

HABEAS CORPUS Nº 712.781 - RJ (2021/0397952-8)

RELATOR : **MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : WANDERSON DA CONCEICAO SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

WANDERSON DA CONCEIÇÃO SILVA alega ser vítima de coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro** (Apelação Criminal n. 0014552-59.2019.8.19.0014).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 7 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais multa, pela prática dos crimes previstos nos arts. 157, § 2º-A, I, do CP e 244-B do ECA, em concurso formal.

A defesa aduz, em síntese, que foi inobservado o disposto no art. 226 do CPP, porque, "nove dias depois dos fatos relatados na denúncia, detido o paciente por acusação de prática de outro delito, a autoridade policial imediatamente exibiu sua fotografia à lesada para reconhecimento, o que feriu diretamente o rito previsto na norma processual citada, e comprometeu, por completo, reconhecimentos posteriores, incluído o judicial" (fl. 6).

Pondera que, afora a palavra da vítima, não houve nenhum outro elemento probatório capaz de indicar, com precisão, que o paciente houvesse sido o autor do delito de roubo pelo qual foi condenado.

Afirma que "a mera exibição de uma fotografia do suspeito à vítima para reconhecimento já é, por si, suficiente para viciar todo e qualquer reconhecimento posterior, ainda mais quando também feito em Juízo sem a observância das formalidades legais, com o envio de imagem do réu por vídeo, via aplicativo de whatsapp, para a vítima" (fl. 8).

Por fim, esclarece que "o paciente esteve todo tempo acautelado, o que possibilitaria que se intentasse o reconhecimento pessoal, observadas as formalidades legais" (fl. 8), o que, no entanto, não ocorreu.

Requer, assim, a concessão da ordem, "para que seja anulado o acórdão condenatório, para que outro julgamento se realize pelo Colegiado, em sede de apelação defensiva, no amplo efeito devolutivo desta, com a desconsideração dos reconhecimentos ilegais realizados, cuja nulidade se requer, neste *writ*, seja declarada" (fl. 12).

A liminar foi por mim **deferida**, nos termos da decisão de fls. 138-140, "para sobrestar, até o julgamento final deste *writ*, a prisão imposta ao paciente, nos autos do Processo n. 0014552- 59.2019.8.19.0014, determinando, por conseguinte, a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver ou não houver a necessidade de ser preso" (fl. 139).

Depois de as informações terem sido prestadas, o Ministério Público Federal manifestou-se pela **concessão da ordem**, "para declarar nulo o reconhecimento do paciente, absolvendo-o por ausência de provas válidas para a condenação" (fl. 250).

HABEAS CORPUS Nº 712.781 - RJ (2021/0397952-8)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. 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. ABSOLVIÇÃO QUE SE MOSTRA DEVIDA. ORDEM CONCEDIDA.

1. A Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, por ocasião do julgamento do HC n. 598.886/SC (Rel. Ministro Rogério Schietti), realizado em 27/10/2020, conferiu nova interpretação ao art. 226 do CPP, a fim de superar o entendimento, até então vigente, de que referido o artigo constituiria "mera recomendação" e, como tal, não ensejaria nulidade da prova eventual descumprimento dos requisitos formais ali previstos. Na ocasião, foram apresentadas as seguintes conclusões: 1.1) 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; 1.2) 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; 1.3) 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 com base no exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento; 1.4) 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.

2. Necessário e oportuno proceder a um ajuste na conclusão n. 4 do mencionado julgado. Não se deve considerar propriamente o reconhecimento fotográfico como "etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal", mas apenas como uma possibilidade de, entre outras diligências investigatórias, apurar a autoria delitiva. Não é necessariamente a prova a ser inicialmente buscada, mas, se for produzida, deve vir amparada em outros elementos de convicção para

habilitar o exercício da ação penal. Segundo a doutrina especializada, o reconhecimento pessoal, feito na fase pré-processual ou em juízo, após o reconhecimento fotográfico (ou mesmo após um reconhecimento pessoal anterior), como uma espécie de ratificação, encontra sérias e consistentes dificuldades epistemológicas.

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

4. Em julgamento concluído no dia 23/2/2022, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal deu provimento ao RHC n. 206.846/SP (Rel. Ministro Gilmar Mendes), para absolver um indivíduo preso em São Paulo depois de ser reconhecido por fotografia, tendo em vista a nulidade do reconhecimento fotográfico e a ausência de provas para a condenação. Reportando-se ao decidido no julgamento do referido HC n. 598.886/SC, no STJ, foram fixadas três teses: 4.1) O reconhecimento de pessoas, presencial ou por fotografia, deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime e para uma verificação dos fatos mais justa e precisa; 4.2) A inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita, de modo que tal elemento não poderá fundamentar eventual condenação ou decretação de prisão cautelar, mesmo se referido e confirmado o reconhecimento em Juízo. Se declarada a irregularidade do ato, eventual condenação já proferida poderá ser mantida, se fundamentada em provas independentes e não contaminadas; 4.3) A realização do ato de reconhecimento pessoal carece de justificação em elementos que indiquem, ainda que em juízo de verossimilhança, a autoria do fato investigado, de modo a se vedarem medidas investigativas genéricas e arbitrárias, que potencializam erros na verificação dos fatos.

