HABEAS CORPUS Nº 598.886 - SC (2020/0179682-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
		DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
		THIAGO YUKIO GUENKA CAMPOS - SC036306
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	:	VANIO DA SILVA GAZOLA (PRESO)
PACIENTE	:	IGOR TARTARI FELACIO (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
INTERES.	:	INNOCENCE PROJECT BRASIL - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADOS	:	FLÁVIA RAHAL BRESSER PEREIRA - SP118584
		DORA MARZO DE A CAVALCANTI CORDANI - SP131054
		RAFAEL TUCHERMAN - SP206184
INTERES.	:	INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA - MARCIO THOMAZ BASTOS - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADOS	:	FLÁVIA RAHAL BRESSER PEREIRA - SP118584
		MARINA DIAS WERNECK DE SOUZA - SP157282
		HUGO LEONARDO - SP252869
		GUILHERME ZILIANI CARNELOS - SP220558
ADVOGADA	:	DOMITILA KOHLER - SP207669

EMENTA

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

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

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

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

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

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

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

6. É de se exigir que as polícias judiciárias (civis e federal) realizem sua função investigativa comprometidas com o

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

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

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

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

10. Sob tais condições, o ato de reconhecimento do primeiro paciente deve ser declarado absolutamente nulo, com sua consequente absolvição, ante a inexistência, como se deflui da sentença, de qualquer outra prova independente e idônea a formar o convencimento judicial sobre a autoria do crime de roubo que lhe foi imputado.
11. Quanto ao segundo paciente, teria, quando muito – conforme reconheceu o Magistrado sentenciante – emprestado o veículo usado pelos assaltantes para chegarem ao restaurante e fugirem do local do delito na posse dos objetos roubados, conduta que não pode ser tida como determinante para a prática do delito, até porque não se logrou demonstrar se efetivamente houve tal empréstimo do automóvel com a prévia ciência de seu uso ilícito por parte da dupla que cometeu o roubo. É de se lhe reconhecer, assim, a causa geral de diminuição de pena prevista no art. 29, § 1º, do Código Penal (participação de menor importância).
12. **Conclusões**:
1) O reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime;
2) À vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo;
3) Pode o magistrado realizar, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório, bem como pode ele se convencer da autoria delitiva a partir do exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento;
4) O reconhecimento do suspeito por simples exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo.

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

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

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, conceder o habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, com os esclarecimentos do Sr. Ministro Nefi cordeiro. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dra. DORA MARZO DE A CAVALCANTI CORDANI, pela parte INTERES.: INNOCENCE PROJECT BRASIL

Dr. THIAGO YUKIO GUENKA CAMPOS(Protestará por Juntada)

, pelas partes PACIENTES: VANIO DA SILVA GAZOLA e IGOR TARTARI FELACIO

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ ADONIS CALLOU DE ARAÚJO SÁ, SUBPROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Brasília, 27 de outubro de 2020

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
Relator

HABEAS CORPUS Nº 598.886 - SC (2020/0179682-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA THIAGO YUKIO GUENKA CAMPOS - SC036306
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	:	VANIO DA SILVA GAZOLA (PRESO)
PACIENTE	:	IGOR TARTARI FELACIO (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
INTERES.	:	INNOCENCE PROJECT BRASIL - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADOS	:	FLÁVIA RAHAL BRESSER PEREIRA - SP118584 DORA MARZO DE A CAVALCANTI CORDANI - SP131054 RAFAEL TUCHERMAN - SP206184
INTERES.	:	INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA - MARCIO THOMAZ BASTOS - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADOS	:	FLÁVIA RAHAL BRESSER PEREIRA - SP118584 MARINA DIAS WERNECK DE SOUZA - SP157282 HUGO LEONARDO - SP252869 GUILHERME ZILIANI CARNELOS - SP220558
ADVOGADA	:	DOMITILA KOHLER - SP207669

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

VÂNIO DA SILVA GAZOLA e IGOR TÁRTARI FELÁCIO alegam ser vítimas de coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**, que conheceu parcialmente da Apelação Criminal n. 0001199-22.2019.8.24.0075 e, nessa extensão, negou-lhe provimento.

Consta dos autos que os réus foram condenados, cada um, à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais multa, como incursos no art. 157, § 2º, II, do CP. A condenação transitou em julgado em 27/8/2020.

A defesa aduz, em síntese, que o **paciente Vânio** foi condenado, exclusivamente, com base em reconhecimento fotográfico extrajudicial realizado pelas vítimas, o que não foi corroborado por outros elementos probatórios. Observa que, "no caso específico dos autos, as vítimas relataram que teriam indicado o autor do assalto com altura de 1,70 m, sendo que o Paciente VÂNIO possui 1,95 m de altura, ou seja, 25 centímetros a mais do que o afirmado pelas vítimas" (fl. 8).

Em relação ao **paciente Igor**, afirma que deve ser reconhecida a causa geral de diminuição de pena relativa à participação de menor importância e pondera que a denúncia atribuiu a ele "simplesmente a conduta de emprestar o carro utilizado pelos demais agentes para praticarem o assalto" (fl. 17).

Requer, liminarmente, sejam sobrestados os efeitos da condenação, até o julgamento final deste *writ*. No mérito, pleiteia a absolvição do réu Vânio e a redução da pena imposta ao paciente Igor, nos termos do art. 29, § 1º, do CP.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do habeas corpus.

Às fls. 661-669, a defesa reitera o deferimento do pedido liminar, para que sejam suspensos os efeitos da condenação em relação ao paciente Vânio. O pleito foi por mim **concedido** "para sobrestar, até o julgamento final deste *writ*, o cumprimento da pena imposta ao paciente Vânio da Silva Gazola, nos autos do Processo n. 0001199-22.2019.8.24.0075" (fl. 673).

HABEAS CORPUS Nº 598.886 - SC (2020/0179682-3)

EMENTA

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

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

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

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

4. O reconhecimento de pessoa por meio fotográfico é ainda mais problemático, máxime quando se realiza por simples exibição ao reconhecedor de fotos do conjecturado suspeito extraídas de álbuns policiais ou de redes sociais, já previamente selecionadas pela

autoridade policial. E, mesmo quando se procura seguir, com adaptações, o procedimento indicado no Código de Processo Penal para o reconhecimento presencial, não há como ignorar que o caráter estático, a qualidade da foto, a ausência de expressões e trejeitos corporais e a quase sempre visualização apenas do busto do suspeito podem comprometer a idoneidade e a confiabilidade do ato.

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

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

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

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

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

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

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

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

12. **Conclusões**:

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

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

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

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

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

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

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Contextualização

Consta dos autos que os pacientes foram condenados, cada um, à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais multa, como incursos no art. 157, § 2º, II, do CP, porque, em tese, teriam sido os autores de delito de roubo realizado dentro de um restaurante, com emprego de arma de fogo. A condenação **transitou em julgado** em 27/8/2020, segundo informação constante da página eletrônica do TJSC.

O Juiz sentenciante, ao concluir pela condenação de ambos os acusados em relação à prática do referido crime, assim fundamentou, no que interessa (fls. 531-534, grifei):

> No que diz respeito à autoria, os depoimentos colhidos em ambas as fases são claros e não deixam margem para dúvidas quanto a união de esforços dos réus Igor e Vânio na prática da infração penal.
> Por outro lado, o depoimento das vítimas encontram consonância em suas declarações, iniciando pelo relato de **Josinei** Moreira, narrando o que se recorda: Que estava jantando no restaurante Costelão, que é anexo ao posto Presidente; que entraram dois cidadãos e anunciaram o assalto; que primeiro foram no caixa do posto e limparam o que havia ali; que na sequência foram até os clientes que estavam jantando; que pegaram os celulares e carteiras com dinheiro e documentação; [...] que não viu se os indivíduos estavam de carro ou à pé; que uma senhora que mora em cima do restaurante (ou ao lado), que era um hotel, quem mencionou que os indivíduos estavam com um corsa bordô;
> [...] que o depoente viu dois assaltantes; [...] que estavam de bermuda, chinelo, moletom/agasalho; **que um dos indivíduos estava com um capuz (que tapava a boca e o nariz) e o outro com um capuz e um lenço tapando a boca e o nariz**; [...] que o depoente não viu arma, mas percebeu que havia algo por baixo da jaqueta/moletom parecido com uma arma ou pistola e que apontavam para as vítimas; que o outro indivíduo ficava na outro lado do buffet com outro pessoal, **que o depoente viu mais o indivíduo que estava com capuz na cabeça sem o lenço no rosto**; [...] que o depoente presenciou somente ameaça verbal; [...] que do depoente subtraíram celular e carteira com

documentos e dinheiro; que não recuperou nenhum dos objetos; que o depoente não foi fazer reconhecimento na delegacia; [...]. (depoimento audiovisual fl. 417).

No mesmo sentido é o depoimento de **Tailor** Vieira, cliente do estabelecimento e que foi o primeiro dos clientes a ser abordado pelos assaltantes: Que o depoente estava no local jantando; que entraram dois assaltantes; que um deles ficou no caixa e o outro levou os pertences do depoente; **que estavam encapuzados, somente com os olhos descobertos**; [...] que levaram do depoente carteira com documentos e dinheiro (seiscentos reais) e celular; que o depoente não recuperou nada desses objetos; [...] que o indivíduo que abordou o depoente sinalizava por baixo das vestes que estava armado; que o depoente não viu arma; que foram feitas ameaças verbais; [...] que os indivíduos eram brancos, que tem certeza de que nenhum deles era negro porque a pele era clara; [...] **que acredita que tinha estatura de cerca de 1,70 (um metro e setenta)** e voz de "gurizão"; [...]. (depoimento audiovisual fl. 418-419).

O funcionário do restaurante **Guilherme** Costa Flores Rodrigues, que também teve seus objetos roubados na oportunidade descreveu o que presenciou: Que trabalha no restaurante Costelão e trabalhava no dia em que ocorreu o fato; que o depoente estava trabalhando na copa e atendendo os clientes quando entraram dois indivíduos; que um deles se dirigiu ao caixa e o outro foi tirando as coisas dos clientes; que o primeiro que entrou pediu para o depoente ficar parado; que retiraram as carteiras e celulares dos clientes e saíram; [...] que do caixa do restaurante foi levado pouco dinheiro; [...] **que realizou o reconhecimento na delegacia mas não tem certeza porque estavam encapuzados**; [...] que um dos indivíduos era mais alto que o depoente [...]. (depoimento audiovisual fl. 418-419).

Por fim, o relato de **Viviany** Rech Bento Back, que estava no caixa no momento da ação criminosa: Que a depoente estava trabalhando no dia do fato; que por volta das 19h, **entraram dois indivíduos e anunciaram o assalto; que estavam com capuz de moletom cobrindo o rosto**; que um deles estava armado e foram recolhendo os pertences dos clientes que estavam no estabelecimento, dos funcionários e do caixa do restaurante; [...] **que o reconhecimento foi feito através das filmagens das câmeras porque os indivíduos estiveram no estabelecimento mais cedo, no período da tarde e trajavam a mesma roupa no assalto, que o proprietário do restaurante conseguiu reconhecer; [...] que na delegacia a depoente conseguiu reconhecer com convicção o sujeito Vanio Gazola, que era o indivíduo que ficou próximo da depoente**; [...] que foram subtraídos celulares e carteiras dos clientes, do restaurante

> foi subtraído o dinheiro do caixa; [...] que os indivíduos estavam em um carro prata; [...] **que a depoente confirma o relatado em seu depoimento de que o indivíduo que estava próximo de si tinha cerca de 1,70 (um metro e setenta) com base na altura da depoente**, que é cerca de 1,60 (um metro e sessenta); [...] que **a depoente não viu o indivíduo com nitidez, viu mais a parte da boca e o nariz (que era grande), barba por fazer; que estava de moletom com capuz; [...] que não tem dúvida de que o reconhecimento que fez na delegacia era relacionado à pessoa que estava próximo à depoente.** (depoimento audiovisual fl. 418-419).
> [...]
> Os elementos informativos e provas contidos nos autos demonstram a autoria do crime em relação aos acusados, que, em comunhão de esforços, com a intenção de alcançar vantagem patrimonial em detrimento do patrimônio alheio, mediante grave ameaça, subtraíram carteiras com documentos e dinheiro e celulares, retirando-os da esfera de vigilância das vítimas.
> **Constata-se que as vítimas, em ambas as fases, mencionaram, categoricamente, que dois indivíduos chegaram e adentraram no estabelecimento anunciando o assalto e dividiram tarefas**, sendo que um ficou próximo ao caixa do restaurante e após recolher o dinheiro que havia, fico observando a ação do comparsa que, aparentemente armado, fazia ameaças e recolhia os pertences das vítimas. Ato contínuo, os réus assumiram a direção do veículo de Igor e empreenderam fuga.
> **A vítima Viviany Rech Bento Back foi categórica em seu depoimento e reafirmou que reconheceu o acusado Vanio da Silva Gazola, que estava próximo de si durante o assalto, e mesmo usando capuz, o qual caía várias vezes segundo relato, foi suficiente para a depoente notar as características físicas que a levaram ao reconhecimento do acusado.**
> **A menção das vítimas sobre a estatura de um dos acusados, não deve ser tomado isoladamente, para, de modo totalmente contrário aos demais elementos colhidos, afastar a condenação.**
> **Calha consignar que foram abordadas e surpreendidas dentro do restaurante enquanto jantavam, sendo ameaçadas para que não olhassem para os acusados.**

