



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2137848 - SP
(2022/0165170-0)**

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : GUILHERME GIVIANI SANTANA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO. RECONHECIMENTO DE PESSOAS. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. PROVA INVÁLIDA COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. AUSÊNCIA DE OUTRAS PROVAS. AGRADO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, por ocasião do julgamento do HC n. 598.886/SC (Rel. Ministro Rogerio Schietti), realizado em 27/10/2020, conferiu nova interpretação ao art. 226 do CPP, a fim de superar o entendimento, até então vigente, de que o referido artigo constituiria "mera recomendação" e, como tal, não ensejaria nulidade da prova eventual descumprimento dos requisitos formais ali previstos.
2. Em julgamento concluído no dia 23/2/2022, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal deu provimento ao RHC n. 206.846/SP (Rel. Ministro Gilmar Mendes), para absolver um indivíduo preso em São Paulo depois de ser reconhecido por fotografia, tendo em vista a nulidade do reconhecimento fotográfico e a ausência de provas para a condenação. Reportando-se ao decidido no julgamento do referido HC n. 598.886/SC, no STJ, foram fixadas pelo STF três teses: 2.1) 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; 2.2) 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; 2.3) 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.

3. Posteriormente, em sessão ocorrida no dia 15/3/2022, a Sexta Turma desta Corte, por ocasião do julgamento do HC n. 712.781/RJ (Rel. Ministro Rogerio Schietti), avançou em relação à compreensão anteriormente externada no HC n. 598.886/SC e decidiu, à unanimidade, que, mesmo se realizado em conformidade com o modelo legal (art. 226 do CPP), o reconhecimento pessoal, embora seja válido, não tem força probante absoluta, de sorte que não pode induzir, por si só, à certeza da autoria delitiva, em razão de sua fragilidade epistêmica; se, porém, realizado em desacordo com o rito previsto no art. 226 do CPP, o ato é inválido e não pode ser usado nem mesmo de forma complementar.

4. No caso, depreende-se dos autos a seguinte dinâmica fática. Em 15/5/2019, as vítimas sofreram uma tentativa de roubo no restaurante que possuem. Em 24/5/2019, a vítima Solange efetuou o reconhecimento fotográfico dos dois suspeitos. Decretada a prisão temporária do paciente, ele foi reconhecido pessoalmente pela ofendida na delegacia em 14/8/2019. Depois, em 12/1/2021, em juízo, o ato foi

repetido, oportunidade em que o paciente foi novamente reconhecido, mas o corréu não. Cabe salientar, entretanto, que, além de os reconhecimentos não haverem sido corroborados por nenhuma outra prova, o ofendido Altair afirmou em seu depoimento que, dias depois do crime, os policiais compareceram ao estabelecimento e mostraram imagens do acusado às vítimas, a evidenciar possível sugestionamento na identificação posteriormente formalizada na delegacia

5. Não obstante o ato de reconhecimento irregular haja sido repetido pessoalmente em juízo, a repetição do ato não convalida os vícios pretéritos. Isso porque não há dúvidas de que o reconhecimento inicial, que foi realizado em desconformidade com o disposto no art. 226 do CPP, afeta todos os subsequentes, haja vista que, conforme se assentou no julgamento do HC n. 712.781/RJ, o reconhecimento de pessoas é considerado como uma prova cognitivamente irrepetível.

6. Uma vez que o reconhecimento do agravado é nulo, visto que foi realizado em desconformidade com o disposto no art. 226 do CPP, deve ser proclamada a sua absolvição, ante a inexistência de qualquer outra prova independente e idônea a formar o convencimento judicial sobre a autoria do crime de roubo que lhe foi imputado.

7. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 22 de agosto de 2023.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2137848 - SP
(2022/0165170-0)**

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : GUILHERME GIVIANI SANTANA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO. RECONHECIMENTO DE PESSOAS. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. PROVA INVÁLIDA COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. AUSÊNCIA DE OUTRAS PROVAS. AGRADO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, por ocasião do julgamento do HC n. 598.886/SC (Rel. Ministro Rogerio Schietti), realizado em 27/10/2020, conferiu nova interpretação ao art. 226 do CPP, a fim de superar o entendimento, até então vigente, de que o referido artigo constituiria "mera recomendação" e, como tal, não ensejaria nulidade da prova eventual descumprimento dos requisitos formais ali previstos.
2. Em julgamento concluído no dia 23/2/2022, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal deu provimento ao RHC n. 206.846/SP (Rel. Ministro Gilmar Mendes), para absolver um indivíduo preso em São Paulo depois de ser reconhecido por fotografia, tendo em vista a nulidade do reconhecimento fotográfico e a ausência de provas para a condenação. Reportando-se ao decidido no julgamento do referido HC n. 598.886/SC, no STJ, foram fixadas pelo STF três teses: 2.1) 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; 2.2) 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; 2.3) 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.

3. Posteriormente, em sessão ocorrida no dia 15/3/2022, a Sexta Turma desta Corte, por ocasião do julgamento do HC n. 712.781/RJ (Rel. Ministro Rogerio Schietti), avançou em relação à compreensão anteriormente externada no HC n. 598.886/SC e decidiu, à unanimidade, que, mesmo se realizado em conformidade com o modelo legal (art. 226 do CPP), o reconhecimento pessoal, embora seja válido, não tem força probante absoluta, de sorte que não pode induzir, por si só, à certeza da autoria delitiva, em razão de sua fragilidade epistêmica; se, porém, realizado em desacordo com o rito previsto no art. 226 do CPP, o ato é inválido e não pode ser usado nem mesmo de forma complementar.

