentes estatais que entrevistaram nesse reconhecimento. Dois agentes, pelo menos, policiais militares que socorreram as vítimas, mais, pelo menos, dois policiais militares que prenderam o suspeito. Depois, houve este reconhecimento por parte de uma interlocução de quatro agentes da polícia militar.

O suspeito foi levado para a delegacia, e esse reconhecimento foi renovado e reconfirmado por mais dois agentes estatais, um delegado de polícia, que presidia o reconhecimento, e o escrivão de polícia.

Mais tarde, outro agente estatal, este de hierarquia, digamos, maior, porque, do ponto de vista constitucional, cabe a ele a defesa dos direitos fundamentais, fez um novo reconhecimento, sob o crivo do contraditório, junto com o advogado. Ou seja, temos aí a interveniência de, pelo menos, cinco agentes estatais que merecem fé pública e que, a princípio, não têm nenhum interesse em prejudicar ou condenar um inocente.

Todos nós sabemos como é que se dá a persecução criminal com essa exiguidade e precariedade de meios: é um lugar ermo em São Paulo, a polícia apreendeu o suspeito perto de uma favela, perto de um mato, reconheceu, e foi, e tal. A delegacia não tem nenhum tipo de, digamos assim, instalação adequada para fazer um reconhecimento formal, rigorosamente de acordo com o art. 226 - muito menos, os nossos fóruns criminais. São Paulo é uma exceção dentro do contexto nacional, onde os

RHC 206846 / SP

fóruns, muitas vezes, são até providos pelas próprias municipalidades e têm instalações um pouco melhores.

De qualquer maneira, quero dizer que aqui, digamos, em que pesem algumas contradições marginais, em que pesem algumas inadequações ao que preceitua literalmente o art. 226 do CPP, parece-me que a interveniência desses agentes estatais, que merecem fé pública e que são neutros, a princípio, sem interesse de condenar o inocente, merece, dentro desse contexto ampliado, um pouco mais de fé pública. Reconheço e estou de acordo com o Ministro Gilmar Mendes que abusos têm sido cometidos, mas, neste caso, *data maxima venia*, não foi apenas a foto do WhatsApp que supedaneou a condenação do acusado.

Assim encerro. Desculpem-me o aspecto um pouco mais, digamos assim, emotivo com que me manifesto, mas esse é o meu estilo, sou sempre um pouco apaixonado na defesa das minhas teses. Aliás, não estou defendendo uma tese, apenas estou preocupado com a eventual repercussão e sinalização que se dê às instâncias inferiores e com um certo temor de complicarmos, talvez excessivamente, esse reconhecimento - embora tenhamos que evoluir para, sempre que possível, a lei seja rigorosamente cumprida e o reconhecimento exclusivamente fotográfico não seja admitido de forma nenhuma.

Perdão, Presidente, por mais essa intervenção alongada.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Presidente, só para registrar que Ministro Lewandowski e eu também estamos concordando em discordar.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Está bom.

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES (PRESIDENTE) - As teses trilham no mesmo rumo, embora com uma ou outra pequena divergência. Para mim, é sempre um prazer ouvir as ponderações de Vossas Excelências.

22/02/2022

SEGUNDA TURMA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 206.846 SÃO PAULO**OBSERVAÇÃO**

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Presidente, permita-me mais uma brevíssima palavra? Vossas Excelências sabem que não sou de disputar voto, acho realmente que o Colegiado tem sempre razão.

Acontece que o Supremo Tribunal Federal tem uma função pedagógica extremamente importante: sinalizamos para as demais instâncias qual o caminho correto no que diz respeito à interpretação da lei.

Neste caso, o que temos? Foram vários agentes estatais que intervieram nesse reconhecimento. Dois agentes, pelo menos, policiais militares que socorreram as vítimas, mais, pelo menos, dois policiais militares que prenderam o suspeito. Depois, houve este reconhecimento por parte de uma interlocução de quatro agentes da polícia militar.

O suspeito foi levado para a delegacia, e esse reconhecimento foi renovado e reconfirmado por mais dois agentes estatais, um delegado de polícia, que presidia o reconhecimento, e o escrivão de polícia.

Mais tarde, outro agente estatal, este de hierarquia, digamos, maior, porque, do ponto de vista constitucional, cabe a ele a defesa dos direitos fundamentais, fez um novo reconhecimento, sob o crivo do contraditório, junto com o advogado. Ou seja, temos aí a interveniência de, pelo menos, cinco agentes estatais que merecem fé pública e que, a princípio, não têm nenhum interesse em prejudicar ou condenar um inocente.