A defesa, então, interpôs apelação ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que conheceu em parte do recurso e, nessa extensão, negou-lhe provimento. Na ocasião, a referida Corte afastou a pretendida absolvição do réu Vânio, com base nos seguintes argumentos (fls. 617-618, destaquei):

> **Assim, absolutamente possível o reconhecimento fotográfico de pessoas em sede policial, a despeito das disposições do art. 226 do CPP,** especialmente em casos como o dos autos, em que o reconhecido não foi preso em flagrante.
> **Ademais, importante ressaltar que a vítima Viviany Rech Bento Back afirmou judicialmente que confirma o reconhecimento realizado na Delegacia de Polícia, apesar de na data da audiência afirmar que não teria condições de reconhecer novamente Vânio em razão do transcurso de tempo (registro audiovisual de fls. 418-419)**.
> No que se refere à questão da altura do Apelante Vânio, que foi apontada pelas vítimas como sendo de aproximadamente um metro e setenta centímetros, quando consta do documento de fl. 24 que ele teria cerca de um metro e noventa e cinco centímetros, tem-se que não afasta a credibilidade do reconhecimento feito no dia seguinte aos fatos, uma vez que as vítimas apontaram detalhes da face de Vânio, que estava com o rosto apenas parcialmente coberto.
> Não bastasse, **as imagens apresentadas pela própria Defesa às fls. 475-576, também demonstram as semelhanças entre o autor do fato que aparece nas imagens das câmeras de segurança e Vânio, especialmente a estatura, o formato do nariz e até mesmo o corte de cabelo, o que corrobora o reconhecimento efetuado pelas Vítimas na Delegacia de Polícia.**
> Portanto, afasta-se a preliminar arguida.

II. O reconhecimento de pessoas como meio probatório

A defesa aduz, em síntese, que o **paciente Vânio** foi condenado, exclusivamente, com base em reconhecimento fotográfico extrajudicial realizado pelas vítimas, que não foi corroborado por outros elementos probatórios, circunstância insuficiente para lastrear um decreto condenatório.

Antes, contudo, de adentrar o mérito da discussão, convém salientar que o exame da controvérsia **não demanda reexame de prova** – inviável no rito de cognição estreita do habeas corpus –, mas sim **valoração da validade de prova**, o que é perfeitamente admitido no julgamento do *writ*.

Feitos esses esclarecimentos, faço lembrar que, segundo o disposto no art. 155 do CPP, *in verbis*: "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, ressalvadas as **provas cautelares, não repetíveis e antecipadas**". É a chamada garantia do livre convencimento motivado.

O art. 157 do CPP, por sua vez, dispõe que **são inadmissíveis, no processo penal, as provas ilícitas**, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, **e as provas delas derivadas**, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras ou quando as derivadas puderem ser obtidas por fonte independente.

Sobre a matéria, é conhecida e usual a distinção, atribuída a Pietro Nuvolone, entre **provas ilícitas** e **provas ilegítimas**. Conforme lições de Grinover, Fernandes e Gomes Filho, "a prova é ilegal toda vez que sua obtenção caracterize violação de normas legais ou princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. **Quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova será ilegítima** (ou ilegalmente produzida); quando, pelo contrário, **a proibição for de natureza material, a prova será ilicitamente obtida"** (GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 131, grifei).

Antônio Scarance Fernandes, acerca do referido dispositivo legal, nesse sentido, assinala:

> O tema da prova ilícita passou a ser objeto de tratamento no artigo 157 do Código de Processo Penal, com a redação que lhe foi dada pela lei 11.690/2008. O novo dispositivo define (*caput* do art. 157) **como provas ilícitas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais**, devendo-se entender como normas legais apenas as de natureza material, precipuamente as que definem as infrações penais. Não se pode abranger, aí, as **normas processuais**, pois, em relação a essas, o regime é outro, de vez que, em caso de serem ofendidas, **resolve-se pela declaração de nulidade**, enquanto, em caso de ilicitude na produção da prova, deve ela ser desentranhada (*caput* do art. 157). (*Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 86).

De fato, a existência de distinção entre as provas ilegítimas e as ilícitas, para além da natureza do direito violado (material ou processual), se dá, também, quanto aos efeitos ou à sanção aplicável (inadmissibilidade ou

nulidade). **A inadmissibilidade da prova ilícita impede o seu ingresso (ou, se já produzida, sua exclusão) no processo, enquanto a ilegítima será sancionada com sua nulidade**. Vale dizer, as provas produzidas com violação das normas procedimentais serão nulas e não produzirão resultados no processo, o que, todavia, não impede que sejam refeitos os atos, em conformidade com a lei, de modo a possibilitar, assim, o aproveitamento da fonte de prova.

No tocante ao reconhecimento de pessoas e coisas, 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 em face 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 do lado das outras**.

O reconhecimento busca, em última análise, indicar com precisão a pessoa contra a qual se realiza determinada imputação.

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).

Ainda na visão de Aury Lopes Júnior e de Joselton Calmon Braz Correia, "o reconhecimento pessoal falha nas duas dimensões: na legislativa porque nosso CPP disciplina parcamente a matéria; e na dimensão das práticas policiais, por falta de preparo e de agentes capacitados para realizá-lo com o menor nível de contaminação, indução e cautela necessários." (*Ainda precisamos falar sobre o falso reconhecimento pessoal...* Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-nov-08/limite-penal-ainda-precisamos-falar-falso-reconhecimento-pessoal#. Acesso em: set. 2020).

Na espécie, não houve qualquer cuidado com a observância do procedimento previsto em lei para o reconhecimento formal do primeiro paciente, o que, como se aduzirá a seguir, induz à **nulidade** de tal elemento informativo e, por conseguinte, de sua invalidade para amparar juízo de condenação.

III. O valor probatório do reconhecimento de pessoas na jurisprudência do STJ

Esta Corte Superior, ao interpretar os referidos dispositivos federais, entende que o reconhecimento fotográfico realizado na fase do inquérito policial, como meio de prova, é apto para identificar o réu e fixar a autoria delitiva somente quando observadas as formalidades legais **e corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.** Ilustrativamente:

> [...]
> 1. O reconhecimento fotográfico realizado em solo policial é material probante a ser considerado para efeitos de comprovação da autoria do delito, **desde que corroborado por outros elementos de prova**

colhidos em juízo sob a luz do contraditório e da ampla defesa.
2. No caso em tela, a única vítima realizou reconhecimento fotográfico em solo policial e, em juízo, afirmou que "por estar esquecido não reconhecia imediatamente na fotografia [...], entretanto confirma tê-lo reconhecido perante a autoridade policial".
3. Ausente, portanto, qualquer outro elemento probatório - somente o reconhecimento fotográfico realizado em solo policial e insuficientemente corroborado em juízo -, de rigor a absolvição do agravado por insuficiência de provas.
4. Agravo regimental desprovido.
(**AgRg no HC n. 469.563/SC**, Rel. Ministro **Antonio Saldanha Palheiro**, 6ª T., DJe 21/11/2019).

[...]
1. O habeas corpus não se presta para a apreciação de alegações que buscam a absolvição do paciente, em virtude da necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via eleita.
2. Hipótese na qual as instâncias ordinárias destacaram que o reconhecimento fotográfico do paciente, que fora efetuado durante o inquérito, **foi ratificado em juízo pessoalmente, tendo ele sido corroborado por outros elementos de convicção amealhados nos autos, sendo, portanto, descabido falar em nulidade da prova** e, por consectário, em carência de elementos de convicção para a condenação do paciente ou em condenação baseada exclusivamente em elementos informativos.
3. A jurisprudência deste Tribunal Superior admite a possibilidade de reconhecimento do acusado por meio fotográfico, ainda que não observadas a totalidade das formalidades contidas no art. 226 do Código de Processo Penal. Com efeito, **o reconhecimento fotográfico do réu, quando ratificado em juízo, sob a garantia do contraditório e ampla defesa, pode servir como meio idôneo de prova para fundamentar a condenação.**
[...]
6. Agravo desprovido.
(**AgRg no HC n. 462.030/SP**, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, 5ª T., DJe 13/3/2020).

Eventualmente, reconhece-se a imprestabilidade do reconhecimento de pessoa em que não se observaram os requisitos formais previstos no art. 226 do CPP. Um exemplo se colhe do julgamento do **HC n. 232.960/RJ**, de minha relatoria, realizado em 15/10/2015 (DJe 6/11/2015), ocasião em que a Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça anulou

condenação lastreada em **reconhecimento fotográfico** na fase inquisitorial e sem observância das formalidades do art. 226 do CPP, **pois o ato não foi repetido em juízo ou referendado por outras provas judiciais.** Na oportunidade, por unanimidade de votos, o colegiado reconheceu que o referido ato era **inidôneo** para lastrear a condenação, pois, **na fase judicial, a vítima apenas confirmou o boletim de ocorrência e o reconhecimento em si**, mas não identificou novamente o acusado, nem sequer por meio de imagem. Colaciono, por oportuno, a ementa do julgado:

> [...]
> **1. O reconhecimento fotográfico, como meio de prova, é apto para identificar o réu e fixar a autoria delitiva somente quando corroborado por outras provas, colhidas sob o crivo do contraditório.**
> **2. O reconhecimento do paciente por fotografia - realizado na fase do inquérito -, sem observância das regras procedimentais do art. 226 do CPP, não foi repetido em Juízo ou referendado por outras provas judiciais, inidôneo, portanto, para lastrear a condenação em segundo grau. Na fase judicial, a vítima apenas confirmou o boletim de ocorrência e o reconhecimento em si, mas não identificou novamente o acusado, nem sequer por meio de imagem**.
> 3. Não pode ser validada à condenação, operada em grau de recurso por órgão colegiado distante da prova produzida pelo Juiz natural da causa, baseada única e exclusivamente em reconhecimento fotográfico realizado na polícia, sem respeito às fórmulas do art. 226 do CPP. Não se trata de negar validade ao depoimento da vítima e, sim, de negar validade a condenação baseada em elemento informativo colhido em total desacordo com as regras probatórias e sem o contraditório judicial.
> 4. Sob a égide de um processo penal de cariz garantista, que nada mais significa do que concebê-lo como atividade estatal sujeita a permanente avaliação de conformidade com a Constituição ("O direito processual penal não é outra coisa senão Direito constitucional aplicado", dizia-o W. Hassemer), busca-se uma verdade processual onde a reconstrução histórica dos fatos objeto do juízo vincula-se a regras precisas, que assegurem às partes um maior controle sobre a atividade jurisdicional.
> 5. Não é despiciendo lembrar que, em um modelo assim construído e manejado, no qual sobrelevam princípios e garantias voltadas à proteção do indivíduo contra eventuais abusos estatais que interfiram em sua liberdade, dúvidas relevantes no espírito do julgador hão de merecer solução favorável ao réu (*favor rei*). Afinal, "A certeza

> perseguida pelo direito penal máximo está em que nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido. 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 (LUIGI FERRAJOLI)
> 6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para anular a condenação do paciente, restabelecer a sentença absolutória e ordenar sua soltura, salvo se por outro título judicial estiver preso.
> (**HC n. 232.960/RJ**, Rel. Ministro **Rogerio Schietti**, 6ª T., DJe 6/11/2015).

Em outro *writ* de minha relatoria, **policiais militares**, no afã de solucionar crime praticado contra membro da corporação, **enviaram às vítimas**, **por correspondência eletrônica**, a foto do suspeito obtida durante a investigação de outro delito, acrescida da errônea informação de que ele teria praticado conduta semelhante. **Decidiu este Colegiado que tal procedimento viciou não somente o ato, mas também a prova judicial dele decorrente**, imprestável para sanar a dúvida sobre a autoria delitiva, principalmente ante o registro, na sentença, de que o réu, na data dos fatos, não possuía as características físicas descritas no boletim de ocorrência e não fora reconhecido por outra testemunha ocular do latrocínio. Concluímos asserindo que:

> [...]
> 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." (**HC n. 335.956/SP**, Rel. Ministro **Rogerio Schietti**, 6ª T., DJe 2/2/2016).