4. No caso, depreende-se dos autos a seguinte dinâmica fática. Em 15/5/2019, as vítimas sofreram uma tentativa de roubo no restaurante que possuem. Em 24/5/2019, a vítima Solange efetuou o reconhecimento fotográfico dos dois suspeitos. Decretada a prisão temporária do paciente, ele foi reconhecido pessoalmente pela ofendida na delegacia em 14/8/2019. Depois, em 12/1/2021, em juízo, o ato foi

repetido, oportunidade em que o paciente foi novamente reconhecido, mas o corréu não. Cabe salientar, entretanto, que, além de os reconhecimentos não haverem sido corroborados por nenhuma outra prova, o ofendido Altair afirmou em seu depoimento que, dias depois do crime, os policiais compareceram ao estabelecimento e mostraram imagens do acusado às vítimas, a evidenciar possível sugestionamento na identificação posteriormente formalizada na delegacia

5. Não obstante o ato de reconhecimento irregular haja sido repetido pessoalmente em juízo, a repetição do ato não convalida os vícios pretéritos. Isso porque não há dúvidas de que o reconhecimento inicial, que foi realizado em desconformidade com o disposto no art. 226 do CPP, afeta todos os subsequentes, haja vista que, conforme se assentou no julgamento do HC n. 712.781/RJ, o reconhecimento de pessoas é considerado como uma prova cognitivamente irrepetível.

6. Uma vez que o reconhecimento do agravado é nulo, visto que foi realizado em desconformidade com o disposto no art. 226 do CPP, deve ser proclamada a sua absolvição, ante a inexistência de qualquer outra prova independente e idônea a formar o convencimento judicial sobre a autoria do crime de roubo que lhe foi imputado.

7. Agravo regimental não provido.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

O **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** interpõe agravo regimental contra decisão de minha relatoria, em que concedi a ordem de habeas corpus para absolver o agravado.

Consta dos autos que o réu foi condenado à pena de 2 anos, 7 meses e 3 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime de roubo.

O agravante alega, em síntese, que “a condenação não restou embasada

apenas no reconhecimento fotográfico realizado na fase policial, pois, além da confirmação por intermédio do reconhecimento pessoal, e da confirmação do aludido procedimento em juízo, a vítima descreveu as características físicas do acusado, além de detalhar toda a dinâmica dos fatos” (fl. 729).

Requer, assim, a reconsideração do *decisum* anteriormente proferido ou a submissão do feito a julgamento pelo órgão colegiado.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. O reconhecimento de pessoas como meio probatório

O Código de Processo Penal dedica três sucintos artigos ao ato do reconhecimento de pessoas e coisas (arts. 226, 227 e 228). Em relação ao reconhecimento de pessoas, o art. 226 estabelece que o ato deverá ocorrer da seguinte forma: a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento **será convidada a descrever o indivíduo que deva ser reconhecido** (art. 226, I); a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, **ao lado de outras que com ela tiverem semelhança**, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la (art. 226, II); se houver razão para recear que a pessoa chamada para realizar o ato, por intimidação ou outra influência, não diga a verdade diante da pessoa a ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela (art. 226, III); do ato de reconhecimento lavrar-se-á termo pormenorizado, **subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais** (art. 226, IV).

Guilherme de Souza Nucci conceitua o reconhecimento de pessoas como "o ato pelo qual uma pessoa admite e afirma como certa a identidade de outra ou a qualidade de uma coisa" (*Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 436). Segundo o autor, **a expressão "se possível", constante do inciso II do art. 226, refere-se ao requisito de serem colocadas pessoas que portem similitude com a que deva ser reconhecida, e não com a**

exigência da disposição de várias pessoas, umas ao lado das outras.

O reconhecimento busca, em última análise, indicar com precisão a pessoa em relação a quem se tem uma suspeita de ser a autora do crime sob investigação.

Em relação às exigências feitas pelo Código de Processo Penal, pondera Aury Lopes Júnior que **esses cuidados não são formalidades inúteis**; ao contrário, "constituem condição de credibilidade do instrumento probatório, refletindo na qualidade da tutela jurisdicional prestada e na própria confiabilidade do sistema judiciário de um país" (*Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 490).

Nesse contexto, adverte o referido autor:

Trata-se de uma prova cuja forma de produção está estritamente definida e, partindo da premissa de que – em matéria processual penal – **forma é garantia, não há espaço para informalidades judiciais**. Infelizmente, prática bastante comum na praxe forense consiste em fazer 'reconhecimentos informais', admitidos em nome do princípio do livre convencimento motivado. (*op. cit.*, 2017, p. 488, grifei).

II. O avanço da jurisprudência em relação ao valor probatório do reconhecimento de pessoas

Esta Corte Superior entendia, **até recentemente**, que o reconhecimento fotográfico (como também o presencial) realizado na fase do inquérito policial seria apto para fixar a autoria delitiva mesmo quando não observadas as formalidades legais.