Todos nós sabemos como é que se dá a persecução criminal com essa exiguidade e precariedade de meios: é um lugar ermo em São Paulo, a polícia apreendeu o suspeito perto de uma favela, perto de um mato, reconheceu, e foi, e tal. A delegacia não tem nenhum tipo de, digamos assim, instalação adequada para fazer um reconhecimento formal, rigorosamente de acordo com o art. 226 - muito menos, os nossos fóruns criminais. São Paulo é uma exceção dentro do contexto nacional, onde os

RHC 206846 / SP

fóruns, muitas vezes, são até providos pelas próprias municipalidades e têm instalações um pouco melhores.

De qualquer maneira, quero dizer que aqui, digamos, em que pesem algumas contradições marginais, em que pesem algumas inadequações ao que preceitua literalmente o art. 226 do CPP, parece-me que a interveniência desses agentes estatais, que merecem fé pública e que são neutros, a princípio, sem interesse de condenar o inocente, merece, dentro desse contexto ampliado, um pouco mais de fé pública. Reconheço e estou de acordo com o Ministro Gilmar Mendes que abusos têm sido cometidos, mas, neste caso, *data maxima venia*, não foi apenas a foto do WhatsApp que supedaneou a condenação do acusado.

Assim encerro. Desculpem-me o aspecto um pouco mais, digamos assim, emotivo com que me manifesto, mas esse é o meu estilo, sou sempre um pouco apaixonado na defesa das minhas teses. Aliás, não estou defendendo uma tese, apenas estou preocupado com a eventual repercussão e sinalização que se dê às instâncias inferiores e com um certo temor de complicarmos, talvez excessivamente, esse reconhecimento - embora tenhamos que evoluir para, sempre que possível, a lei seja rigorosamente cumprida e o reconhecimento exclusivamente fotográfico não seja admitido de forma nenhuma.

Perdão, Presidente, por mais essa intervenção alongada.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Presidente, só para registrar que Ministro Lewandowski e eu também estamos concordando em discordar.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Está bom.

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES (PRESIDENTE) - As teses trilham no mesmo rumo, embora com uma ou outra pequena divergência. Para mim, é sempre um prazer ouvir as ponderações de Vossas Excelências.

22/02/2022

SEGUNDA TURMA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 206.846 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA:

1. Senhor Presidente, Senhores Ministros, novamente cumprimentos, assim como o nosso digno representante do Ministério Público.

2. A questão parece simples, mas, na verdade, não é. Relendo o art. 226 do Código de Processo Penal, de modo especial o inc. II, em que se coloca o reconhecimento como algo a ser feito "se possível", essa expressão é muito aberta, de difícil definição específica. Quais são os limites dessa possibilidade e até onde vai a impossibilidade no cumprimento dos requisitos de um reconhecimento formal?

3. Eu li com atenção o voto do Ministro Gilmar Mendes, acompanhei novamente a sua leitura e da mesma forma tive uma leitura atenta ao voto do eminente Ministro Ricardo Lewandowski.

4. É interessante porque nós somos confrontados a decidir situações em que superrogatório ou a justiça perfeita não necessariamente está ao nosso alcance. Então, nós formamos a nossa convicção buscando, além de uma análise teórica, que é o que precipuamente nos é demandado no controle de constitucionalidade, mas, diante desses casos penais também, ainda que não devamos, a princípio, não podemos deixar de adentrar algumas questões probatórias e factuais. Ainda que formando uma convicção e buscando até como algo utópico essa justiça perfeita, o certo é que somos falíveis.

5. Aqui eu quero fazer coro à minha reserva de falibilidade que eventualmente possa haver no julgamento não só deste caso, mas de outros. E, a partir dessa reserva de falibilidade, dizer que o voto que ora

RHC 206846 / SP

vou expressar não se fecha em relação a uma reanálise quando confrontado com outros casos, ou até mesmo com uma análise em tese, que talvez fosse o melhor a fazermos, da interpretação do art. 226 como um todo e da sua possibilidade de adequação aos princípios constitucionais e aos direitos e garantias fundamentais do cidadão e do ser humano.

6. Eu digo isso porque a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na interpretação desse art. 226, até o momento, é no sentido de não ser tão rigorosa quanto à interpretação das formalidades em sua absoluta necessidade. Contudo, talvez devesse sê-lo a partir, ou doravante, de uma reconfiguração interpretativa da Constituição dos termos desse art. 226.

7. É dentro dessa perspectiva que, pedindo vênias ao eminente Ministro Gilmar Mendes, eu tendo a aderir – e vou – à tese defendida, no caso concreto, de modo muito pontual, ao voto do eminente Ministro Ricardo Lewandowski.