Essa também tem sido a compreensão adotada pelo Supremo Tribunal Federal acerca da matéria. 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.

O problema maior se verifica quando o reconhecimento viciado,

pessoal ou fotográfico – feito, neste último caso, em desacordo com o procedimento positivado no art. 226 do CPP e quase sempre a partir de fotos extraídas de albuns policiais (fotos de rosto ou busto) ou encontradas em redes sociais – acaba sendo "ratificado" em juízo pelo reconhecedor e é utilizado na sentença condenatória como argumento suficiente para a prova da autoria delitiva, mesmo sem o amparo de outras provas independentes e idôneas a tal fim.

IV. O reconhecimento de pessoas e a memória humana

A análise da matéria posta em discussão neste habeas corpus – **trazida a esta Corte em petição inicial redigida com muito esmero e técnica pelo nobre Defensor Público do Estado de Santa Catarina Thiago Yukio Guenka Campos** –, acaba perpassando pela relação do processo penal com o fenômeno das **falsas memórias**, especificamente quanto aos seus reflexos na prova do reconhecimento pessoal. Parece claro que o debate sobre o reconhecimento de pessoas deve, inevitavelmente, lidar com um fato certo e incontornável: **a falibilidade da memória humana.**

No ramo da Psicologia, a **memória** é conceituada como "o meio pelo qual uma pessoa recorre às suas experiências passadas a fim de usar essas informações no presente; refer[indo]-se a um processo de mecanismos dinâmicos associados à retenção e recuperação da informação" (STERNBERG, R. J. *Psicologia cognitiva*. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 2000, p. 204).

O reconhecimento é, portanto, um juízo psicológico de identidade estabelecido por alguém, mediante **método comparativo** entre uma percepção presente e outra ocorrida ou vivida no passado.

Todavia, esse mecanismo não é isento de erros, visto que **mesmo um fato lembrado pode ser distorcido**. É o que a ciência denomina de "falsas memórias", definidas como **lembranças de eventos não ocorridos, de situações não presenciadas, de lugares jamais vistos ou de lembranças distorcidas** (ROEDIGER, H. L. III., & MCDERMOTT, K. B. Distortions of memory. In E. Tulving, & F. I. M. Craik, *The Oxford Handbook of Memory,* Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 149-162 e STEIN, L. M., & PERGHER, G. K. Criando falsas memórias em adultos por meio de palavras associadas. *Psicologia*: Reflexão e Crítica, 14, 2001, p. 353-366). Ou, ainda, conceituadas como **lembranças para além da experiência direta, na qual se inserem interpretações ou inferências**, que podem, inclusive, refutar a

própria experiência (REYNA, V. F., & LLOYD, F. F. Theories of false memory in children and adults. *Learning and Individual Differences, 9*, 1997, p. 95-123).

Essas memórias podem até mesmo, consoante já provado em estudos empíricos, **decorrer da convergência de lembranças verdadeiras e de sugestões vindas de outras pessoas**, tornando o indivíduo suscetível a esquecer a fonte da informação, bem como a não perceber a origem da informação sugestionada quando se é interrogado de maneira evocativa (LOFTUS, E. F. Memory malleability: Constructivist and fuzzy-trace explanations. *Learning and Individual Differences,* 7, 2005, 133-137). Aliás, **não é porque o registro das memórias é expresso com confiança, detalhe e emoção, que necessariamente o evento tenha ocorrido tal como narrado** (LOFTUS, E. F. Make believe memories. *American Psychologist, 277*, 2003, p. 867-873). Isso porque as informações evocadas pela memória são **influenciadas por emoções e pelas variações decorrentes do nível de consciência da pessoa** que faz o reconhecimento e do seu estado de ânimo.

Loftus e Palmer, ao estudar a recordação de testemunhas oculares, observaram o "Efeito da Falsa Informação" (*Misinformation Effects*), no qual, imediatamente depois do evento, é apresentada uma informação coerente – mas falsa – para, em seguida, testar a memória. Verificaram que **os participantes do estudo apresentaram aumento nos índices de reconhecimento falso e diminuição nos de verdadeiro** (LOFTUS, E. F. Creating false memories. *Scientific American*, 1997, 70-75). Portanto, as **falsas memórias tanto podem se originar espontaneamente como podem ser implantadas.** As espontâneas são criadas internamente no indivíduo como resultado do processo normal de compreensão do evento, enquanto as sugestionadas dizem respeito às lembranças resultantes de um estímulo externo, intencional ou não, cujo conteúdo não pertence ao episódio vivido, embora seja coerente com o fato.

Partindo dos estudos realizados por Real Martinez, Fariña Rivera e Arce Fernandez, Aury Lopes Júnior observa que **há diversos fatores que modulam a qualidade da identificação, os quais não podem ser desconsiderados.** O resultado do reconhecimento depende, pois, tanto da capacidade de memorização do reconhecedor quanto de diversos aspectos externos que podem influenciá-lo. Exemplificativamente: **o tempo em que a vítima esteve exposta ao delito e ao agressor (tempo de duração do evento criminoso); a gravidade do fato; o tempo decorrido entre o contato com o autor do delito e a realização do reconhecimento; as condições ambientais (tais como visibilidade do local no momento dos**

fatos, aspectos geográficos etc.); a natureza do crime (com ou sem violência física, grau de violência psicológica etc.) (*Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 493).

Em relação à influência do estado psicológico na memória, Izquierdo também afirma que a memória humana é armazenada de acordo com o desenvolvimento das células nervosas: quanto mais calma ou quanto melhor estiver o ânimo da pessoa, maior será a capacidade de armazenamento da sua memória. Ao contrário, quanto maior for a alteração psicológica, menor será a capacidade de reter informações (IZQUIERDO, Iván. *Memória*. Porto Alegre: Artmed, 2006, p. 12).

Fato é que há diversos estudos, notadamente no campo da Psicologia moderna, que demonstram **as falhas e os equívocos** que podem advir da memória humana e da capacidade de armazenamento de informações. Os estudos indicam que **a memória pode, ao longo do tempo, se fragmentar e, por fim, se tornar inacessível quando comparada à essência do evento**. Ao mesmo tempo, **as falsas memórias podem ser mais resistentes do que as verdadeiras**, com relatos mais vívidos em testes de recordação (REYNA, V. F., & LLOYD, F. F. Theories of false memory in children and adults. *Learning and Individual Differences, 9*, 1997, 95-123).

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA aponta que **as falsas memórias podem ser mais detalhadas do que as verdadeiras**; são criadas por processos internos da própria pessoa ou por intermédio de informações implantadas pelo ambiente externo (*Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses.* Série Pensando o Direito, n. 59, Brasília: Ministério da Justiça, 2015, p. 23).

Nesse contexto, vale mencionar a 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**. Há, no entanto, 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 fotografia, 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).

Na mesma linha argumentativa, Stein e Nygaard também consideram ser essencial que os aplicadores do Direito tenham conhecimento da memória humana, pois "os interrogatórios, ao buscar informações sobre experiências passadas de suspeitos, vítimas ou testemunhas, realizam verdadeiros testes de memória com essas pessoas envolvidas" (STEIN, Lilian Milnitsky; NYGAARD, Naria Lúcia Campani. A memória em julgamento: uma análise cognitiva dos depoimentos testemunhais. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 43, abril/junho de 2003, Editora Revista dos Tribunais, p. 153).

O valor probatório do reconhecimento, portanto, deve ser visto com muito cuidado, justamente em razão da sua **alta suscetibilidade de falhas e distorções.** Justamente por possuir, quase sempre, um **alto grau de subjetividade e de falibilidade** é que esse meio de prova deve ser visto com reserva.

V. Consequências do erro de reconhecimento

Estudos apontam que o **reconhecimento equivocado** (*mistaken eyewitness identification)* tem sido **uma das principais causas de erro judiciário**, com a consequência – **deletéria** e muitas vezes **irreversível**, diga-se – de levar pessoas inocentes à prisão.

Dada a evidência de muitos casos de erros judiciários, foi criada nos Estados Unidos, em 1992, a ***Innocence Project,*** uma ONG fundada por advogados civilistas, especialistas em pedir indenização ao Estado em decorrência de **condenações de pessoas inocentes.** Segundo pesquisa feita por essa ONG, aproximadamente **75% das condenações de inocentes se deve a erros cometidos pelas vítimas e por testemunhas ao identificar os suspeitos no ato do reconhecimento**. Em 38% dos casos em que houve esse erro, várias testemunhas oculares identificaram incorretamente o mesmo suspeito inocente. (Disponível em: www.innocenceproject.org/.../What_is_the_innocence_Project_How_did_it_get_started.php. Acesso em: set. 2020).

Em 2019, o *National Registry of Exonerations* – banco de dados que reúne a maior quantidade de informações sobre os casos de erros judiciais já revertidos nos Estados Unidos – apontou que as causas mais frequentes de condenação de inocentes naquele país são: falsa acusação (59%); má atuação das autoridades (54%); **erro de reconhecimento – terceiro lugar, representando 29% dos casos** (INNOCENCE PROJECT BRASIL. *Prova de reconhecimento e erro judiciário*. São Paulo. 1. ed., jun. 2020, p. 1).

Os exemplos **erros de reconhecimento no Brasil** também não são poucos. Cito alguns, apenas para ilustrar algo que se repete com relativa frequência na crônica judiciária.

Em 2014, o ator **Vinícius Romão de Souza** foi preso, após haver sido reconhecido por uma mulher que o acusou de tê-lo assaltado. Depois de permanecer 16 dias na prisão, a 33ª Vara Criminal do Rio de Janeiro concedeu habeas corpus em favor do acusado, depois que a vítima afirmou, em novo depoimento, que se enganou ao fazer o reconhecimento do ator como o suposto autor do delito.

Reporto, também, o caso de **André Luiz Medeiros Biazucci Cardoso**, que ficou preso por 6 meses e 26 dias, entre outubro de 2013 e maio de 2014, por sete estupros que não cometeu. Aos 27 anos de idade, foi recolhido no Presídio de Bangu, após uma das vítimas do abuso haver anotado a placa do carro dele e entregue à polícia, afirmando ser o veículo do

criminoso. Na delegacia, algumas das vítimas reconheceram André como o estuprador, que chegou a ficar 37 dias na "solitária", sem nenhum tipo de contato exterior. A absolvição, com a consequente liberdade, veio depois de o seu advogado conseguir autorização para feitura de DNA nos resíduos biológicos presentes nas vítimas e nas cenas dos crimes, enquanto ele estava preso. O resultado do teste provou não ser ele o responsável pelos delitos. (Informações obtidas a partir da reportagem publicada no Portal G1: BRITO, Guilherme. *'Aprendi a ter fé', diz inocentado após 7 meses preso por estupros no Rio*. Disponível em: http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2014/10/aprendi-ter-fe-diz-inocentado-apos-7-meses-preso-por-estupros-no-rio.html. Acesso em: set. 2020).

Registro, ainda, o recente drama vivido pelo violoncelista **Luiz Carlos Justino**, jovem de 23 anos, preso por engano no centro de Niterói – RJ em 2/9/2020, por um delito ocorrido em 2017. Segundo a acusação, Justino teria praticado um roubo nesse ano, na companhia de mais três pessoas e com emprego de arma de fogo. **A participação do referido indivíduo foi determinada por reconhecimento fotográfico**, realizado pela vítima ainda em 2017. Em 5/9/2020, o Juiz de primeiro grau converteu a prisão do acusado em domiciliar: "Em termos doutrinários, o reconhecimento fotográfico é colocado em causa em função de sua grande possibilidade de erro. A psicologia aplicada tem se empenhado em investigar fatores psicológicos que comprometem a produção da memória. Neste ramo, encontramos contribuições que dissecam as variáveis que podem interferir na precisão da memória", escreveu o Magistrado. (Informações obtidas a partir da reportagem publicada no *site* do Correio Braziliense: *Músico negro que teria sido acusado por engano é libertado no Rio*. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/brasil/2020/09/4873670-musico-negro-que-teria-sido-acusado-por-engano-e-libertado-no-rio.html. Acesso em: set. 2020).

Faço menção, também, ao caso de **Douglas Moreira**, que foi preso em janeiro de 2014 – ao voltar para casa depois de plantão realizado no hospital Pan-Americano, na Tijuca, zona norte do Rio de Janeiro –, sob a acusação de roubar um carro em Nova Iguaçu, a 39 quilômetros dali. **Policiais retiraram uma foto do auxiliar de serviços gerais do seu perfil no Facebook e apresentaram à vítima** que, equivocadamente, o reconheceu como sendo o autor do delito (Disponível em: https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2020/09/20/vida-travada-preso-com-base-em-foto-inocente-fica-ate-3-anos-na-cadeia.htm. Acesso em: set. 2020).