5. Na espécie, a leitura da sentença condenatória e do acórdão impugnado, além da análise do contexto fático já delineado nos autos pelas instâncias ordinárias, permitem inferir que o paciente foi condenado, exclusivamente, com base em reconhecimento fotográfico realizado pela vítima e sem que nenhuma outra prova (apreensão de

bens em seu poder, confissão, relatos indiretos etc.) autorizasse o juízo condenatório.

6. Mais ainda, a autoridade policial induziu a vítima a realizar o reconhecimento – tornando-o viciado – ao submeter-lhe uma foto do paciente e do comparsa (adolescente), de modo a reforçar sua crença de que teriam sido eles os autores do roubo. Tal comportamento, por óbvio, acabou por comprometer a mínima aproveitabilidade desse reconhecimento.

7. Estudos sobre a epistemologia jurídica e a psicologia do testemunho alertam que é contraindicado o *show-up* (conduta que consiste em exhibir apenas a pessoa suspeita, ou sua fotografia, e solicitar que a vítima ou a testemunha reconheça se essa pessoa suspeita é, ou não, autora do crime), por incrementar o risco de falso reconhecimento. O maior problema dessa dinâmica adotada pela autoridade policial está no seu efeito indutor, porquanto se estabelece uma percepção precedente, ou seja, um pré-juízo acerca de quem seria o autor do crime, que acaba por contaminar e comprometer a memória. Ademais, uma vez que a testemunha ou a vítima reconhece alguém como o autor do delito, há tendência, por um viés de confirmação, a repetir a mesma resposta em reconhecimentos futuros, pois sua memória estará mais ativa e predisposta a tanto.

8. Em verdade, o resultado do reconhecimento formal depende tanto da capacidade de memorização do reconhecedor quanto de diversos aspectos externos que podem influenciá-lo, como o tempo em que a vítima esteve exposta ao delito e ao agressor (tempo de duração do evento criminoso), a gravidade do fato, 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), o tempo decorrido entre o contato com o autor do delito e a realização do reconhecimento etc.

9. Sob um processo penal de cariz garantista (é dizer, conforme aos parâmetros e diretrizes constitucionais e legais), busca-se uma verdade processualmente válida, em que a reconstrução histórica dos fatos objeto do juízo se vincula a regras precisas, que assegurem às partes maior controle sobre a atividade jurisdicional.

10. Adotada, assim, a premissa de que a busca da verdade, no processo penal, se sujeita a balizas epistemológicas e também éticas, que assegurem um mínimo de idoneidade às provas e não exponham pessoas em geral ao risco de virem a ser injustamente presas e condenadas, é de se refutar que essa prova tão importante seja produzida de forma totalmente viciada. Se outros fins, que não a simples apuração da verdade, são também importantes na atividade investigatória e persecutória do Estado, algum sacrifício epistêmico, como alerta Jordi Ferrer-Beltrán, pode ocorrer, especialmente quando o processo penal

busca, também, a proteção a direitos fundamentais e o desestímulo a práticas autoritárias.

11. Impõe compreender que a atuação dos agentes públicos responsáveis pela preservação da ordem e pela apuração de crimes deve dar-se em respeito às instituições, às leis e aos direitos fundamentais. Ou seja, quando se fala de segurança pública, esta não se pode limitar à luta contra a criminalidade; deve incluir também a criação de um ambiente propício e adequado para a convivência pacífica das pessoas e de respeito institucional a quem se vê na situação de acusado e, antes disso, de suspeito.

12. Sob tal perspectiva, devem as agências estatais de investigação e persecução penal envidar esforços para rever hábitos e acomodações funcionais, de sorte a “utilizar instrumentos para maximizar as probabilidades de acerto na decisão probatória, em particular aqueles que visam a promover a formação de um conjunto probatório o mais rico possível, quantitativa e qualitativamente” (Ferrer-Beltrán).