8. Quero dizer que, talvez, no âmbito de uma interpretação em tese desse art. 226, talvez valesse a pena um realinhamento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal com efeitos prospectivos em relação ao futuro. Entretanto, talvez hoje nós nos deparemos com uma realidade em que essa possibilidade não é simplesmente uma possibilidade jurídica, mas talvez uma possibilidade fática, à luz do dia a dia da Justiça criminal como um todo.

9. Eu quero dizer que, quiçá, um encaminhamento diferenciado para o futuro nos ajude a realinhar as coisas sem prejudicar, de certa forma – ainda que também aderindo à tese de que é muito, ainda, carente de perfeição –, a nossa Justiça criminal.

10. No caso concreto, chamou-me a atenção um pouco a

RHC 206846 / SP

circunstância das vítimas: cidadãos comuns; um estava socorrendo o outro, talvez num ato até heroico, considerando o local onde a pessoa estava, ali, com o seu carro sem funcionar. E, do pouco que eu conheço São Paulo, parar ali naquelas circunstâncias era se submeter a um risco natural de um assalto dessa natureza. Ou seja, eu tenho a leitura de cidadãos de bem que, em solidariedade um ao outro, foram surpreendidos, de certa forma, com aquele ato criminoso; e, em si, sem nenhum interesse de indicar alguém, de forma leviana, penso eu, adentrando aqui um pouco na questão fática, em relação à prática daquele crime.

11. Então, eu não acolho, neste momento, propriamente, o ato de reconhecimento. O Ministro Ricardo Lewandowski faz referência ao Professor Guilherme de Souza Nucci e seus comentários ao Código de Processo Penal, ao reconhecimento informal. E o Professor Nucci diz que isso não é propriamente um reconhecimento. A partir da minha leitura, ele perde a sua força como reconhecimento, embora não seja desprezível, e passa a adentrar um campo que é o da testemunha.

12. Além de acolher a questão da testemunha, as circunstâncias que nos permitem ter nos autos nos evidenciam que as vítimas tiveram oportunidade de um lapso de tempo razoável e condições não totalmente desfavoráveis de ver quem eram os agentes criminosos. Então, não foi aquele tipo de crime que se vê de relance, em que esse reconhecimento realmente é mais complexo, ou a prova testemunhal seria mais duvidosa na sua essência.

13. Então, eu agrego a esse elemento circunstancial e fático das vítimas ao fato de elas o fazerem em pelo menos dois outros ambientes: um perante a autoridade policial e outro perante a autoridade judiciária, com a presença tanto do representante do Ministério Público como do seu advogado, com destaque no âmbito judicial, sem que essa questão tivesse sido levantada peremptoriamente. Ao contrário, o que se levanta, à luz

RHC 206846 / SP

dos autos, peremptoriamente, é a expressão "sem dúvida, era ele" nas duas referências das testemunhas.

14. No tocante à prova testemunhal e às possíveis existentes, eu não chamaria de divergências, também como fez o Ministro Lewandowski, mas não identidade de narrativas. Não fui um profundo estudioso da psicologia criminal, mas estudei um pouco, principalmente à luz da prova testemunhal, que, em primeiro lugar, as divergências ou pequenas divergências nas narrativas, ao contrário, a princípio, de evidenciar uma contradição, às vezes trazem mais prospecção à luz da realidade. Por quê? Porque a exata similitude de narrativas tem uma tendência de trazer algo pré-programado de narrativa, ou seja, as pessoas combinaram aquilo.

15. Então, a psicologia criminal considera essas pequenas diferenças como diferenças, às vezes, de perspectivas ou de olhar específico em função do momento vivenciado, e não como contradições que desqualificam, por si só, a construção narrativa dos fatos. Então, o momento específico de um e de outro, à luz específica em relação a um ou a outro, o ângulo de visão de um e de outro, o grau de nervosismo, por vezes, de um e de outro. Por isso que – não que o Ministro Gilmar e a Ministra Ellen estivessem descrevendo ou narrando fatos distintos, ao contrário – eram os mesmos fatos, mas vistos sob enfoques, sob olhares distintos ao mesmo tempo.

16. Então, eu agrego a isso, a esses dois elementos agora – duas pessoas, a princípio, sem nenhuma necessidade de incriminar o inocente –, ao fato de pequenas divergências, na verdade, também a princípio, trazerem, ao final, um grau de convergência com a identificação, não o reconhecimento formal, mas a identificação da pessoa como sendo o autor do crime.