Rompendo com a anterior posição jurisprudencial, a Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, por ocasião do julgamento do **HC n. 598.886/SC** (Rel. Ministro **Rogério Schietti**), realizado em 27/10/2020, **conferiu nova interpretação ao art. 226 do CPP**, a fim de **superar** o entendimento anterior, de que o referido artigo constituiria "mera recomendação" e, como tal, não ensejaria

nulidade da prova eventual descumprimento dos requisitos formais ali previstos.

Nesse julgado, a Turma decidiu, *inter alia*, que, à vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na mencionada norma processual **torna inválido** o reconhecimento da pessoa suspeita e **não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o ato em juízo**. Vale dizer, entendeu-se, na oportunidade, que o procedimento previsto no art. 226 do CPP "não configura mera recomendação do legislador, mas rito de observância necessária, sob pena de invalidade do ato".

Estabeleceu-se ali **a necessidade de se determinar a invalidade de qualquer reconhecimento formal – pessoal ou fotográfico – que não siga estritamente o que determina o art. 226 do CPP**, sob pena de continuar-se a gerar instabilidade e insegurança em sentenças judiciais que, sob o pretexto de que outras provas produzidas em apoio a tal ato – todas, porém, derivadas de um reconhecimento desconforme ao modelo normativo – autorizariam a condenação, potencializando, assim, o concreto risco de graves erros judiciários.

No âmbito do **Supremo Tribunal Federal**, a temática também tem se repetido. Exemplificativamente, menciono o **HC n. 172.606/SP** (DJe 5/8/2019), de relatoria do Ministro **Alexandre de Moraes**, em que, monocraticamente, se absolveu o réu, em razão de a condenação haver sido lastreada apenas no reconhecimento fotográfico realizado na fase policial.

Ainda, há de se destacar que, em julgamento concluído no dia 23/2/2022, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal deu provimento ao **RHC n. 206.846/SP** (Rel. Ministro **Gilmar Mendes**), para absolver um indivíduo preso em São Paulo depois de ser reconhecido por fotografia, tendo em vista a nulidade do reconhecimento fotográfico e a ausência de provas para a condenação.

Na ocasião, afirmou o Ministro relator que, "como regra geral, o reconhecimento pessoal há de seguir as diretrizes determinadas pelo Código de Processo Penal, de modo que a irregularidade deve ocasionar a nulidade do elemento produzido, tornando-se imprestável para justificar eventual sentença

condenatória em razão de sua fragilidade cognitiva" (fl. 8). Citou, ainda, precedentes do STF que absolveram réus condenados exclusivamente com base no reconhecimento fotográfico (HCs n. 172.606 e 157.007; RHC n. 176.025).

Reportando-se ao decidido no julgamento do referido HC n. 598.886/SC, no STJ, foram fixadas, ainda, **três teses**:

- 1) O reconhecimento de pessoas, presencial ou por fotografia, deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime e para uma verificação dos fatos mais justa e precisa.
- 2) A inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita, de modo que tal elemento não poderá fundamentar eventual condenação ou decretação de prisão cautelar, mesmo se refeito e confirmado o reconhecimento em Juízo. Se declarada a irregularidade do ato, eventual condenação já proferida poderá ser mantida, se fundamentada em provas independentes e não contaminadas.
- 3) A realização do ato de reconhecimento pessoal carece de justificação em elementos que indiquem, ainda que em juízo de verossimilhança, a autoria do fato investigado, de modo a se vedarem medidas investigativas genéricas e arbitrárias, que potencializam erros na verificação dos fatos.

O relator foi acompanhado pelos Ministros Edson Fachin e Nunes Marques. Divergiram os Ministros Ricardo Lewandowski e André Mendonça, por entenderem que, no caso concreto, as vítimas reconheceram o réu não apenas pelo WhatsApp, mas também na delegacia e, novamente, em juízo. Não obstante isso, acompanharam integralmente as teses propostas.

Posteriormente, em sessão ocorrida no dia 15/3/2022, esta colenda Sexta Turma, por ocasião do julgamento do **HC n. 712.781/RJ** (Rel. Ministro **Rogério Schietti**), **avançou em relação à compreensão anteriormente externada no HC n. 598.886/SC** e decidiu, **à unanimidade**, que, mesmo se realizado em conformidade com o modelo legal (art. 226 do CPP), o reconhecimento pessoal, embora seja válido, **não tem força probante absoluta**, de sorte que não pode induzir, por si só, à certeza da autoria delitiva, em razão de sua fragilidade epistêmica.

Confira-se, a propósito, o seguinte trecho da ementa do referido julgado:

3. Se realizado em conformidade com o modelo legal (art. 226 do CPP), o reconhecimento pessoal é válido, sem, todavia, força probante absoluta, de sorte que não pode induzir, por si só, à certeza da autoria delitiva, em razão de sua fragilidade epistêmica. Se, todavia, tal prova for produzida em desacordo com o disposto no art. 226 do CPP, deverá ser considerada inválida, o que implica a impossibilidade de seu uso para lastrear juízo de certeza da autoria do crime, mesmo que de forma suplementar. Mais do que isso, inválido o reconhecimento, não poderá ele servir nem para lastrear outras decisões, ainda que de menor rigor quanto ao standard probatório exigido, tais como a decretação de prisão preventiva, o recebimento de denúncia e a pronúncia.