O caso de **Antonio Claudio Barbosa de Castro –** cuja absolvição foi proclamada em 2019 **–** foi assim descrito pelos integrantes do *Innocence Project Brasil*:

> Em 2014, uma menina de apenas 11 anos ouviu a voz de Antonio em um cabeleireiro e a identificou como pertencente ao homem que, dias antes, a abordara e estuprara em uma passarela na periferia de Fortaleza. Acompanhada da mãe, a menina foi até a Delegacia de Polícia e, **já com a foto de Antonio que conseguiu por uma rede social, o apontou como o autor do crime. A Polícia Civil, que já investigava outros crimes com o mesmo *modus operandi*, considerou que Antonio seria o responsável por sete outros estupros que aconteceram na mesma região.**
>
> A mídia local, então, passou a se referir a Antonio como "o maníaco da moto", fazendo alusão à descrição dada pelas vítimas no sentido de que em todos os casos o agressor se apresentara dirigindo uma moto vermelha e as estuprara à luz do dia, sem retirar o capacete. Ao longo da fase de investigação, **as vítimas reconheceram Antonio pela mesma foto apresentada pela menina e que já circulava pelos grupos de Whatsapp da cidade.**
>
> Porém, na fase processual, as sete outras vítimas disseram que já não podiam reconhecer Antonio e retiraram a acusação. Ele foi condenado a 9 anos de prisão pelo estupro da primeira menina que fez o reconhecimento inicialmente por voz e que manteve a afirmação durante todo o processo.
>
> Uma ex-namorada de Antonio enviou o caso para **o Innocence Project Brasil e, depois de uma intensa investigação por parte da equipe do Projeto, foi possível identificar que os relatos das vítimas apontavam para um homem alto, de cerca de 1.84 m, o que contrastava diretamente com a baixa estatura de Antonio, que mede apenas 1.58 m.** As próprias investigadoras do caso, que não sabiam que Antonio ainda estava preso, se juntaram à equipe do Projeto.
>
> Além disso, as pesquisas realizadas revelaram que crimes idênticos continuaram a ocorrer mesmo depois da prisão de Antonio Cláudio, descortinando ainda que, à época dos fatos, diversas evidências apontavam para um outro suspeito, já condenado por crimes sexuais, mas não receberam a devida atenção do então delegado responsável pelo caso.
>
> **Por meio de uma perícia fotogramétrica que comparou imagens de câmera de segurança que registrara um dos episódios**

> **criminosos com a real estatura de Antonio, detectando uma diferença de cerca de vinte e seis centímetros, o *Innocence Project Brasil* apresentou uma revisão criminal com pedido de absolvição, em parceria com a Defensoria Pública do Estado do Ceará.**
> A revisão foi julgada procedente e, em julho de 2019, **Antonio foi inocentado e solto pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, depois de cinco anos preso injustamente**. (INNOCENCE PROJECT BRASIL. *Prova de reconhecimento e erro judiciário*. São Paulo. 1. ed., jun.2020, p. 28, destaquei).

Por derradeiro, e sem nenhuma pretensão de esgotar os diversos exemplos de afirmados erros de reconhecimento, registro o recente caso de **Lucas Moreira de Souza**, que chegou a ser condenado a quase 80 anos de prisão, por suposto envolvimento em uma série de assaltos. A Justiça do Distrito Federal, há poucos dias, reverteu a condenação, em razão das inconsistências na investigação: **a única prova apresentada contra o então suspeito era um reconhecimento impreciso feito por testemunhas** (Disponível em: https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2020/10/21/jovem-de-27-anos-e-absolvido-apos-ficar-quase-3-anos-preso-por-crimes-que-nao-cometeu-no-df.ghtml. Acesso em: out. 2020).

VI. O reconhecimento de pessoas e a seletividade do sistema penal

Relatório apresentado recentemente, em **setembro de 2020**, pela **Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro** apontou que **53 pessoas** foram acusadas com base em reconhecimento fotográfico falho ao longo dos últimos seis anos. Os casos têm em comum o fato de o(a) acusado(a) haver sido reconhecido(a) por meio fotográfico na fase inquisitiva (Disponível em: http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/imagens/d12a8206c9044a3e92716341a99b2f6f.pdf. Acesso em: set. 2020).

A análise, que levou em conta as 19 varas criminais do Estado do Rio de Janeiro e envolveu os casos recebidos entre 1º/6/2019 e 10/3/2020, **evidenciou falhas de procedimento da polícia na hora de se utilizar do reconhecimento fotográfico.** Todos os indivíduos foram processados por roubo, na forma simples ou com causa de aumento (em sua maioria, pelo concurso de pessoas ou pelo emprego de arma), à exceção de um deles,

acusado de homicídio.

Com relação à prisão preventiva, o relatório apontou que, **em 86,2% dos casos**, houve a decretação da cautela extrema. Quanto à cor da pele, **apenas 20% dos indivíduos eram brancos** (consta do referido relatório que a informação sobre a cor da pele foi retirada dos registros policiais), o que sugere algo até intuitivo, o **racismo estrutural**.

Para o coordenador de Defesa Criminal da DPRJ, Emanuel Queiroz, "**O perfil dos injustiçados, em sua maioria, é o mesmo: pessoas negras, periféricas, pobres e com baixa escolaridade.**"

Também há, no mencionado relatório, a seguinte informação:

> Da leitura dos relatos, é possível notar que, em pelo menos metade os(as) acusados(as) tinham anotações anteriores, o que explica constarem nos registros fotográficos das delegacias de polícia, verificando-se ser comum que sejam apresentadas fotos de pessoas acusadas de outros crimes, **o que reforça a estigmatização criminal** (p. 3).

Não por outro motivo, Aury Lopes Júnior aponta que os **estereótipos culturais** (como cor, classe social, sexo etc.) **possuem grande influência na percepção dos delitos**, "fazendo com que vítimas e testemunhas tenham uma tendência de reconhecer em função desses estereótipos. [...] Ainda que o criminoso nato de Lombroso seja apenas um marco histórico da criminologia, é inegável que ele habita o imaginário de muitos (principalmente em países com profundos contrastes sociais, baixo nível cultural e, por consequência, alto índice de violência urbana como o nosso)" (*Direito processual penal.* 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 493).

Não há, pois, como ignorar que nossa realidade, infelizmente, demonstra que pensamentos que tais ainda habitam o imaginário de muitas pessoas. A situação torna-se mais preocupante "quando verificamos que a imensa parcela dos reconhecimentos, no Brasil, é feita sem a presença de advogado, sem oportunidade de recusa por parte do imputado (pois preso temporariamente ou até ilegalmente conduzido coercitivamente), no interior de delegacias de polícia, sem qualquer controle", conforme alerta Aury Lopes Júnior (*op. cit.*, 2017, p. 495).

VII. O caso dos autos – paciente Vânio e as falhas do

reconhecimento fotográfico

O caso versado nestes autos ajusta-se plenamente aos relatos das falhas e das inconsistências do reconhecimento fotográfico anteriormente mencionados. E, mais ainda, evidencia como **a autoridade judiciária, ao sentenciar, se contentou com essa prova tão frágil e eivada de vícios, simplesmente se apegando a dados, portanto, absolutamente insuficientes para se afirmar a participação delitiva do acusado, além de uma dúvida razoável**.

Com efeito, o Juiz sentenciante, ao concluir pela autoria do delito em relação a ambos os pacientes, considerou que "os depoimentos colhidos em ambas as fases **são claros e não deixam margem para dúvidas** quanto à união de esforços dos réus Igor e Vânio na prática da infração penal (fls. 531-532).

Foram os seguintes os depoimentos, na sua dicção, claros e que não lhe deixam margem para dúvidas (fls. 531-533):

a) Josinei Moreira, uma das vítimas do roubo;

b) Tailor Vieira, o primeiro dos clientes do restaurante que foi abordado pelos assaltantes;

c) Guilherme Costa Flores Rodrigues, funcionário do restaurante que também teve objetos roubados;

d) Viviany Rech Bento Back, que estava no caixa no momento da ação criminosa.

Afirmou o Magistrado que "as vítimas, em ambas as fases, mencionaram, categoricamente, que dois indivíduos chegaram e adentraram no estabelecimento anunciando o assalto e dividiram tarefas, sendo que um ficou próximo ao caixa do restaurante e, após recolher o dinheiro que havia, ficou observando a ação do comparsa que, aparentemente armado, fazia ameaças e recolhia os pertences das vítimas. Ato contínuo, os réus assumiram a direção do veículo de Igor e empreenderam fuga" (fl. 534).

Sem necessidade de nenhum exame mais detido, basta ler o conteúdo dos referidos depoimentos, para se constatar que, embora, de fato, tenham as vítimas mencionado de modo categórico que eram dois os assaltantes, **o reconhecimento dos autores do roubo ficou longe de ser**

aproveitável.

Efetivamente, a leitura da sentença condenatória, do acórdão impugnado e a análise do contexto fático já delineado nos autos pelas instâncias ordinárias permitem inferir que o **paciente Vânio foi condenado, exclusivamente, com base em reconhecimento fotográfico realizado e confirmado em juízo por somente uma das quatro vítimas acima referidas e sem que nenhuma outra prova** (apreensão de bens em seu poder, confissão, relatos indiretos etc.) **desse o mínimo amparo ao reconhecimento. Nem se diga que houve ratificação do reconhecimento em juízo**, pois o que uma das vítimas apenas confirmou, perante a autoridade judiciária, foi haver realizado o reconhecimento realizado na delegacia.

Não se trata de situação em que as filmagens poderiam dar alguma credibilidade ao reconhecimento, mormente quando se utilizam, em subsídio, inovações tecnológicas como a reconhecimento facial e biométrico. Na espécie, ainda que conste, dos autos, a informação de que foram examinadas as câmeras do estacionamento e perceberam que duas pessoas com vestimentas similares às dos assaltantes passaram no local horas antes, não há indicativo de que foi a partir dessas filmagens que se extraíram as fotografias que importaram no reconhecimento de um dos suspeitos, até porque estavam eles encapuzados, o que tornaria inócua ou, pelo menos, frágil a identificação de ambos apenas porque estavam com roupas parecidas - sequer descritas pela autoridade policial - com as dos autores do roubo.

Confiram-se:

a) **Josinei Moreira** afirmou que "viu dois assaltantes; [...] que estavam de bermuda, chinelo, moletom/agasalho; que **um dos indivíduos estava com um capuz (que tapava a boca e o nariz) e o outro com um capuz e um lenço tapando a boca e o nariz**" (fl. 532). Esse ofendido afirmou, no entanto, que "**não foi fazer reconhecimento** na delegacia" (fl. 532);

b) **Tailor Vieira** (o primeiro dos clientes do restaurante a ser abordado pelos assaltantes) igualmente afirmou que os dois assaltantes "**estavam encapuzados, somente com os olhos descobertos**" (fl. 532); aliás, na fase do inquérito policial, já havia declarado que "ambos estavam com o rosto **aparecendo apenas os olhos**" (fl. 87);

c) **Jakson Roberto da Silva**, que também estava no estabelecimento jantando com o seu companheiro, declarou, em interrogatório

realizado na fase policial, que, "em um determinado momento, **dois rapazes com a cara coberta** entraram no restaurante e anunciaram assalto" (fl. 153);

d) **Guilherme Costa Flores Rodrigues**, funcionário do restaurante, ressaltou que "**realizou o reconhecimento na delegacia, mas não tem certeza porque estavam encapuzados**" (fl. 532);

e) por fim, **Viviany Rech Bento Back**, que estava no caixa no momento da ação criminosa, asseriu que os dois indivíduos que anunciaram o assalto "**estavam com capuz de moletom cobrindo o rosto**" (fl. 532); ainda, "que **o reconhecimento foi feito através das filmagens das câmeras**, porque os indivíduos estiveram no estabelecimento mais cedo, no período da tarde e trajavam a mesma roupa no assalto, **que o proprietário do restaurante conseguiu reconhecer**" (fl. 532). [note-se que não se afirmou terem sido os réus reconhecidos pelo rosto, mas pela roupa, o que apenas indica que as duas pessoas que estiveram antes seriam as mesmas a cometer o roubo, mas como se chegou à pessoa do primeiro paciente - o outro nem mesmo foi reconhecido - não houve a menor explicação].