17. E um terceiro elemento, as circunstâncias da narrativa dos policiais, pelo menos de um depoimento policial, porque o policial – aqui, eu não posso tomá-lo como uma prova testemunhal de que ele era o autor

RHC 206846 / SP

do ilícito, porque os policiais não eram testemunhas oculares, quando muito, para dizer que as vítimas reconheceram aquele indivíduo como o autor do crime. Mas eles, além desse reconhecimento de que as vítimas assim o reconheceram, identificam que as circunstâncias em que eles se deparam com o acusado é de que o acusado estava correndo num local atípico.

18. Então, no caso concreto, diz o policial militar Everton Feliz Leite, que, em dado momento, dentro do Parque Jacuí, que era o local para onde o criminoso havia se evadido, avistaram um indivíduo correndo – ou seja, as circunstâncias o diferenciavam de demais pessoas que ali estariam – e abordaram o acusado. Não encontraram nada de ilícito, mas que, em contato com a outra equipe policial, e, aí sim, enviaram a foto, até para não iniciarem diligências ali, em relação à pessoa que sabidamente não tinha nada a ver com o evento criminoso. E, a partir daquela confirmação, via foto de WhatsApp, prosseguem-se, então, as demais diligências que, ainda que não perfeitas – e que, talvez, mereçam uma readequação, em tese, para uma perspectiva futura –, no caso concreto, penso eu, trazem uma evidência robusta, senão uma verdade absoluta – ainda que essa verdade absoluta em relação a fatos, seja, de algum modo, também utópica, mas trazem uma evidência concreta –, que dá segurança, a meu sentir, à sentença condenatória.

19. Então, pedindo as mais respeitosas vênias ao Ministro Gilmar Mendes, eu voto com o Ministro Ricardo Lewandowski, negando, assim, provimento ao recurso em *habeas corpus*.

É como voto, Senhor Presidente.

Ministro ANDRÉ MENDONÇA

22/02/2022

SEGUNDA TURMA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 206.846 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Obrigado, Senhor Presidente!

Permito-me iniciar, Senhor Presidente, expressando uma notícia que certamente vai entusiasmar Vossa Excelência, Ministro Nunes Marques: Vossa Excelência irá proferir o voto de desempate nessa matéria.

Senhor Presidente e eminentes Ministros, estava aqui, com a permissão de todos, a enaltecer essa proveitosa troca de ideias e reflexões, próprias de um juízo colegiado. O voto do eminente Ministro-Relator Ministro Ricardo Lewandowski examinou - ainda que estejamos em recurso em *habeas corpus*, substituto de revisão criminal - a matéria posta nos autos levou Sua Excelência a verificar não só as questões macroscópicas da tese ou das teses, o que é muito relevante, mas também questões que podem parecer minúcias ou pormenores, mas que são, como Sua Excelência demonstrou, muito relevantes para o exame do caso concreto, no que foi acompanhado pelo eminente Ministro André Mendonça, cujas observações são, como não poderiam deixar de ser, imensamente pertinentes.

Desde o início, Senhor Presidente, eu houvera afirmado convicção no sentido de acompanhar o voto do eminente Ministro-Relator, Ministro Gilmar Mendes. Nada obstante tenha acompanhado e espero ter haurido adequadamente os substanciosos argumentos dos votos que dissentem do eminente Ministro Gilmar Mendes, há um pequeno conjunto de circunstâncias que, em meu modo de ver, são expressivas para determinar a inflexão que faço no voto e manter minha inclinação inicial de acompanhar o eminente Relator.

Já se disse aqui, com todo acerto, que estamos a tratar do que, na origem, restou imputado e chancelado em desfavor de Regivan Rodrigues dos Santos, que foi condenado pelo crime de roubo. O que vem nesse RHC é a alegação de desrespeito ao procedimento para reconhecimento pessoal, vale dizer, infringência do teor contido nos arts.

RHC 206846 / SP

226 e 228 do Código de Processo Penal.

Em suma, diante dessa alegação, o Ministro Gilmar Mendes defende a nulidade do procedimento de reconhecimento quando feito sem a estrita observância do preceito contido no art. 226. Entendo ser oportuna e mesmo necessária essa evolução, que se pode dizer que Sua Excelência está a indicar, em relação à própria compreensão deste Tribunal.

Por isso, sem embargo dos judiciosos votos divergentes, registro meus cumprimentos e elogios ao percurso do voto bem lançado por Sua Excelência o eminente Ministro-Relator.

Quanto ao plano dos fatos – um evento que se deu à noite -, a pessoa reconhecida - vê-se nos autos - estava mais afastada do local do crime. O procedimento de reconhecimento, do ponto de vista técnico-jurídico, é um proceder que se deve ter por regular nas polícias de todos os lugares do mundo.