III. O caso dos autos

Na sentença, a Juíza de direito assim argumentou sobre a autoria delitiva (fls. 439-446, grifei):

De início, rejeito a preliminar de nulidade do reconhecimento fotográfico e pessoal suscitada pelo Defensor.

O reconhecimento extrajudicial é um valioso elemento de prova que não pode ser desconsiderado. Com efeito. O reconhecimento do réu pela vítima é válido.

As formalidades exigidas pelo art. 226, do Cód. de Processo Penal não são obrigatórias, devendo ser observadas quando possível.

[...]

No entanto, o valor probante será aferido em conjunto com as demais provas produzidas, e por isso referida questão está afeta diretamente ao próprio mérito.

[...]

Com efeito, a vítima Solange foi firme e categórica ao reconhecer em Juízo GUILHERME como um dos autores do delito, conforme se verifica da imagem do momento do reconhecimento judicial.

Referido reconhecimento realizado com segurança e durante a instrução processual tem força probante suficiente para a condenação, e supera as vezes anteriores em que procedeu a reconhecimento de forma irregular. Isto porque, a vítima Solange foi firme em afirmar característica pessoal de GUILHERME, inclusive dizendo que poderiam pedir para ele sorrir que veriam os dentes encavalados.

No mais, as vítimas também foram uníssonas na narrativa, comprovando que, em que pese um dos comparsas não ter sido reconhecido, a tentativa de roubo ocorreu com as qualificadoras de arma de fogo e concurso de agentes.

Nesse aspecto, Solange afirmou que, num primeiro momento, dois indivíduos foram ao restaurante para pedirem comida, e,

posteriormente, lá retornaram anunciando o assalto, sendo que, no regresso, GUILHERME portava uma arma de fogo, enquanto seu comparsa forçava a grade do portão do estabelecimento na tentativa de abri-la, sem sucesso.

Diante da frustração da não consumação delitiva, os acusados empreenderam fuga sem consumir o roubo.

Patente, ainda, que através das características físicas dos indivíduos, confrontadas junto ao banco de imagens da polícia, foi possível identificar ao menos GUILHERME que também foi rapidamente reconhecido pela vítima Solange durante a audiência.

Como se vê, a negativa de GUILHERME, neste caso, não está amparada por qualquer prova, restando isolada no contexto probatório.

Demais disso, frisa-se que a vítima reconheceu, sem titubear, o réu GUILHERME como sendo o autor da tentativa de roubo majorado e não há qualquer indicio de que tenha interesse em prejudica-lo, bem como é de se considerar que, em casos de roubo, que não é praticado na presença de testemunhas, a palavra da vítima assume especial relevo.

A Corte estadual, por sua vez, manteve a sentença nos seguintes termos (fls. 577-581):

No entanto, a realidade do fato punível resulta de prova firme e harmônica, consistente sobretudo no Boletim de Ocorrência (fls. 03/4), nos Autos de Reconhecimento Fotográfico (fls. 70/1) e Pessoal (fls. 108), nos relatos das vítimas Solange Jahn Brischi de Ribeiro e Altair Chaves de Ribeiro (fls. 05, 06 e mídia digital), bem como no depoimento do Investigador de Polícia Cleber de Souza Silva (fls. 121 e mídia digital).

Com efeito, na instrução contraditória da causa a ofendia Solange recordou com nitidez como sucederam os fatos, asseverando que na data do ocorrido “estava fechando o estabelecimento, eu, meu marido e minha filha de seis anos estávamos arrumando as mesas, e quando meu marido percebeu que poderia ser um assalto pegou minha filha e saiu, colocou ela dentro do carro”. Referiu que dois indivíduos que ali chegaram “não anunciaram o assalto de primeira, pois (...) eu atendi eles normalmente, como clientes, sem nenhuma diferença, mas nisso meu marido já estava lá fora com minha filha dentro do carro já, porque ele suspeitou pelo modo de eles terem entrado, estava calor e eles entraram de jaqueta com capuz, com as mãos nos bolsos”. Esclareceu que “meu marido ficou com minha filha lá fora em modo de segurança, aí eles pegaram e saíram, falaram 'não, a gente não quer nada não' e foram embora, eu falei 'a cozinha já fechou (...), se vocês quiserem bebida pode levar', estava eu e meu cozinheiro juntos, mas eles falaram 'hoje a gente não quer nada', pegaram e se retiraram do estabelecimento”. Acrescentou que “quando eles se retiraram do estabelecimento, meu marido falou assim: 'abaixa os portões, passa os cadeados que eu vou ver se eles já foram embora, vou dar