Não há dúvidas de que tal circunstância – **rosto encapuzado** –, relatada no depoimento de **todas as vítimas** mencionadas na sentença condenatória, modula a qualidade da identificação e, portanto, não pode ser desconsiderada, pois obviamente **dificulta o reconhecimento** de determinado suspeito acerca da prática de um crime.

Ademais, embora Viviany Rech haja afirmado, em juízo, que estava segura quanto ao reconhecimento de Vânio como sendo um dos autores do delito, testemunhou que "**não viu o indivíduo com nitidez**, **viu mais a parte da boca e o nariz (que era grande), barba por fazer**" e que "**ele tinha cerca de 1,70** (um metro e setenta) com base na altura da depoente, que é cerca de 1,60 (um metro e sessenta)" (fl. 533).

Vale ressaltar, ainda, que, também em juízo, essa vítima confirmou o seu depoimento prestado na fase inquisitiva de que o indivíduo que estava próximo de si durante o assalto – **Vânio Gazola** – "tinha cerca de 1,70 (um metro e setenta)" e que "não tem dúvida de que o reconhecimento que fez na delegacia era relacionado à pessoa que estava próxima à depoente" (fl. 533). Aliás, todas as testemunhas ouvidas em juízo e na fase inquisitiva afirmaram que **o assaltante possuía cerca de 1,70 m.**

No entanto, conforme documento constante dos autos (fl. 52), **o paciente Vânio possui cerca de 1,95 m**, discrepância que reforça a

fragilidade do reconhecimento para embasar a sua condenação, máxime se considerado que, à luz dos padrões brasileiros, uma pessoa com altura de quase 2 metros dificilmente passaria desapercebida pela vítima de um assalto. A despeito disso, **tal característica não foi descrita por nenhum dos ofendidos.**

Chama atenção, igualmente, a afirmação do próprio Juiz sentenciante, de que as vítimas "foram abordadas e surpreendidas dentro do restaurante enquanto jantavam, **sendo ameaçadas para que não olhassem para os acusados**" (fl. 534). Certamente essa foi também uma das razões pelas quais os próprios ofendidos afirmaram, **em juízo**, que não podiam reconhecer, com a certeza necessária, os autores dos fatos.

Não há dúvidas, além disso, de que **o reconhecimento fotográfico foi induzido.** Conforme relatório policial juntado aos autos (fls. 204-213), no local do roubo, os policiais militares, diante das descrições realizadas pelas vítimas, mostraram imagens de **Vânio da Silva Gazola**, "tendo duas delas o reconhecido como um dos autores do roubo" (fl. 205), quais sejam, **Viviany e Guilherme.**

É dizer, **a polícia não realizou nenhuma medida para tentar fazer um reconhecimento fotográfico nos moldes do art. 226 do CPP**; ao contrário, "os policiais militares, diante das descrições delatadas pelas vítimas, mostraram imagens de Vânio da Silva Gazola, vulgo 'Vaninho', tendo duas delas o reconhecimento como um dos autores do roubo" (fl. 205), ressaltando a autoridade policial, na sequência, que: "Vânio é bastante conhecido no meio policial, inclusive encontrando-se foragido há tempos, ostentando contra si mandado de prisão ativo por homicídio. Sabe-se também do envolvimento de Vânio em crimes patrimoniais" (fl. 205).

Confira-se, a propósito, o **termo de reconhecimento de pessoa por foto** relacionado à vítima **Guilherme Costa Flores Rodrigues** (fl. 75, grifei):

> Ao(s) vinte um dias do mês de setembro de dois mil e dezoito, nesta cidade de Tubarão, na Divisão de Investigação Criminal, onde presente se achava o senhor ANDRÉ MONTEIRO CRISOSTOMO, Delegado de Polícia, comigo, Jenifer Rodrigues, Escrivão de Polícia *ad hoc*, presentes ainda as testemunhas: Tadeu Leopoldo Siqueira Junior e Jose Roberto Larrovd, policiais civis lotados nesta Delegacia, todos abaixo assinados, **compareceu GUILHERME COSTA FLORES**

> **RODRIGUES**, a quem a autoridade deferiu o compromisso legal de dizer a verdade do que soubesse e lhe fosse perguntado, compromisso que foi prontamente aceito por ele(a). **A autoridade convidou-a para, na presença das testemunhas supramencionadas, reconhecer um dos autores do roubo ocorrido no dia 20/09/2018 sob o boletim de ocorrência 2011-2018-03528 quando, então RECONHECEU SEM A MENOR DÚVIDA VANIO DA SILVA GAZOLA como sendo um dos autores que praticaram o roubo no restaurante situado na Rodovia BR 101 Churrascaria O Costelão**, ao lado do posto Presidente. Nada mais havendo a constar, mandou a autoridade que se encerrasse o presente termo [...]

No que tange à vítima **Viviany Reck Bento Back**, o termo de reconhecimento de pessoa por fato foi lavrado nos seguintes termos (fl. 78):

> Ao(s) vinte um dias do mês de setembro de dois mil e dezoito, nesta cidade de Tubarão, na Divisão de Investigação Criminal, onde presente se achava o senhor ANDRÉ MONTEIRO CRISOSTOMO, Delegado de Polícia, comigo, Jenifer Rodrigues, Escrivão de Polícia *ad hoc*, presentes ainda as testemunhas: Tadeu Leopoldo Siqueira Junior e Jose Roberto Larroyd, policiais civis lotados nesta Delegacia, todos abaixo assinados, compareceu VIVIANY RECK BENTO BACK, a quem a autoridade deferiu o compromisso legal de dizer a verdade do que soubesse e lhe fosse perguntado, compromisso que foi prontamente aceito por ele(a). A autoridade convidou-a para, na presença das testemunhas supramencionadas, reconhecer um dos autores do roubo ocorrido no dia 20/09/2018 sob o boletim de ocorrência 2011-2018-03528 quando, então RECONHECEU SEM A MENOR DÚVIDA VANIO DA SILVA GAZOLA como sendo um dos autores que praticaram o roubo no seu restaurante situado na Rodovia BR 101 Churrascaria O Costelão, ao lado do posto Presidente. Nada mais havendo a constar, mandou a autoridade que se encerrasse o presente termo [...]

Veja-se como são idênticos os atos de reconhecimento e como **não se faz nenhuma menção ao procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal**, nem ao menos para justificar eventual impossibilidade de seguir as diretrizes, com as necessárias adaptações, ali indicadas.

Constato, de igual forma, que o boletim de ocorrência, depois de descrever, brevemente, a prática do roubo no restaurante, narra a perseguição

policial ao veículo dos suspeitos, que abandonaram o automóvel e se embrenharam em uma mata, sem ser detidos. Há menção ao fato de que o documento do carro (que fora abandonado) estava no nome de Igor Tartari Felácio, porém **não há uma descrição de como os policiais concluíram que um dos suspeitos seria Vânio** (apenas identificaram, pelas roupas, os mesmos indivíduos que estiveram horas antes no restaurante como os que praticaram o roubo):

> Dentro do veículo abandonado, foram localizadas algumas vestes usadas no roubo e reconhecidas pelas vítimas conforme imagens e um documento em nome de IGOR TARTARI FELACIO, dono do automóvel, conforme declarado por sua mãe (Copcast 00066). Que o veículo e demais pertences foram conduzidos a Delegacia de Laguna pela PM4500 para os procedimentos cabíveis. Que durante o atendimento da ocorrência foram verificadas as imagens do circuito interno do estabelecimento, bem como mostrado para as vítimas do roubo imagens de suspeitos. Que de pronto foram reconhecidos pelas vítimas os masculinos VANIO DA SILVA GAZOLA e IGOR TARTARI FELACIO como sendo os autores do roubo. De acordo com o proprietário do estabelecimento, os suspeitos estiveram na tarde de hoje no local, por volta das 16 hs, fato este que foi confirmado pelas imagens do circuito de monitoramento do restaurante. (fl. 100)

Ou seja, **os policiais não esclareceram como houve o reconhecimento de Vânio**. Reitero que, conforme o relato das vítimas, os autores do roubo estavam **com capuz de moletom cobrindo o rosto**; em um dos depoimentos, a vítima Viviany afirmou que os agentes usavam capuz, "o qual caía várias vezes" (fl. 534), mas nenhuma outra vítima disse isso e ela mesma, o tempo todo, **afirmou ter visto apenas o nariz e parte da boca do indivíduo** (fl. 533).

Ressalto, por oportuno, que não se está, no caso, a negar a validade integral do depoimento das vítimas; mas sim, de **negar validade à condenação baseada em elemento informativo colhido em total desacordo com as regras probatórias e nem sequer confirmado em Juízo** mediante exibição de novas fotos aos sujeitos passivos do crime, distante, portanto, da possibilidade de refutação pelo exercício do contraditório das partes.

É de se obtemperar, ainda, 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 despiciendo 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 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 paciente Vânio da Silva Gazola, visto que apoiada em prova absolutamente desconforme ao modelo legal**, sem a observância das regras probatórias próprias.

VIII. Os requisitos mínimos para a validade do reconhecimento de pessoa

O reconhecimento de pessoas é, como já destacado, meio de prova disciplinado no art. 226 do Código de Processo Penal.

O dispositivo em apreço estabelece um procedimento e requisitos mínimos para que essa importante fonte de informações possa ter valor probatório, mesmo que produzida na fase inquisitorial, **sem, portanto, o contraditório judicial e quase sempre sem o acompanhamento de um advogado ou mesmo do representante do Ministério Público.**

Eis por que **não se poderia transigir com a inobservância do procedimento probatório**, indispensável para que esse meio de prova produza seus efeitos no futuro convencimento judicial acerca da autoria delitiva.

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**.

Diferente seria a situação de uma prova de reconhecimento derivada de filmagens de um crime por câmeras de segurança ou de um aparelho celular, das quais se permitiria, sem margem a dúvidas, identificar a pessoa filmada durante a ação delitiva, sempre, evidentemente, com o apoio de outras provas, ainda que circunstanciais. Em tais casos, não se trataria de ato de reconhecimento formal, mas de prova documental inserida nos autos, a merecer avaliação criteriosa do julgador.

Registro, a propósito, a opinião qualificada – pela própria vivência profissional e acadêmica – de dois Delegados de Polícia e Mestres em Direito, acerca da **fragilidade epistemológica desse ato inquisitorial**:

> É preciso colocar em discussão a metodologia informadora e a prática constitutiva desses reconhecimentos pessoais. Em outras palavras, quais são os critérios técnicos observados pelas agências criminais a garantir o nível de confiabilidade racional exigido para esse tipo de instrumento (re)cognitivo do caso penal? **Quais os parâmetros científicos** levados em consideração para um reconhecimento de pessoas que asseguram a validade de seu resultado final (positivo ou negativo)? **Na maioria das**

> **situações não há técnica alguma, apenas um empirismo vulgar e orientador de injustiças criminais.** É preciso levar mais a sério a complexa função (re)cognitiva da persecução penal, bem como os necessários mecanismos de controle epistêmico e standards de prova mais exigentes, próprios de um regime processual democrático. Não custa repetir que, **em qualquer Estado minimamente preocupado com a tutela de direitos fundamentais, impõe-se à decisão criminal condenatória uma sustentação por elementos empíricos válidos e demonstráveis de forma objetiva e racional que indiquem a superação do nível de dúvida razoável que milita em favor do imputado.** (*O reconhecimento de pessoas como fonte de injustiças criminais*. Disponível em https://www.conjur.com.br/2019-jul-16/academia-policia-reconhecimento-pessoas-fonte-injusticas-criminais. Acesso em: set. 2020).

Por sua vez, a jurisprudência dos Tribunais, inclusive desta Corte Superior, tem tolerado essas irregularidades, sob o argumento de que **o art. 226 do CPP constitui "mera recomendação"**, não ensejando nulidade da prova eventual descumprimento dos requisitos formais ali previstos. Confiram-se, exemplificativamente, os seguintes julgados:

> [...]
> 3. O acórdão recorrido está alinhado à jurisprudência desta Corte Superior, no sentido de que as disposições contidas no art. 226 do Código de Processo Penal **configuram uma recomendação legal, e não uma exigência absoluta**, não se cuidando, portanto, de nulidade quando praticado o ato processual (reconhecimento pessoal) de forma diversa da prevista em lei (AgRg no AREsp n. 1.054.280/PE, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 13/6/2017).
> [...]
> (**REsp n. 1.853.401/SP**, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 4/9/2020, grifei).