Por isso, estou a subscrever as três teses firmadas por Sua Excelência. A primeira: o reconhecimento deve observar o procedimento do art. 226, creio que nisso não temos dissonância - a dissonância está na densificação dessa observância estrita ao caso concreto. A segunda tese é que a não observância do procedimento torna inválido o reconhecimento de pessoa suspeita. No terceiro ponto da tese, apenas me permitiria, se Sua Excelência o Relator aquiescer, uma pequena sugestão. Disse Sua Excelência que 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. Creio que Sua Excelência, muito possivelmente, pelo menos pelo que pude entender, estaria a afirmar que a realização do ato de reconhecimento pessoal "necessita" de justificação em elementos que indiquem autoria do fato investigado.

Com essa pequena sugestão, peço vênias à divergência, Senhor Presidente, e, renovando meus cumprimentos aos votos divergentes, nada obstante, me alinho integralmente, com essa singela observação ao final de alterar "carece" por "necessita", porque creio que esse pode ser exatamente o sentido da proposição de Sua Excelência, e tenho a honra de acompanhar o eminente Ministro Gilmar Mendes.

RHC 206846 / SP

É como voto, Presidente.

22/02/2022

SEGUNDA TURMA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 206.846 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: A Defensoria Pública da União interpôs em nome de Regivam Rodrigues dos Santos recurso ordinário em *habeas corpus* contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça assim ementado:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. ART. 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. VÍCIOS INEXISTENTES. MATÉRIA SUFICIENTEMENTE DECIDIDA. ALEGADO RECONHECIMENTO EM DESCONFORMIDADE COM O PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. CONDENAÇÃO FIRMADA EM OUTRAS PROVAS JUDICIAIS. INVERSÃO DA CONCLUSÃO DA CORTE DE ORIGEM QUE, APÓS EXAME INTEGRAL DOS FATOS E DAS PROVAS, ENTENDEU PELA CONDENAÇÃO DO EMBARGANTE. NÃO CABIMENTO NA VIA ELEITA. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Nos termos do art. 619 do Código de Processo Penal, os embargos de declaração destinam-se a suprir omissão, afastar ambiguidade, esclarecer obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado, vícios inexistentes na hipótese.

2. A pretensão de rediscutir matéria devidamente abordada e decidida no acórdão embargado, consubstanciada na mera insatisfação com o resultado da demanda, é incabível na via dos embargos declaratórios.

3. Conforme constou do acórdão embargado, ao contrário do afirmado pelo Embargante, seu reconhecimento não se lastreou exclusivamente na fotografia encaminhada às vítimas na ocasião da prisão em flagrante. Conforma consta na sentença condenatória, os ofendidos também reconheceram pessoalmente o Acusado, tanto na delegacia de polícia quanto em Juízo, cujo ato foi realizado em sala própria, momentos

RHC 206846 / SP

antes da realização da audiência de instrução em julgamento. Outrossim, a materialidade e autoria delitivas também foram confirmadas por meio de outras provas colacionadas nos autos, como pelo Boletim de Ocorrência, pelo Auto de Avaliação e pela prova oral, esta consubstanciada nos depoimentos das vítimas e dos policiais militares que efetuaram a prisão do Embargante. E, por fim, para a inversão da conclusão do Tribunal *a quo*, o qual, após a análise integral dos fatos e das provas, entendeu pela condenação do Réu, seria inevitável nova incursão no arcabouço probatório, providência indevida no espectro de cognição do *habeas corpus*.

4. Embargos de declaração rejeitados.

(HC 608.756 AgRg EDcl, ministra Laurita Vaz)

Sustenta que o reconhecimento do recorrente como coautor do crime de roubo pelo qual foi condenado estaria em desacordo com o art. 226 do Código de Processo Penal, na medida em que feito mediante fotografia enviada por policiais pelo *WhatsApp*, sem nenhuma outra prova.

O Ministério Público Federal, ao manifestar-se pelo não provimento deste recurso ordinário, formulou parecer assim ementado:

PROCESSUAL PENAL. CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, BEM COMO AO ART. 5º, LV E LVII, DA CF/88. INOCORRÊNCIA. AFASTADO O CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ENTENDIMENTO PACIFICADO NO STF QUANTO AO ART. 226 DO CPP NO SENTIDO DE QUE A LEI PROCESSUAL PENAL NÃO EXIGE, MAS APENAS RECOMENDA A OBSERVÂNCIA DAS MENCIONADAS DISPOSIÇÕES, SEMPRE QUE POSSÍVEL. AUSÊNCIA DE NULIDADE PROCESSUAL UMA VEZ NÃO EXEQUÍVEIS, NO CASO CONCRETO, AS FORMALIDADES LEGAIS. *HABEAS CORPUS* NÃO PODE SER UTILIZADO PARA REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA,

RHC 206846 / SP

TAMPOUCO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL OU PARA REVISÃO CRIMINAL. PRECEDENTES. PARECER PELO NÃO PROVIMENTO DO RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*.