uma volta com o carro' ”. Ato contínuo “eu abaixei os portões e as grades, coloquei o cadeado nos dois, tranquei os dois e o terceiro ficou só colocado o cadeado, e no que meu marido saiu os meninos rapidamente já estavam na frente do estabelecimento, voltaram, e como era grade eu estava para o lado de dentro e eles para o lado de fora, a chave do estabelecimento estava no meu bolso, eles falaram 'abre o portão, é um assalto', eu falei 'eu não posso abrir o portão porque meu marido levou a chave', aí eles forçaram os dois portões e o terceiro, onde fica a garagem do carro eles não forçaram, mas estava colocado o cadeado”. Nesse momento um dos rapazes “me mostrou a arma, falou 'é um assalto, você abre, a gente quer entrar', falei 'não vou conseguir abrir porque estou sem a chave' (...), aí como demorou para abrir e é uma avenida movimentada, eles falaram 'a gente vai voltar', aí eles foram embora”. Asseverou que “não teve roubo, só teve a tentativa, mostraram a arma e disseram que iam voltar”, bem como que “um dos meninos era loirinho e o outro (...) tinha os dentes encavalados (...) eu lembro dos rostos deles”. Concluiu afirmando que “na delegacia foram mostradas as fotos dos meninos e eu falei são esses e logo depois mais tarde teve o reconhecimento também da face de somente um, porque o outro não foi preso (...), reconheci pessoalmente um deles sem dúvida, era o do dente encavalado, que mostrou a arma”. Registre-se que durante a audiência quatro indivíduos foram colocados lado a lado, segurando placas numeradas de um a quatro, oportunidade em que Solange identificou Guilherme como sendo um dos sujeitos ativos do delito, afirmando “é o número um” (mídia digital).

Apesar de Altair não ter reconhecido o increpado, narrou os fatos no mesmo sentido de Solange, assegurando em Juízo que dois homens “entraram no restaurante de cabeça baixa, de jaqueta de capuz (...), e a gente só não foi rendido porque não fomos os dois para dentro, eu suspeitei e tirei minha filha para fora, porque senão eles poderiam enquadrar a gente e levar para os fundos do estabelecimento”. Contou também que “quando eu fiz a volta no quarteirão e voltei para a frente do estabelecimento eles saíram correndo (...) e nesse meio tempo minha esposa chamou a polícia”. Mencionou ainda que “no dia em que eles tentaram fazer o furto meu aqui, eles não conseguiram e foram filmados na Alameda Paulista numa pizzaria e nessa pizzaria eles conseguiram efetuar o roubo, **aí passaram uns dias e os policiais investigando passaram no restaurante e trouxeram as fotos deles, que foram filmados no mesmo dia que tentaram roubar a gente (...), minha esposa reconheceu (...), porque ela ficou de frente com eles**” (fls. 05 e mídia digital).

Ora, não há razão para desacreditar das palavras das vítimas, que não conheciam o acusado e por conseguinte não alimentavam motivo para falsamente incriminá-lo.

E “no campo probatório já se decidiu a palavra da vítima de um assalto é sumamente valiosa, pois, incidindo sobre o proceder de desconhecidos, seu único interesse é apontar os verdadeiros culpados e narrar-lhes a atuação, não acusar inocentes” (RT 484/320).

No pertinente ao reconhecimento fotográfico, registre-se que a lei adjetiva não proíbe essa modalidade de identificação e os Tribunais constantemente enfatizam seu valor, desde que, naturalmente, sejam adotadas as cautelas de praxe, evitando-se qualquer espécie de induzimento.

Não custa registrar que, ao contrário do aduzido pela d. Defensoria, o reconhecimento pessoal não se encontra eivado de irregularidades: a uma porque, como dito, em Juízo o irrogado foi colocado ao lado de outros indivíduos (vide mídia digital); a duas porque o artigo 226, inciso II, do Código de Processo Penal, consubstancia mera recomendação procedimental e não norma cogente com aptidão para invalidar o ato ora impugnado.

A corroborar a inclinação do contexto probatório, na instrução contraditória da causa o servidor público Cleber rememorou que “foi lavrada a ocorrência e chegou para nós, eu trabalhava nessa época na DIG, chegou para mim essa ocorrência, nós fizemos diversas diligências e levantamos de acordo com as características, como eles (Obs. do Relator: os réus) já são conhecidos do meio, levantamos junto ao nosso acervo de fotografias vários meliantes que já são conhecidos em nosso meio policial com as mesmas características”. Acrescentou que “convidei tanto o proprietário (Obs. do Relator: Altair) como sua esposa (Obs. do Relator: Solange) para virem até a Delegacia para fazerem o reconhecimento fotográfico, mostrei diversas fotografias para eles e o marido dela, como já era esperado, não conseguiu reconhecer ninguém, já a esposa dele que teve contato na grade e eles estavam de cara limpa, sem nada obstruindo a face, reconheceu de pronto os dois” (mídia digital).

[...]

Diante desse panorama fático tem-se que toda a prova se entrelaça para comprometer irremediavelmente o insurgente, valendo repisar que em Juízo Guilherme foi posicionado ao lado de outros indivíduos (de acordo com o que dispõe o artigo 226, inciso II, do código de ritos), tendo Solange o identificado com firmeza como um dos autores da tentativa de rapina, afirmando, inclusive, que era ele quem portava arma.

Como se vê, não resta a mais pálida dúvida acerca da responsabilidade criminal que cabe a Guilherme:- a condenação exsurgia como medida de rigor.

Depreende-se dos autos a seguinte dinâmica fática.

Em 15/5/2019, as vítimas sofreram uma tentativa de roubo no restaurante que possuem.

Em 24/5/2019, a vítima Solange efetuou o reconhecimento fotográfico dos dois suspeitos (fls. 70-71).