> [...]
> 2. Considerando que o disposto no art. 226 do CPP configura, aos olhos deste Tribunal Superior, **mera recomendação legal**, a inobservância das formalidades legais para o reconhecimento pessoal do acusado não enseja nulidade quando o ato for formalizado de forma diversa da normativamente prevista. 3. A questão refere-se ao regime inicial de cumprimento da reprimenda, que já foi objeto de análise por esta Sexta Turma em habeas corpus, inexistindo motivo

hábil para nova deliberação.
4. Agravo regimental desprovido.
(**AgRg no AREsp n. 1.340.162/SP**, Rel. Ministro **Antonio Saldanha Palheiro**, 6ª T.,, DJe 12/9/2019).

[...]
7. A teor dos julgados desta Corte Superior, não é obrigatória a repetição das formalidades do art. 226 do CPP em Juízo, na confirmação do reconhecimento de pessoas realizado na fase inquisitorial. **Prevalece o entendimento de que as formalidades configuram mera recomendação e podem ser realizadas de forma diversa desde que não comprometida a finalidade da prova**.
[...]
(**AgRg no AREsp n. 1.175.175/AM**, Rel. Ministro **Rogerio Schietti Cruz**, 6ª T., DJe 15/12/2017).

[...]
2. É pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que **é legítimo o reconhecimento pessoal ainda quando realizado de modo diverso do previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, servindo o paradigma legal como mera recomendação.**
3. É firme o entendimento jurisprudencial no sentido de que o Magistrado é livre para formar sua convicção com fundamentos próprios a partir das evidências apresentadas no curso da instrução processual, não estando obrigado a ficar adstrito aos argumentos trazidos pela defesa ou pela acusação, nem tendo que responder, de forma pormenorizada, a cada uma das alegações das partes, bastando que exponha as razões do seu convencimento, ainda que de maneira sucinta.
4. Neste caso, o Tribunal apresentou motivação suficiente para rejeitar os argumentos que davam base à tese absolutória, solucionando a quaestio iuris de modo claro e coerente, não se vislumbrando deficiência de fundamentação apta a ensejar a nulidade do feito.
5. Habeas corpus não conhecido.
(**HC n. 474.655/PR**, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, 5ª T., DJe 3/6/2019, grifei).

Não obstante essa orientação jurisprudencial, proponho sejamos capazes de **rever essa interpretação**, **mercê da qual se convalida, de algum**

modo, o reconhecimento – tanto pessoal quanto fotográfico – feito em desacordo com o modelo legal, ainda que sem valor probante pleno, e que pode estar dando lastro a condenações temerárias. Em verdade, o entendimento que se tem sufragado é o de que, havendo alguma prova que "dê validade" ao reconhecimento irregularmente produzido na fase inquisitorial, este meio de prova acaba por compor o conjunto de provas a ser avaliada pelo juiz ao sentenciar.

O problema de tal interpretação é que, não sendo raro a vítima confirmar em juízo um reconhecimento irregular, **esse meio de prova assume importância ímpar no destino do acusado**, porque "amparado" por mera ratificação em juízo de **algo que foge dos mínimos *standards* ou padrões epistemológicos para ser válido**.

Sobre o tema, é lapidar a doutrina de Badaró:

> **O reconhecimento pessoal já foi apontado como a mais falha e precária das provas. A principal causa de erro no reconhecimento é a semelhança entre as pessoas.** A avaliação do valor probatório do reconhecimento envolve um fator essencial: o confronto entre a descrição antecipadamente feita e os traços físicos da pessoa identificada. Por isso, é necessária a estrita observância do procedimento probatório previsto no art. 226 do CPP, para que o reconhecimento pessoal possa ser valorado como prova.
> O reconhecimento fotográfico tem sido aceito como meio de prova válido, desde que não seja possível a realização do reconhecimento pessoal. O principal argumento para a aceitação do reconhecimento fotográfico é, justamente, que se trataria de um “meio de prova atípico”.
> **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. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 490-491, grifei).

Com igual ênfase, leciona Aury Lopes Júnior:

> O reconhecimento de pessoas e coisas está previsto nos arts. 226 e s. do CPP, e pode ocorrer tanto na fase pré-processual como também processual. O ponto de estrangulamento é o nível de (in)observância por parte dos juízes e delegados da forma prevista no Código de Processo Penal: 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.
> [...]
> Noutra linha, deve-se advertir que o fato de admitirmos as provas inominadas tampouco significa permitir que se burle a sistemática legal. **Assim, não pode ser admitida uma prova rotulada de inominada quando na realidade ela decorre de uma variação (ilícita) de outro ato estabelecido na lei processual penal, cujas garantias não foram observadas.**
> Exemplo típico de prova inadmissível é o reconhecimento do imputado por fotografia, utilizado, em muitos casos, quando o réu se recusa a participar do reconhecimento pessoal, exercendo seu direito de silêncio (*nemo tenetur se detegere*). O reconhecimento fotográfico somente pode ser utilizado como ato preparatório do reconhecimento pessoal, nos termos do art. 226, inciso I, do CPP, nunca como um substitutivo àquele ou como uma prova inominada. (LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal.* 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, excertos das p. 506-510 - grifei).

Prossegue o professor gaúcho, **apontando prática policial que parece ajustar-se plenamente ao caso presente**:

> Muitas vezes, antes da realização do reconhecimento pessoal, a vítima/testemunha é convidada pela autoridade policial a examinar "álbuns de fotografia", buscando já uma pré-identificação do autor do fato. **O maior inconveniente está no efeito indutor** disso, ou seja, estabelece-se uma "percepção precedente", ou seja, um pré-juízo que acaba por contaminar o futuro reconhecimento pessoal. 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**. (LOPES JÚNIOR, Aury. *op. cit*., p. 512-513).

Na espécie, conforme já salientado anteriormente, o reconhecimento fotográfico – já por si de confiabilidade duvidosa – **não seguiu minimamente o roteiro normativo previsto no art. 226 do CPP.**

Não houve prévia descrição da pessoa a ser reconhecida; não se exibiram outras fotografias de possíveis suspeitos; ao contrário, escolheu a polícia uma foto de um suspeito que já cometeu outros crimes, mas que nada indicava, até então, ter qualquer ligação com o roubo investigado. Chega a ser temerário o procedimento policial adotado neste caso, ao se escolher, sem nenhuma explicação ou indício anterior, quem se desejava que fosse identificado pelas vítimas.

Além disso, mesmo com a informação trazida em vários depoimentos de que os autores do roubo estavam encapuzados, **o acusado Vânio**, ora paciente, **foi reconhecido por seu nariz grande**, sem nem se preocupar a autoridade policial de indagar como a vítima Viviany, que confirmou o reconhecimento em juízo, explicava o fato de haver afirmado que o suspeito, que ficara ao seu lado durante o roubo, teria cerca de 1,70 m de altura, quando o indivíduo reconhecido tinha **1,95 m, uma característica particular e pouco comum nas pessoas em geral.**

IX. Necessidade de adoção de novas rotinas pela Polícia Civil

A sucessão de falhas no procedimento em questão implica **a invalidação completa do reconhecimento fotográfico do paciente Vânio da Silva Gazola e sua consequente absolvição.**

De nada, porém, servirá esta decisão se continuarem os órgãos

de persecução penal – e o próprio Poder Judiciário – a coonestarem essa **prática investigatória dissociada do modelo legal e constitucional de um processo penal minimamente ético em seu proceder e cientificamente exercitado por seus protagonistas.**

Em verdade, essa indiscutível realidade em relação ao reconhecimento pessoal "**impõe aos operadores do Direito, desde o policial que atua no flagrante até os membros das mais altas cortes do Poder Judiciário, o desafio de se apropriarem de técnicas pautadas nos avanços científicos para que se promovam os ajustes necessários a evitar que os reconhecimentos equivocados sigam produzindo condenações de inocentes**", conforme bem observam os integrantes do *Innocence Project Brasil* (*Prova de reconhecimento e erro judiciário*. São Paulo. 1. ed., jun.2020, p. 3).

Como pontuam Machado e Barilli,

> As mudanças urgentes no campo probatório penal, que devem ocorrer a partir das contribuições da psicologia do testemunho, **não podem se limitar apenas ao âmbito dogmático (teórico) ou normativo (dever ser) mediante projetos de reforma legislativa do atual artigo 226 do CPP. Devem ser pensadas em diferentes níveis operacionais da Justiça criminal** e, por óbvio, sem descurar da realidade nacional. **Do contrário, teremos apenas refinadas teorias ou excelentes normas, porém sem qualquer alteração real no cotidiano das varas criminais e delegacias de polícia país afora.**
>
> A academia já foi capaz de produzir inúmeras pesquisas sobre as mazelas do sistema de persecução penal, inclusive das nefastas práticas policiais quanto às falsas identificações pessoais**. Faltam, agora, estratégias concretas que, acolhidas pelo poder público, possibilitem a devida instrução e correta implementação de protocolos técnicos de reconhecimento pessoal nos diferentes âmbitos da Justiça criminal brasileira** (Leonardo Marcondes Machado e Raphael Jorge de Castilho Barilli. *O reconhecimento de pessoas como fonte de injustiças criminais*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-jul-16/academia-policia-reconhecimento-pessoas-fonte-injusticas-criminais> - grifei).

A iniciativa para a devida conformidade dessa prova ao modelo legal deve partir das próprias Polícias (civis e federal), cumprindo, por sua vez, ao Ministério Público o papel de fiscalizar a

correta aplicação da lei penal, por ser *órgão de controle externo da atividade policial* e por sua ínsita função de *custos legis*, que deflui do desenho constitucional de suas missões, com destaque para a "*defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*" (art. 127, caput), bem assim da sua específica função de "*zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos [inclusive, é claro, dos que ele próprio exerce] ... promovendo as medidas necessárias a sua garantia"* (art. 129, inciso II).

Daí se infere que, independentemente de qualquer positivação legal, a nossa Carta Magna impõe ao Ministério Público o dever de agir, sempre, na defesa de direitos e de garantias individuais que são normalmente confrontados durante o exercício da ação penal pública, a qual, aliás, é promovida pelo *Parquet* de modo privativo (art. 129, I, da CF).

Em outras palavras, **ao mover a ação penal pública, como parte acusadora, o órgão do Ministério Público não se despe do dever de fiscalizar e, mais do que isso, respeitar as liberdades públicas**, eis que, por serem elas indisponíveis e por comporem a ideia de uma ordem jurídica sedimentada em um regime democrático, reclamam a tutela do próprio Ministério Público.

Este Superior Tribunal de Justiça, a seu turno, ao conferir **nova e adequada interpretação do art. 226 do CPP**, **sinaliza**, para toda a magistratura e todos os órgãos de segurança nacional, **que soluções similares à que serviu de motivo para esta impetração não devem, futuramente, ser reproduzidas em julgados penais**.

Isso porque a missão do Superior Tribunal de Justiça é, precipuamente, a de **uniformizar a melhor interpretação da lei federal, formando precedentes que orientem o julgamento de casos futuros**. Deveras, estabelecer os parâmetros de aplicação das regras probatórias do processo penal requer do STJ a clara compreensão sobre sua razão de ser: conferir unidade ao sistema jurídico, **projetando a aplicação do Direito**, mediante sua adequada interpretação, com base no julgamento dos casos de sua competência. Como acuradamente assere Daniel Mitidiero (*Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: Editora RT, 2013, *passim*), a decisão recorrida deve ser entendida como meio de que se vale a Corte Superior para, a partir da interpretação adequada do Direito, alcançar o máximo possível da unidade do direito aplicado em todo o território nacional, sem renunciar, por óbvio, ao controle de juridicidade das decisões recorridas.

Mais ainda, **é preciso que se determine, doravante, 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 uma instabilidade e insegurança de 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.

Na precisa observação de Antônio Vieira,

> [...] a prevenção de erros e, especialmente, de condenações errôneas, passa por uma importante **mudança de atitude em relação ao reconhecimento de pessoas, passando da postura – comum até então – de confiança exagerada e percepção de suficiência na prova de identificação para uma atitude de ceticismo epistêmico**" (VIEIRA, Antônio. Riscos Epistêmicos no Reconhecimento de Pessoas: contribuições a partir da neurociência e da psicologia do testemunho. *Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal*. Ano 2. Nº 3. Salvador: IBADPP, p. 15-16).

Aliás, sobre a responsabilidade de um Tribunal Superior, quando enfrenta **temas sensíveis** e se vê premido a tomar uma posição que implique a anulação de um processo, a juíza da Corte Suprema dos Estados Unidos Sonia SOTOMAYOR, em voto dissidente proferido em debate sobre a licitude de provas **(Utah v. Strieff, 579 U.S., 136 S. Ct. 2056, 2016)**, anotou, com muita propriedade, que:

> When courts admit only lawfully obtained evidence, they encourage "those who formulate law enforcement polices, and the officers who implement them, to incorporate Fourth Amendment ideals into their value system." Stone v. Powell, 428 U. S. 465, 492 (1976). But when courts admit illegally obtained evidence as well, they reward "manifest neglect if not an open defiance of the prohibitions of the Constitution." Weeks, 232 U. S., at 394. **(Quando os tribunais admitem apenas evidências obtidas legalmente, eles encorajam "aqueles que formulam políticas de aplicação da lei, e os oficiais que as implementam, a incorporar os ideais da Quarta Emenda em seu sistema de valores". Mas quando os tribunais também admitem evidências obtidas ilegalmente, eles recompensam "negligência manifesta, se não um desafio aberto às proibições da**

Constituição" – tradução livre).