O ministro Gilmar Mendes, Relator deste processo, deferiu a medida liminar ao entender que, ao menos naquele momento, “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”.

É o relatório.

Inicialmente, consta dos autos que a condenação imposta ao recorrente pelo delito de roubo, com emprego de arma de fogo e em concurso de agentes, já transitou em julgado (doc. 16, p. 5).

O Supremo consagrou jurisprudência pela inviabilidade da ação de *habeas corpus* como sucedâneo de revisão criminal. Ilustram esse entendimento os seguintes acórdãos: RHC 187.135 AgR, ministro Ricardo Lewandowski; HC 193.043 AgR, ministra Cármen Lúcia; RHC 181.896 AgR, ministro Edson Fachin.

O Tribunal também entende inadmissível, na via estreita do *habeas corpus*, a qual não comporta dilação probatória, o reexame do conjunto fático-probatório produzido nas instâncias ordinárias, com vistas ao acolhimento da tese defensiva de absolvição. Vale destacar, no ponto, a seguinte ementa:

2. Esta Suprema Corte, na via estreita do “habeas corpus”, não pode reapreciar o conjunto probatório dos autos para identificar eventual fragilidade probatória a ensejar a absolvição do paciente. Precedentes.

(RHC 107.444, ministro Dias Toffoli – com meus grifos)

RHC 206846 / SP

Todavia, ainda que inadmissível a impetração, esta Corte entende possível a concessão da ordem de *habeas corpus* de ofício, desde que caracterizada situação de flagrante ilegalidade (HC 118.560, ministro Ricardo Lewandowski; HC 165.376, ministra Cármen Lúcia).

Todos sabemos da possibilidade de, mesmo em sede de *habeas corpus*, ser analisada a legitimidade dos critérios de valoração da prova utilizados pelo órgão julgador para balizar o juízo condenatório formalizado contra o réu, notadamente quando revelada, de plano, mediante documento pré-constituído juntado aos autos, situação de evidente abuso de autoridade ou manifesto constrangimento ilegal.

Esse mesmo entendimento já foi há muito endossado por este Colegiado, como se vê da seguinte ementa:

Falta de justa causa para a condenação. O livre convencimento do juiz não pode abstrair de certas regras que compõem o sistema de provas. A questão do valor jurídico dos meios de prova é questão de direito.

(HC 40.609, Plenário, ministro Evandro Lins, j. em 15 de julho de 1964)

No caso em exame, verifico a ocorrência de ilegalidade evidente apta a justificar a superação dos consagrados entendimentos jurisprudenciais que venho de referir.

Frise-se, Senhores Ministros: o que se tem nestes autos é um reconhecimento pessoal realizado por meio de uma única foto que a autoridade policial enviou às vítimas pelo aplicativo *WhatsApp*. Nenhum objeto oriundo do roubo foi encontrado com o ora recorrente no momento da prisão em flagrante, tampouco se localizou a arma de fogo utilizada na conduta criminosa ou, ainda, os demais agentes da conduta delitiva.

RHC 206846 / SP

Tal fato foi observado pelo Ministro Relator ao destacar 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)”.

Pois bem. Consta da sentença condenatória que, para a comprovação da autoria do delito de roubo imputado ao ora recorrente, foram ouvidas, durante a instrução criminal, as três vítimas e duas testemunhas policiais (doc. 1, p. 128).

Desde logo, salta aos olhos a constatação de que o procedimento probatório exigido para o reconhecimento pessoal, previsto no art. 226 do Código de Processo Penal – garantia fundamental ao exercício da ampla defesa do acusado e, portanto, de observância obrigatória pelos operadores do direito –, foi solenemente ignorado na fase investigativa e indevidamente chancelado na esfera judicial.

Ou seja: a exibição de um único suspeito, sem nenhum indício mínimo que pudesse imputar tal condição ao ora recorrente e que, caso existente, poderia justificar a abordagem policial, com o posterior envio de uma única foto de Regivam Rodrigues dos Santos às vítimas, por meio de um aplicativo, torna absolutamente vazias as regras procedimentais basilares exigidas para o reconhecimento pessoal (CPP, art. 226), que, dada sua natureza jurídica de meio de prova, precisa ter o regramento respeitado, sob pena de nulidade.