Decretada a prisão temporária do paciente, ele foi reconhecido pessoalmente pela ofendida na delegacia em 14/8/2019 (fl. 108).

Depois, em 12/1/2021, em juízo, o ato foi repetido, oportunidade em que o paciente foi novamente reconhecido, mas o corréu não.

Cabe salientar, entretanto, conforme pontuei no julgamento monocrático, que, **além de os reconhecimentos não haverem sido corroborados por nenhuma outra prova**, o ofendido Altair afirmou em seu depoimento que, **dias depois do crime, os policiais compareceram ao estabelecimento e mostraram imagens do acusado às vítimas**, a evidenciar possível sugestionamento na identificação posteriormente formalizada na delegacia. Confira-se (fls. 578-579):

[...] no dia em que eles tentaram fazer o furto meu aqui, eles não conseguiram e foram filmados na Alameda Paulista numa pizzaria e nessa pizzaria eles conseguiram efetuar o roubo, aí **passaram uns dias e os policiais investigando passaram no restaurante e trouxeram as fotos deles**, que foram filmados no mesmo dia que tentaram roubar a gente (...), minha esposa reconheceu (...), porque ela ficou de frente com eles.

Ao contrário do sustentado pelo Ministério Público Federal no agravo, a afirmação da vítima de que o criminoso tinha “dentes encavalados” não basta, diante da nulidade do reconhecimento, para embasar, por si só, a autoria, sobretudo porque tal característica não é única e está presente em inúmeras pessoas na população.

Conforme registram Lilian M. Stein e Gustavo N. Ávila, um procedimento comumente usado para o reconhecimento é o **chamado *show-up***, que consiste em exibir apenas a pessoa suspeita, ou sua fotografia, e solicitar que a vítima ou testemunha reconheça se essa pessoa suspeita é, ou não, autora do crime. Nesse procedimento, a testemunha/vítima compara o rosto do suspeito com a representação mental do criminoso e responde se ambos são a mesma pessoa, podendo reconhecer um inocente simplesmente por este ser semelhante ao autor do crime (STEIN, Lilian. M.; ÁVILA, Gustavo. N. *Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses*.

Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça (Série Pensando Direito, n. 59), 2015. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf. Acesso em: fev. 2022).

Estudos sobre a epistemologia jurídica e a psicologia do testemunho alertam que **o *show-up* é contraindicado**, por ser o procedimento com maior risco de falso reconhecimento. Com efeito, o maior problema dessa dinâmica adotada pela autoridade policial reside no seu **efeito indutor**, porquanto se estabelece uma percepção precedente, ou seja, um pré-juízo acerca de quem seria o autor do delito, que acaba por contaminar e comprometer a memória. E, uma vez que a testemunha ou a vítima reconhece alguém como o autor do delito, **há uma tendência a repetir a mesma resposta em reconhecimentos futuros**, pois sua memória estará mais ativa e predisposta a tanto (CECCONELLO, William Weber; AVILA, Gustavo Noronha; STEIN, Lilian Milnitsky. *A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho*. Revista Brasileira de Políticas Públicas. v. 8, n. 2, p. 1.057-1.073, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v8i2.5312>. Acesso em: fev. 2022).

Nesse sentido, também, é o documento *Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses*, produzido pelo **Ministério da Justiça** em 2015:

Quanto ao show-up, mesmo em situações tidas como ideais, a literatura científica é uníssona em não recomendar sua realização, tendo em vista o alto grau de sugestibilidade envolvido nesta prática. [...]

Como vimos em nossa análise da literatura científica, **esta é a forma de reconhecimento que mais expõe a vítima/testemunha à possível distorção de sua memória para o verdadeiro suspeito**. A adoção da prática de reconhecimento através de show-up pode, inclusive, ter como potencial consequência a implantação de uma falsa memória na testemunha sobre a identidade do ator do delito.

(Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf. Acesso em: fev. 2022).

Acerca desse procedimento, bem explica Aury Lopes Júnior que:

Não há dúvida de que o reconhecimento por fotografia (ou mesmo quando a mídia noticia os famosos “retratos falados” do suspeito) contamina e compromete a memória, de modo que essa ocorrência passada acaba por comprometer o futuro (o reconhecimento pessoal), havendo uma indução em erro. Existe a formação de uma imagem mental da fotografia, que culmina por comprometer o futuro reconhecimento pessoal. Trata-se de uma experiência visual comprometedora.

Portanto, é censurável e deve ser evitado o reconhecimento por fotografia (ainda que seja mero ato preparatório do reconhecimento pessoal), dada a contaminação que pode gerar, poluindo e deturpando a memória. Ademais, o reconhecimento pessoal também deve ter seu valor probatório mitigado, pois evidente sua falta de credibilidade e fragilidade.

(Direito processual penal. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 512-513).

Não obstante o ato de reconhecimento irregular haja sido repetido pessoalmente em juízo, a repetição do ato não convalida os vícios pretéritos. Isso porque não há dúvidas de que o reconhecimento inicial, que foi realizado em desconformidade com o disposto no art. 226 do CPP, **afeta todos os subsequentes**, haja vista que, conforme se assentou no julgamento do HC n. 712.781/RJ, o reconhecimento de pessoas é considerado como uma **prova cognitivamente irrepetível**.