X. Participação de menor importância – paciente Igor

Sustenta a defesa, ainda, que, no tocante ao **paciente Igor**, deve ser reconhecida a causa geral de diminuição de pena relativa à **participação de menor importância** e pondera que a denúncia atribuiu a ele "simplesmente a conduta de emprestar o carro utilizado pelos demais agentes para praticarem o assalto" (fl. 17).

Não descuro que um dos temas mais controvertidos da ciência penal é a delimitação da autoria (ou da participação) nos delitos em que há o concurso de pessoas. Tal circunstância acaba por se refletir na imputação e na amplitude dessa imputação que recai sobre o agente que é indicado logo no início da persecução penal *in judicio*, com a denúncia ofertada pelo Ministério Público.

Apesar de o Código Penal prever que todo aquele que concorre para o crime é considerado autor (art. 29, *caput*), reconhece a menor reprovabilidade de quem participa da ação delitiva de modo secundário, sem a mesma importância dos que executam a conduta descrita no tipo.

E, ao analisar a sentença e o acórdão proferidos na instância ordinária, entendo **assistir razão à defesa** ao afirmar que Igor Felácio teve, quando muito, **uma participação de menor importância** na dinâmica do roubo pelo qual foi condenado.

É bem verdade que a Corte estadual, ao concluir que **Igor Felácio** foi um dos autores do roubo pelo qual foi condenado, e não partícipe, assim fundamentou o ato decisório (fls. 629-630, grifei):

> Sustenta o Apelante Igor, ainda, o reconhecimento da participação de menor importância no delito de roubo. Melhor sorte não o socorre.
> Isso porque, infere-se dos autos que **o Apelante Igor foi quem disponibilizou o automóvel para que Vânio e um outro indivíduo não identificado, praticassem o roubo no estabelecimento comercial.**
> **O veículo foi de fundamental importância**, uma vez que o restaurante era situado às margens da BR, sendo utilizado para ir até o local, bem como para a fuga, e abandonado na cidade de Laguna, em razão da presença da polícia.

> Dessa forma, do contexto fático-probatório apresentado, tem-se que o Recorrente Igor, em comunhão de esforços e unidade de desígnios, típicos da coautoria, praticou o crime de roubo narrado na Denúncia.
> [...]
> Portanto, **não há falar em participação de menor importância na conduta delituosa por parte do Apelante Igor**, não merecendo reparos a Sentença condenatória.

Esclareço, ainda, que o Magistrado de primeiro grau afirmou, em sua sentença condenatória, que "**o agente também ocupou papel de destaque, fornecer (no mínimo)** o veículo para a prática do crime, veículo este que, inclusive, foi decisivo no êxito na fuga, não se revela de diminuta importância para o sucesso da ação" (fl. 535). No entanto, embora haja afirmado que "o agente também ocupou papel de destaque", o próprio Juiz **põe em dúvida a participação direta desse acusado no delito de roubo**, o que é corroborado pela ausência de seu reconhecimento e pelo que foi descrito no relatório policial, a seguir mencionado, no que interessa (fls. 205-206):

> Diante do encontro do documento de IGOR no interior do veículo utilizado pelos criminosos, os policiais militares, no afã de elucidar o fato, fizeram constar no boletim de ocorrência que ele também havia sido reconhecido pelas vítimas.
> **Ocorre que, em depoimento prestado em sede policial, nenhuma vítima reconheceu Igor como sendo um dos assaltantes.**
> **Também é possível verificar, claramente, através de análise das imagens registradas pelas câmeras de segurança, que nenhum dos suspeitos de encaixa nas características físicas de Igor.**
> IGOR tem cabelo grande e possui compleição física mais avantajada, sendo perceptível que se encontra acima do peso. Já o suspeito que acompanha o sujeito reconhecido como VÂNIO não possui tais características, sendo possível afirmar com certeza que não se trata de IGOR nas imagens.
> **Importante mencionar que tal fato não exclui a possibilidade de participação de IGOR no crime aqui apurado, seja como motorista de fuga, seja emprestando o seu veículo para os criminosos**, o que é bastante plausível diante da versão esdrúxula apresentada por IGOR em seu interrogatório.

Ao que tudo indica, o paciente Igor, portanto, não influenciou, de maneira decisiva, no êxito da empreitada criminosa, visto que não participou dos atos de execução, ou seja, não executou a ação nuclear típica (ele não subtraiu bens nem exerceu grave ameaça ou violência

contra as vítimas). Quando muito, conforme reconheceu o Magistrado sentenciante, **emprestou o veículo** usado pelos assaltantes para chegarem ao restaurante e fugirem do local do delito na posse da *res furtiva*, conduta que **não pode ser tida como essencial** para a prática e a consumação do roubo, até porque não se logrou demonstrar nem sequer se efetivamente houve tal empréstimo do automóvel com a prévia ciência de seu uso ilícito por parte da dupla que cometeu o roubo.

Essas circunstâncias permitem que seja reconhecida, em seu favor, a causa geral de diminuição de pena relativa à **participação de menor importância**, prevista no art. 29, § 1º, do CP.

Em relação ao *quantum* de diminuição de pena, considerando a conduta imputada ao paciente, de emprestar o veículo aos assaltantes, e a contribuição de sua conduta para o sucesso da empreitada criminosa, entendo – dentro do livre convencimento motivado – ser suficiente e adequada a redução da reprimenda no **patamar mínimo de 1/6.**

Diante de tais considerações, deve ser efetivada a nova dosimetria da pena. Na primeira fase, a reprimenda-base ficou estabelecida no mínimo legal, ou seja, em 4 anos de reclusão e 10 dias-multa. Na segunda etapa, não há nenhuma agravante ou atenuante (fl. 536).

Na terceira fase, as instâncias ordinárias aumentaram a pena em 1/3, ocasião em que fizeram menção ao art. 157, § 2º, I, do CP (emprego de arma) (fl. 536), **já revogado por ocasião do cometimento do delito objeto deste *writ***, perpetrado em 20/9/2018.

Esclareço, por oportuno, que a **Lei n. 13.654/2018** entrou em vigor em 23/4/2018, antes, portanto, da prática do crime de roubo imputado ao réu, e ela revogou o inciso I do § 2º do art. 157 do CP, passando a prever, em seu lugar, o aumento de pena de **2/3** se a violência ou ameaça for exercida com emprego de arma de fogo (art. 157, § 2º-A). Assim, a rigor, a reprimenda do paciente Igor deveria haver sido exasperada no referido patamar. No entanto, para não incorrer na inadmissível *reformatio in pejus*, mantenho a exasperação da sanção, nessa etapa da dosimetria, em **1/3.**

Na sequência, reduzo a pena em 1/6, em decorrência da causa geral de diminuição relativa à participação de menor importância (art. 29, § 1º, do CP) e, por conseguinte, **torno a reprimenda do paciente Igor Tártari Felácio definitiva em 4 anos, 5 meses e 9 dias de reclusão e pagamento de 10 dias-multa.**

XI. Conclusões

1) O reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime;
2) À vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo;
3) Pode o magistrado realizar, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório, bem como pode ele se convencer da autoria delitiva a partir do exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento;
4) O reconhecimento do suspeito por 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.

XII. Dispositivo

À vista do exposto, **concedo** a ordem, para:

a) com fundamento no art. 386, VII, do CPP, absolver o paciente **Vânio da Silva Gazola** em relação à prática do delito objeto do Processo n. 0001199-22.2019.8.24.0075, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Tubarão – SC. Ainda, ratifico a liminar anteriormente deferida, para determinar a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso;

b) reconhecer a causa geral de diminuição relativa à participação de menor importância no tocante ao paciente **Igor Tártari Felácio**, aplicá-la no patamar de 1/6 e, por conseguinte, reduzir a sua reprimenda para 4 anos, 5 meses e 9 dias de reclusão e pagamento de 10 dias-multa.

Voto, ainda, para que se dê ciência da decisão aos Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais, bem como ao Ministro da Justiça e Segurança Pública e aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, encarecendo a estes últimos que façam conhecer da decisão os responsáveis por cada unidade policial de investigação. Dê-se ciência também aos Ministérios Públicos estaduais e federal, bem como às Defensorias Públicas.

HABEAS CORPUS Nº 598.886 - SC (2020/0179682-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA THIAGO YUKIO GUENKA CAMPOS - SC036306
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	:	VANIO DA SILVA GAZOLA (PRESO)
PACIENTE	:	IGOR TARTARI FELACIO (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
INTERES.	:	INNOCENCE PROJECT BRASIL - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADOS	:	FLÁVIA RAHAL BRESSER PEREIRA - SP118584 DORA MARZO DE A CAVALCANTI CORDANI - SP131054 RAFAEL TUCHERMAN - SP206184
INTERES.	:	INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA - MARCIO THOMAZ BASTOS - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADOS	:	FLÁVIA RAHAL BRESSER PEREIRA - SP118584 MARINA DIAS WERNECK DE SOUZA - SP157282 HUGO LEONARDO - SP252869 GUILHERME ZILIANI CARNELOS - SP220558
ADVOGADA	:	DOMITILA KOHLER - SP207669

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO:

A falsa memória é grave risco à prova penal, especialmente relevante no reconhecimento de autores do crime, onde a emoção, o tempo e lapsos espontâneos levam ao erro, apenas aumentado em sucessivos reconhecimentos.

Forma é garantia legal de confiabilidade na prova. Mesmo impossível o reconhecimento sem erros, nosso procedimento legal busca estabelecer confiança razoável pela identificação de alguém entre semelhantes, após descrevê-lo e sem indecisões – o que disto se afasta reduz não somente o respeito à forma, mas à própria confiabilidade dessa prova.

Não chego como o Relator a admitir que qualquer descumprimento do rito probatório leve à inadmissão do reconhecimento, mas sim que quanto maior seja o grau desse descumprimento, menor será a confiança na prova, de modo que graves defeitos ao procedimento impeçam valorar como suficiente à admissão da autoria para a condenação, como regra objetiva e de critério de prova, sem corroboração probatória adequada – independente e idônea.

Embora a realização posterior de prova em regra afaste a invalidade de semelhante prova anterior, no caso do reconhecimento isso não se pode permitir pelo natural vício da

memória já identificadora de pessoa inicial com erro – a fixação da imagem do reconhecido tende a substituir aquela memória do dia do crime. Assim, não serve como prova independente e idônea o reconhecimento posterior em juízo, após grave falha no reconhecimento inicial.

Tampouco testemunhos apenas de relato do reconhecimento inicial, com grave defeito, servem como prova independente e idônea.

Finalmente, o reconhecimento fotográfico serve como prova apenas inicial e deve ser o reconhecimento fotográfico ratificado por reconhecimento pessoal assim que isto se torne possível, sendo incapaz de permitir a condenação sem corroboração independente e idônea.

Assim, minhas conclusões são:

O descumprimento ao procedimento de identificação de pessoas e coisas reduz a confiabilidade na prova e graves defeitos impedem valorar como suficiente à admissão da autoria para a condenação, como regra objetiva e de critério de prova, sem corroboração probatória independente e idônea.

O reconhecimento fotográfico merece oportuna ratificação por reconhecimento pessoal, sendo incapaz de permitir a condenação, como regra objetiva e de critério de prova, sem corroboração independente e idônea.

Concordando com o Relator no resultado do julgamento, dele 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.

HABEAS CORPUS Nº 598.886 - SC (2020/0179682-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Senhor Presidente, não tenho muito a dizer. O Ministro Rogerio Schietti, como de praxe, esgotou o assunto. Enfrentou e esgotou a questão referente ao reconhecimento fotográfico e aos dispositivos legais e constitucionais que o orientam sob todos os ângulos possíveis.

Apenas tomo a liberdade aqui, eminente Relator, de trazer palavras que apenas endossam tudo aquilo que Vossa Excelência já explanou com enorme brilho.