Com efeito, a sentença condenatória revela que o juízo de certeza quanto à autoria do delito decorreu exclusivamente do reconhecimento pessoal do ora recorrente, cujo modo de execução foi totalmente ilegal, como já ressaltado, pois “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

RHC 206846 / SP

juízo *a posteriori*, visto que não foram com ele apreendidos quaisquer objetos relacionados ao delito”, nos precisos termos do voto do Ministro Relator.

Importante pontuar, ainda, que todas as três vítimas apenas reiteraram em juízo o reconhecimento pessoal realizado na fase inquisitiva.

Também aqui, além de constatar contradições nos depoimentos das vítimas, o Ministro Relator bem ressaltou que “simplesmente repetir em juízo um reconhecimento realizado na fase policial em total desrespeito à forma não garante a precisão da prova produzida”.

Nesse contexto, a par do evidente desrespeito ao art. 226 do Código de Processo Penal, tanto na fase investigativa quanto no processo judicial, assinalo que a palavra da vítima ou o depoimento da testemunha nem sempre traduz fielmente a realidade dos fatos, uma vez que as memórias que ambos carregam são consideravelmente comprometidas pelas experiências pessoais resultantes da perspectiva única e subjetiva em relação aos acontecimentos, particularmente em face do fenômeno psicológico denominado “falsas memórias”.

Transcrevo, a esse respeito, fragmento da obra doutrinária de Aury Lopes Junior¹ na qual o autor adverte sobre as variáveis que podem afetar a segurança e a confiabilidade da prova testemunhal:

As falsas memórias se diferenciam da mentira, essencialmente, porque, nas primeiras, o agente crê honestamente no que está relatando, pois a sugestão é externa (ou interna, mas inconsciente), chegando a sofrer com isso. Já a mentira é um ato consciente, em que a pessoa tem noção do seu espaço de criação e manipulação.

1 JUNIOR, Aury Lopes. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. item n. 5.6, p. 670-678.

RHC 206846 / SP

Ambos são perigosos para a credibilidade da prova testemunhal, mas as falsas memórias são mais graves, pois a testemunha ou vítima desliza no imaginário sem consciência disso. Daí por que é mais difícil identificar uma falsa memória do que uma mentira, ainda que ambas sejam extremamente prejudiciais ao processo.

Desse modo, mais um vez fica evidente a necessidade de se tentar seguir as regras procedimentais para o reconhecimento de pessoas, sobretudo quando as informações inseridas no processo criminal foram colhidas no contexto das falsas memórias testemunhais e em completo desrespeito ao procedimento destinado ao reconhecimento pessoal (CPP, art. 226), conforme acabo de expor.

De outro lado, nem se alegue que os depoimentos dos dois policiais seriam suficientes para comprovar que a autoria do crime em referência é do ora recorrente.

Conforme esclareceu o Ministro Relator, “verifica-se que o depoimento de um é cópia integral do depoimento do outro, a evidenciar, na essência, um único depoimento”.

Em caso fronteiro, acerca da valoração do reconhecimento pessoal como elemento probatório, o Supremo firmou o seguinte entendimento:

A condenação fez-se lastreada em reconhecimento fotográfico realizado na fase pré-processual, reiterado em Juízo, e em depoimento que se revelou meramente instrumental. Tem-se ausente, tal como concluiu o Juízo, prova idônea.

(RHC 176.025, ministro Marco Aurélio)

Verifico, ademais, que o reconhecimento pessoal realizado na fase inquisitorial foi a única prova produzida para efeito de identificação do recorrente como coautor do delito de roubo, visto que nenhum outro

RHC 206846 / SP

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

Por isso mesmo, esta Corte possui firme entendimento no sentido de que o reconhecimento pessoal por meio fotográfico na fase pré-processual, para efeito de identificação do autor do delito, além de observar as formalidades constantes no art. 226 do Código de Processo Penal, deve ser corroborado por outros elementos probatórios obtidos na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Cite-se, como exemplos, os seguintes precedentes: HC 70.038, ministro Francisco Rezek; HC 157.007, ministro Marco Aurélio; e HC 70.936, ministro Sepúlveda Pertence.

Outra não é a óptica firmada na matéria pela doutrina, como se vê da obra de Guilherme de Souza Nucci²:

3. Reconhecimento fotográfico: tem sido admitido como prova, embora deva ser analisado com muito critério e cautela. A identificação de uma pessoa ou o reconhecimento de uma coisa por intermédio da visualização de uma fotografia pode não espelhar a realidade, dando margem a muitos equívocos e erros. Entretanto, se for essencial que assim se proceda, é preciso que a autoridade policial ou judicial busque seguir o disposto nos incisos I, II e IV, do art. 226. Torna-se mais confiável, sem nunca ser absoluta essa forma de reconhecimento. Em nossa avaliação, o reconhecimento fotográfico não pode ser considerado uma prova direta, mas sim indireta, ou seja, um mero indício. Com a cautela que lhe é natural, diz Frederico Marques, nesse contexto, que “tudo depende, em cada caso, das circunstâncias que rodearam o reconhecimento e dos dados que forem fornecidos pela vítima ou testemunha para fundamentar suas afirmativas” (Elementos de direito processual penal, v. 2, p. 308).