O primeiro julgado paradigma sobre o tema (HC n. 598.886/SC) – como, também, os a ele posteriores – amparou-se, entre outros, em interessante conclusão de pesquisa realizada nos Estados Unidos, conduzida pelo professor Brandon Garrett, a qual apontou que **a repetição de procedimentos de identificação não confere maior grau de confiabilidade a um reconhecimento**. Evidenciou-se, no entanto, uma correlação entre a quantidade de vezes que uma testemunha/vítima é solicitada a reconhecer uma mesma pessoa e a produção de uma resposta positiva.

Em amostra com **161 condenações de inocentes revertidas** após a realização de exame de DNA, **57% dos casos contaram com mais de um procedimento de identificação**: a testemunha admitiu em juízo que, inicialmente, não tinha certeza quanto à autoria do delito e que passou a reconhecer o acusado somente depois do primeiro reconhecimento (Innocence Project Brasil. *Prova de reconhecimento e erro judiciário*. São Paulo. 1. ed., jun. 2020, p. 13).

Daí a razão pela qual as psicólogas Nancy K. Steblay e Jennifer E. Dysart recomendam não só que sejam evitados procedimentos de identificação que usam um mesmo suspeito como também que identificações produzidas por procedimentos repetidos não sejam consideradas tão confiáveis, justamente porque quanto mais vezes uma testemunha for solicitada a reconhecer uma mesma pessoa, mais provável ela desenvolver falsa memória a seu respeito (STEBLAY, Nancy K.; DYSART, Jennier. E. Repeated eyewitness identification procedures with the same suspect. *Journal of Applied Research in Memory and Cognition* *apud* Innocence Project Brasil. *Prova de reconhecimento e erro judiciário*. São Paulo. 1. ed., jun. 2020, p. 13).

Não por outro motivo, Gustavo A. Arocena, ao se referir à doutrina jurídica argentina, afirma ser unânime naquele país o entendimento de que o reconhecimento pessoal é um ato definitivo e irreprodutível, porque **não se pode repeti-lo em idênticas condições** (El reconocimiento por fotografía, las atribuciones de la Policía Judicial y los actos definitivos e irreproductibles. In: *Temas de derecho procesal penal* (contemporâneos). Córdoba: Editorial Mediterránea, 2004, p. 97).

No mesmo sentido, alerta o Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDDD que:

[...] um reconhecimento futuro, mesmo que utilizando um alinhamento justo, já estará contaminado devido aos reconhecimentos informais realizados previamente. Nesse sentido, o reconhecimento realizado por meio de show-up ou álbum de fotos não deve ser aceito como elemento informativo, mesmo quando a testemunha é solicitada posteriormente a realizar um reconhecimento por meio de alinhamento (*Prova sob suspeita*. Linhas defensivas sobre o reconhecimento de pessoas e a prova testemunhal. Disponível em: <https://iddd.org.br/linhas-defensivas-sobre-o-reconhecimento-de-pessoas-e-a-prova-testemunhal/>. Acesso em fev. 2022, p. 37).

Reitero, ainda, que, **além de não haver sido seguido o procedimento previsto no art. 226 do CPP**, não foi apontado absolutamente nenhum outro elemento que pudesse corroborar o reconhecimento, **o qual**, por si só, não é

suficiente para um decreto condenatório, em razão de sua fragilidade epistêmica.

Não se trata, aqui, de insinuar que a vítima mentiu.

Chamo a atenção, nesse ponto, para o fundamental conceito de “**erros honestos**” trazido pela epistemologia do testemunho. Para esse ramo da ciência, o oposto da ideia de “**mentira**” não é a “**verdade**”, mas sim a “**sinceridade**”. Quando se coloca em dúvida a confiabilidade do reconhecimento feito pela vítima, mesmo nas hipóteses em que ela diga ter “certeza absoluta” do que afirma, não se está a questionar a idoneidade moral daquela pessoa ou a imputar-lhe má-fé, vale dizer, não se insinua que ela esteja mentindo para incriminar um inocente. De forma alguma.

O que se pondera, apenas, é que, não obstante a vítima esteja sendo sincera, isto é, afirmando aquele fato de boa-fé, a afirmação dela pode não corresponder à realidade por decorrer de um “erro honesto”, causado pelo fenômeno das falsas memórias. Um dos principais estudiosos do tema no Brasil, Vitor de Paula Ramos bem esclarece a questão:

A forma mais instintiva de definir a mentira é aquela constante tanto no Código Penal brasileiro quanto no Código Penal espanhol: “fazer afirmação falsa” ou “faltar com a verdade”. Na doutrina, portanto, há vozes afirmando que “mentir em geral envolve dizer algo que é falso”.

Não obstante, tal definição não parece precisa: **alguém que detém e acredita em uma informação falsa, pode passá-la adiante sem que isso configure uma mentira. Trata-se do erro honesto.** A diferença é sutil, mas visível: alguém que tem uma moeda no bolso e sabe disso mente ao afirmar que não possui uma moeda no bolso. Por outro lado, alguém que tem uma moeda no bolso e não sabe disso não mente, mas comete um erro honesto, ao afirmar que não possui uma moeda no bolso.