Primeiro, cito Fernando da Costa Tourinho Filho:

> **Reconhecimento.** Ato por que se faz a verificação e confirmação da identidade de pessoa ou coisa. No reconhecimento há a fusão de uma percepção presente com outra pretérita. A pessoa que procede ao reconhecimento faz uma evocação à reminiscência e procura ver a semelhança entre aquela figura guardada na memória e aquela que lhe é apresentada. Às vezes a memória não é boa. Por outro lado, quanto mais o tempo passa, mais se distancia a lembrança, o que dificulta seriamente o reconhecimento. Ademais, é muito comum a existência de pessoas que guardam impressionante identidade física. Daí o acerto desta v. decisão da Suprema Corte: "As formalidades previstas no art. 226 do CPP são essenciais à valia do reconhecimento, que inicialmente há de ser feito por quem se apresente para a prática do ato, a ser iniciado com a descrição da pessoa a ser reconhecida. Em seguida, o suspeito deve ser colocado ao lado de outros que com ele guardem semelhança, a fim de que se confirme o reconhecimento. **A cláusula 'se for possível', constante do inc. 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." (Rel. Min. Marco Aurélio – RT, 752/516).
>
> **Reconhecimento fotográfico.** E se se tratar de reconhecimento fotográfico? Depende do caso concreto. Se a autoridade solicita à pessoa que vai proceder ao reconhecimento a descrição daquela que vai ser reconhecida, e a seguir, exibe-lhe cinco ou seis fotografias de presos que guardem entre si certa semelhança para que ela aponte qual delas retrata o criminoso, tal ato, **aliado a outros elementos constantes dos autos, pode ser valioso.** Entretanto, o comum é a Polícia exibir fotografias de pessoas completamente diferentes... algumas trazendo dizeres como "aborto", "roubo", "homicídio", o que torna mais sugestivo o reconhecimento... Às vezes, sabemos todos, há fotografias que não retratam, com fidelidade, a pessoa; outras vezes há uma semelhança

> física impressionante... **Por isso tudo**, sem embargo da palavra sempre autorizada de Frederico Marques (...), **entendemos que o reconhecimento fotográfico deixa a desejar. É um perigoso meio de prova e que tem dado causa a inúmeros casos de erro judiciário**. (Código de Processo Penal Comentado, Tourinho Filho, vol. 1, Saraiva, fls. 225/226). (Grifos nossos)

E, a seguir, entendo preciso e adequado as razões do voto do Ministro Marco Aurélio (HC n. 75.331/SP), acima citadas por Tourinho Filho:

> É sabença geral não se ter em qualquer dispositivo de lei preceitos inúteis. Cada qual tem uma razão de ser e, portanto, um objetivo. O artigo 226 do Código de Processo Penal é categórico ao revelar o procedimento a ser adotado quando se cuida do reconhecimento de pessoas. Em primeiro lugar, aquele que deva proceder ao reconhecimento há de ser convocado para descrever a pessoa a ser reconhecida. Em fase subseqüente, visando a tornar extremo de dúvidas o reconhecimento e, portanto, colar-lhe a indispensável segurança jurídica, a pessoa que dele for alvo "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". Inegavelmente, apenas em uma única hipótese despreza-se esta fase, ou seja, naquela em que é impossível assim proceder-se. No caso dos autos, não há a menor notícia de óbice à observância do preceito; simplesmente, foi colocado em plano secundário como se não compusesse a ordem jurídica em vigor, emprestando-se-lhe inocuidade maior, chegando-se, a seguir, via reconhecimento à margem da prescrição legal, à condenação do Paciente, primário e de bons antecedentes. A luta por este empreendida, quer interpondo recurso, quer caminhando para a justificação prevista no artigo 423 do Código de Processo Penal, mostrou-se infrutífera. Ora, se de um lado é certo, não servir o habeas-corpus ao novo julgamento da causa, de outro não menos correto é que se mostra o meio adequado à aferição da ocorrência, ou não, de ilegalidade.
>
> Senhor Presidente, **não posso desconhecer que esta é a derradeira oportunidade que o Paciente tem de ver observado o devido processo legal; de ser julgado após instrução regular da ação penal, o que não se verifica quando se aponta de importância menor formalidade relativa à única prova que serviu de base ao Juízo na condenação imposta, ou seja, a revelada pelo reconhecimento**. A persecução criminal é, sim, almejada por toda a sociedade. **Todavia, vivendo-se em um Estado Democrático de Direito, há de ocorrer com obediência irrestrita às normas instrumentais em vigor, evitando-se a consumação de erros judiciários que acabem por macular a vida de uma pessoa, colando estigma de efeitos permanentes. Porque em jogo a própria liberdade, entendo que o Supremo Tribunal Federal não pode endossar quadro revelador da imposição de decreto condenatório, após negativa de autoria a partir de prova única, ou seja, reconhecimento levado a efeito ao arrepio da norma imperativa insculpida no artigo 226 do Código de Processo Penal.** Não parto, no

> julgamento deste habeas, para o revolvimento de matéria fática. Não defino a inocência do Paciente. Asseguro-lhe, no entanto, o direito de ser julgado com absoluto respeito ao que disciplinado legalmente. (Grifos nossos)

Senhor Presidente, na verdade, não vejo mais como endossar a desobediência de formalidades impostas pela nossa norma processual sob a justificativa eterna de que o Judiciário (e aqui no caso a nossa polícia) não tem estrutura humana e material para tornar efetiva a letra da lei.

Aqui, a exceção – o não cumprimento dos procedimentos presentes nos incisos I, II, III e IV do artigo 226 do CPP – se tornou regra. Não me lembro, Sr. Presidente, nestes quase dez anos de Tribunal, de ter visto um único processo onde as normas citadas foram cumpridas.

Assim, acompanho, na íntegra, o eminente Relator.

HABEAS CORPUS Nº 598.886 - SC (2020/0179682-3)

VOTO-VOGAL

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Sr. Presidente, Srs. Ministros, quero, inicialmente, cumprimentar o Dr. Thiago Yukio Guenka Campos e, também, a Dra. Dora Marzo, que fez uma brilhante sustentação em sua manifestação como *amicus curiae,* e trouxe elementos importantes aos autos. Também saúdo o Dr. José Adonis, que falou em nome do Ministério Público, da preocupação do Ministério público, o qual até chegou a concluir pelo não conhecimento do *habeas corpus*.

Eu também cumprimento o Exmo. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ pela substancialidade de seu voto.

No caso, observa-se da atenta leitura da sentença que a condenação do Paciente apoiou-se exclusivamente no reconhecimento fotográfico efetuado por uma das vítimas, confirmado em juízo.

O Tribunal de origem, ao manter a condenação, consignou o que segue (fls. 615-618; sem grifos no original):

> *"Sustenta a Defesa, preliminarmente, a nulidade da Sentença por estar baseada em reconhecimento realizado pelas vítimas em sede policial, o qual teria desrespeitado o art. 226, inciso II, do Código de Processo Penal.*
>
> *Razão não lhe assiste.*
>
> *Isso porque as disposições do art. 226 do Código de Processo Penal, que tratam do procedimento a ser observado para o reconhecimento de pessoas e coisas, são simples recomendações, cuja inobservância não importa, por si só, em invalidade processual.*
>
> [...]
>
> *Assim, absolutamente possível o reconhecimento fotográfico de pessoas em sede policial, a despeito das disposições do art. 226 do CPP, especialmente em casos como o dos autos, em que o reconhecido não foi preso em flagrante.*
>
> *Ademais,* ***importante ressaltar que a vítima Viviany Rech Bento Back afirmou judicialmente que confirma o reconhecimento realizado na Delegacia de Polícia, apesar de na data da audiência afirmar que não teria condições de reconhecer novamente Vânio em razão do transcurso de tempo (registro audiovisual de fls. 418-419)***.
>
> ***No que se refere à questão da altura do Apelante Vânio, que foi apontada pelas vítimas como sendo de aproximadamente um metro e setenta centímetros, quando consta do documento de fl. 24 que ele teria cerca de um metro e noventa e cinco centímetros, tem-se que não afasta a credibilidade do reconhecimento feito no dia seguinte aos fatos, uma vez que as vítimas apontaram detalhes da face de Vânio, que estava com o rosto***

apenas parcialmente coberto.

Não bastasse, as imagens apresentadas pela própria Defesa às fls. 475-576, também demonstram as semelhanças entre o autor do fato que aparece nas imagens das câmeras de segurança e Vânio, especialmente a estatura, o formato do nariz e até mesmo o corte de cabelo, o que corrobora o reconhecimento efetuado pelas Vítimas na Delegacia de Polícia.

Portanto, afasta-se a preliminar arguida."

Como se vê, embora a vítima tenha confirmado que realizou o reconhecimento fotográfico na fase extrajudicial, apontou que sequer teria "*condições de reconhecer novamente Vânio em razão do transcurso de tempo*".

Relevante destacar, ainda, a fragilidade do reconhecimento fotográfico realizado, no qual a vítima apontou que o autor do roubo teria cerca de um metro e setenta centímetros, enquanto o Paciente tem um metro e noventa e cinco centímetros, diferença considerável.

É certo que a jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que "*as disposições insculpidas no art. 226 do CPP, configuram uma recomendação legal, e não uma exigência absoluta, não se cuidando, portanto, de nulidade quando praticado o ato processual (reconhecimento pessoal) de modo diverso*" (AgRg no AREsp 1.291.275/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJe 11/10/2018).

Ocorre, porém, que, consoante destacado pelo Ministro Relator, o reconhecimento é prova com alto grau de subjetividade e a observância do procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal dá um norte ao Julgador com relação às formalidades mínimas que devem ser obedecidas na elaboração dessa prova, representando uma garantia ao Acusado, que não deve ser afastada pelo Poder Público.

Dessa forma, deve haver maior critério na observância da legislação atinente a essa forma de prova colhida pela autoridade policial.

Registro, ainda, que ouvi com muita clareza as observações feitas pelo Exmo. Ministro NEFI CORDEIRO, sobre sua preocupação no sentido de que mínimos descumprimentos do rito não podem gerar a inadmissão da prova, e não identifiquei uma divergência das conclusões, pelo menos com relação às conclusões do voto do Exmo. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, sendo certo que, no caso, houve um grave descumprimento ao disposto no art. 226 do CPP, por tratar-se de mero reconhecimento fotográfico.

Parabenizo, mais uma vez, o Exmo. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ por suas conclusões, por levar ao conhecimento de várias autoridades esta decisão que está sendo prolatada hoje, aqui, nesta tarde. Eu gostaria apenas de acrescentar, Ministro ROGERIO, que

também fosse levada ao conhecimento da Defensoria Pública do Estado, de todos os Estados, esse trabalho, como incentivo.

Sou uma grande apoiadora da Defensoria Pública e acho interessante que as Defensorias Públicas estaduais tomem conhecimento desse trabalho tão importante realizado pela Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina.

Recordo que Santa Catarina com o meu Estado de Goiás foram os últimos Estados a criarem a Defensoria Pública. Depois de muita luta, no meu Estado de Goiás, pedindo, pleiteando, buscando a criação da Defensoria Pública.

Ante o exposto, CONCEDO a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Ministro Relator.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA

Número Registro: 2020/0179682-3 **PROCESSO ELETRÔNICO** **HC 598.886 / SC**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00011992220198240075 11992220198240075

EM MESA JULGADO: 27/10/2020

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

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. JOSE ADONIS CALLOU DE ARAUJO SA

Secretário
Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA THIAGO YUKIO GUENKA CAMPOS - SC036306
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	:	VANIO DA SILVA GAZOLA (PRESO)
PACIENTE	:	IGOR TARTARI FELACIO (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
INTERES.	:	INNOCENCE PROJECT BRASIL - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADOS	:	FLÁVIA RAHAL BRESSER PEREIRA - SP118584 DORA MARZO DE A CAVALCANTI CORDANI - SP131054 RAFAEL TUCHERMAN - SP206184
INTERES.	:	INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA - MARCIO THOMAZ BASTOS - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADOS	:	FLÁVIA RAHAL BRESSER PEREIRA - SP118584 MARINA DIAS WERNECK DE SOUZA - SP157282 HUGO LEONARDO - SP252869 GUILHERME ZILIANI CARNELOS - SP220558
ADVOGADA	:	DOMITILA KOHLER - SP207669

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dra. DORA MARZO DE A CAVALCANTI CORDANI, pela parte INTERES.: INNOCENCE PROJECT BRASIL
Dr. THIAGO YUKIO GUENKA CAMPOS(Protestará por Juntada)
, pelas partes PACIENTES: VANIO DA SILVA GAZOLA e IGOR TARTARI FELACIO
Exmo. Sr. Dr. JOSÉ ADONIS CALLOU DE ARAÚJO SÁ, SUBPROCURADOR-GERAL DA

REPÚBLICA

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, concedeu o habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, com os esclarecimentos do Sr. Ministro Nefi cordeiro.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.