2 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RHC 206846 / SP

Nesse sentido, observo que a prova judicial está viciada pelo anterior reconhecimento fotográfico realizado via WhatsApp, em total desrespeito ao disposto no art. 226 do Código de Processo Penal, reforçado pelo fato de que nenhuma outra prova há nos autos no sentido de confirmar a autoria do recorrente do crime de roubo que lhe foi imputado.

Ademais, verifico que não foram observadas “as garantias constitucionais fundamentais que permeiam o devido processo legal na esfera da persecução penal, quais sejam a ampla defesa e o contraditório (art. 5º, LV, CF), e a presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF)”, nos termos formulados pelo recorrente.

Isso porque as acusações penais, como se sabe, não se presumem provadas, na medida em que o ônus da prova concernente aos elementos constitutivos do pedido (autoria e materialidade do fato delituoso) incumbe, exclusivamente, a quem acusa.

Esse mesmo entendimento tem sido observado em diversas ações de *habeas corpus*, de ambas as Turmas do Supremo (HC 107.801, Redator do acórdão o ministro Luiz Fux; HC 173.892 AgR-ED, ministro Gilmar Mendes; e RHC 138.715, ministro Ricardo Lewandowski).

Posto isso, entendo que o Órgão acusador não reuniu provas aptas a formarem, para além de qualquer dúvida razoável, o juízo de certeza necessário à condenação do recorrente.

Ora, o exame do parco conteúdo probatório produzido nestes autos inaugura, quando muito, situação de dúvida razoável quanto à autoria do delito imputado ao réu, o que, por certo, não seria suficiente para a formação do juízo condenatório, nos termos da jurisprudência desta Corte. Ilustram esse entendimento a AP 421, ministro Roberto Barroso; a AP 612, ministro Ricardo Lewandowski; a AP 619, ministro Teori

RHC 206846 / SP

Zavascki; a AP 678, ministro Dias Toffoli; e a AP 676, ministra Rosa Weber, de cuja ementa transcrevo:

2. A presunção de inocência, princípio cardeal no processo criminal, é tanto uma regra de prova como um escudo contra a punição prematura. Como regra de prova, a formulação mais precisa é o *standard* anglo saxônico no sentido de que a responsabilidade criminal deve ser provada acima de qualquer dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*), o qual foi consagrado no art. 66, item 3, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

Assim, tenho que os elementos produzidos neste processo evidenciam, de maneira bastante clara, a ausência de dados que, se existentes, permitiriam identificar, com segurança, a autoria, por parte do acusado, do crime tipificado no art. 157, § 2º-A, I, do Código Penal.

Em face do exposto, acompanho o Ministro Relator para dar provimento ao presente recurso ordinário em *habeas corpus*, de modo a absolver o recorrente em razão da nulidade do reconhecimento realizado em sede policial e, ainda, ante a ausência de demonstração de sua autoria por provas independentes.

É como voto.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 206.846

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

RECTE.(S) : REGIVAM RODRIGUES DOS SANTOS

PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Decisão: Após o voto do Ministro Gilmar Mendes (Relator), que dava provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus* para absolver o recorrente, ante o reconhecimento da nulidade do reconhecimento pessoal realizado e a ausência de provas independentes de autoria, pediu vista o Ministro Ricardo Lewandowski. Falou, pelo recorrente, o Dr. Gustavo de Almeida Ribeiro, Defensor Público da União e, pelo Ministério Público Federal, a Dra. Maria Caetana Cintra Santos. Ausente, justificadamente, o Ministro Edson Fachin. Presidência do Ministro Nunes Marques. **2ª Turma**, 23.11.2021.

Decisão: A Turma, por maioria, deu provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus* para absolver o recorrente, ante o reconhecimento da nulidade do reconhecimento pessoal realizado e a ausência de provas independentes de autoria, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e André Mendonça. Presidência do Ministro Nunes Marques. **2ª Turma**, 22.2.2022.

Presidência do Senhor Ministro Nunes Marques. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Edson Fachin e André Mendonça.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Luiz Augusto Santos Lima.

Hannah Gevartosky
Secretária