O testemunho, portanto, pode ser falso em pelo menos dois modos: mediante mentiras ou mediante erros honestos. É que a mentira ocorre não quando alguém afirma o falso, mas sim quando afirma o que acredita ou sabe ser falso. Afinal, a testemunha não pode ter uma crença sobre algo que acredita ser falso (o que seria uma contradição lógica), mas pode expressar algo em que não acredita. E isso é mentir.

Via de regra faz-se, no direito, uma contraposição indevida entre verdade e mentira. Habitualmente, afinal, tem-se que o contrário de estar mentindo é estar falando a verdade. Não obstante, como mencionado, nem sempre que a informação

dada pela testemunha (ou por qualquer outra pessoa) não corresponder ao que efetivamente ocorreu haverá mentira.

O direito, em outras palavras, não faz, em geral, uma diferenciação essencial, entre **dois pares de antônimos: verdade e inverdade, e mentira e sinceridade.**

Do ponto de vista da verdade e da inverdade, será inverídica a informação/recordação que não corresponder ao que realmente ocorreu, e será verídica aquela que corresponder. **Do ponto de vista da mentira, por sua vez, essa tem seu contrário na sinceridade, que tem a que ver com a memória do sujeito, não com a realidade: grosso modo, mente quem narra uma versão diferente da sua memória. É sincero quem narra uma versão igual à sua memória.**

É possível, portanto, que a testemunha tenha percebido de maneira equivocada o que ocorreu, de modo que, nesse caso, seu depoimento conterá informações inverídicas, não correspondentes à realidade (mas nem por isso haverá mentira). Isso porque a testemunha narra, supostamente a partir de uma recordação. A narrativa pode corresponder ou não à recordação, e a recordação pode ou não corresponder à realidade. São passos diferentes. Pode inclusive dar-se, destarte, situação em que o sujeito esteja mentindo (na medida em que está declarando possuir uma memória diferente daquela que, na verdade, possui), mas falando a verdade (na medida em que a sua narrativa corresponde à realidade, isto é, ao que realmente ocorreu). A narrativa não corresponderá à recordação (mentira), mas acabará coincidindo com a realidade (veracidade).

(RAMOS, Vitor Lia de Paula. *Prova testemunhal: do subjetivismo ao objectivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e epistemologia*. 2018. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Universitat de Girona, Porto Alegre e Girona, 2018, p. 66-67, destaquei).

Assim, trata-se de um erro honesto, e não de uma mentira, porque a vítima acredita piamente no que está dizendo; entretanto, muitas vezes – como demonstram as inúmeras estatísticas sobre condenações injustas baseadas em reconhecimentos equivocados – sua percepção diverge do que realmente aconteceu.

Conforme pontua Janaina Matida, "vítimas e testemunhas podem não ter motivos para mentir, o que não afasta o perigo de **erros honestos** sejam por elas cometidos em razão de falsas memórias" (*O reconhecimento de pessoas não pode ser porta aberta à seletividade penal*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-18/limite-penal-reconhecimento-pessoas-nao->

É de se obterem, também, que **não há razão que justifique correr-se o risco de consolidar, na espécie, possível erro judiciário, mercê da notória fragilidade do conjunto probatório**. Não é despidendo lembrar que, em um modelo processual onde sobrelevam princípios e garantias voltados à proteção do indivíduo contra eventuais abusos estatais que interfiram em sua liberdade, **dúvidas relevantes hão de merecer solução favorável ao réu (*favor rei*)**. Afinal, A certeza perseguida pelo direito penal mínimo está, ao contrário, em que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune. (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 85).

Um dos grandes perigos dos modelos substancialistas de direito penal – alerta o jusfilósofo peninsular – é o de que, em nome de uma fundamentação metajurídica (predominantemente de cunho moral ou social), se permita incontrolado subjetivismo judicial na determinação em concreto do desvio punível. Daí por que a verdade a que aspira esse modelo é a chamada "verdade substancial ou material", ou seja, uma verdade absoluta, carente de limites, não sujeita a regras procedimentais e infensa a ponderações axiológicas, o que, portanto, degenera em julgamentos privados de legitimidade, ante a ausência de apoio ético no modo de ser do processo.

De lado oposto, sob a égide de um processo penal de cariz garantista – o que nada mais significa do que concebê-lo como atividade estatal sujeita a permanente avaliação de conformidade com a Constituição da República ("O direito processual penal não é outra coisa senão Direito constitucional aplicado", dizia-o W. Hassemer) –, busca-se uma verdade processual em que a reconstrução histórica dos fatos objeto do juízo se vincula a regras precisas, que assegurem às partes maior controle sobre a atividade jurisdicional.

Assim, **não é possível ratificar a condenação do recorrente, visto que apoiada apenas em prova desconforme ao modelo legal e desacompanhada de**

outros elementos.

IV. Dispositivo

À vista do exposto, nego provimento ao agravo regimental.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2022/0165170-0

AgRg no
AREsp 2.137.848 /
SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15022329620208260037 15022329620208260037 15025083020208260037
15025083020208260037 15199824820198260037 21654882019

EM MESA

JULGADO: 22/08/2023

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ ELAERES MARQUES TEIXEIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : GUILHERME GIVIANI SANTANA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU : RENE DE MELO SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : GUILHERME GIVIANI SANTANA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

C5425245154=461155551@ 2022/0165170-0 - AREsp 2137848 Petição : 2023/0073250-8 (AgRg)