13. Convém, ainda, lembrar que as prescrições legais relativas às provas cumprem não apenas uma função epistêmica, i. e., de conferir fiabilidade e segurança ao conteúdo da prova produzida, mas também uma função de controlar o exercício do poder dos órgãos encarregados de obter a prova para uso em processo criminal, *vis-à-vis* os direitos inerentes à condição de suspeito, investigado ou acusado. Nesse sentido, é sempre oportuna a lição de Perfécto Ibañez, que divisa, na exigência de cumprimento das prescrições legais relativas à prova, uma função implícita, a saber, a de induzir os agentes estatais à observância dessas normas, o que se perfaz com a declaração de nulidade dos atos praticados de forma ilegal.

14. O zelo com que se houver a autoridade policial ao conduzir as investigações determinará não apenas a validade da prova obtida – “sem bons ingredientes não haverá forma de fazer um bom prato” (como metaforicamente lembra Jordi Ferrer-Beltrán) –, mas a própria legitimidade da atuação policial e sua conformidade ao modelo legal e constitucional. Sem embargo, conquanto as instituições policiais figurem no centro das críticas, não são as únicas a merecê-las. É preciso que todos os integrantes do sistema de justiça criminal se apropriem de técnicas pautadas nos avanços científicos para interromper e reverter essa preocupante realidade quanto ao reconhecimento pessoal de suspeitos. Práticas como a evidenciada no processo objeto deste *writ* só se perpetuam porque eventualmente encontram respaldo e chancela tanto do Ministério Público – a quem, como fiscal do direito (*custos iuris*), compromissado com a verdade e com a objetividade de atuação, cabe velar pela higidez e pela fidelidade da investigação dos fatos sob apuração, ao propósito de evitar acusações infundadas – quanto do

próprio Poder Judiciário, ao validar e acatar medidas ilegais perpetradas pelas agências de segurança pública.

15. Sob tais premissas e condições, não é possível ratificar a condenação do acusado, visto que apoiada em prova absolutamente desconforme ao modelo legal, sem a observância das regras probatórias próprias e sem o apoio de qualquer outra evidência produzida nos autos.

16. Ordem concedida, para absolver o paciente em relação à prática dos delitos de roubo e de corrupção de menores objetos do Processo n. 0014552-59.2019.8.19.0014, da 3ª Vara Criminal da Comarca de Campos dos Goytacazes – RJ, ratificada a liminar anteriormente deferida, a fim de determinar a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Contextualização

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 7 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais multa, pela prática dos crimes previstos nos arts. 157, § 2º-A, I, do CP e 244-B do ECA, em concurso formal. Segundo andamento processual disponível na página eletrônica do TJRJ, ainda **não houve** a certificação do trânsito em julgado da condenação.

O Juiz sentenciante, ao concluir pela condenação do paciente em relação à prática dos referidos delitos, assim fundamentou, no que interessa (fls. 25-26, destaquei):

No dia 21 de dezembro de 2017, por volta das 23h, numa via pública situada no KM 14, localidade de Travessão de Campos, nesta Comarca de Campos dos Goytacazes/RJ, o denunciado, de forma livre e consciente, corrompeu o adolescente à época L. T. A. (15 anos), com ele praticando crime de roubo qualificado em face de DENISE DA SILVA SANTOS.

No mesmo dia 21 de dezembro de 2017, por volta das 23h, numa via pública situada no KM 14, localidade de Travessão de Campos, nesta Comarca de Campos dos Goytacazes/RJ, o denunciado, de forma livre e consciente, em comunhão de ações e desígnios com o adolescente à época Lázaro Tavares Azeredo (15 anos), subtraiu, para si ou para outrem, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo à pessoa de DENISE DA SILVA SANTOS, uma bolsa contendo uma quantia em dinheiro ainda não determinada e um telefone celular LG Volt, de cor preta, tudo de propriedade da vítima, conforme descrição de fl. 04 e laudo de avaliação a ser acostado.

[...]

A autoria também desponta inconteste.

Nesse rumo, a vítima narrou que transitava sozinha em via pública, voltando do trabalho, quando foi abordada por dois homens em uma motocicleta. Afirmou que o carona lhe abordou, exibiu a arma de fogo ameaçando atirar, e determinou que lhe fosse entregue a bolsa.

Relatou que **alguns dias depois reconheceu os roubados por fotos que estavam circulando nas redes sociais. Na Delegacia de Polícia, reconheceu o réu como o carona que lhe abordou e o adolescente L. T. A. como sendo o condutor da motocicleta.**

Rejeita-se, nesse ponto, a nulidade aventada pela defesa, porquanto é cediço que o reconhecimento fotográfico constitui meio de prova lícito e plenamente aceitável e que confere ao julgador elementos de convicção suficientes para ensejar a prolação de édito condenatório, especialmente quando corroborado por outros elementos de prova, como no caso em foco (TJRJ. Apelação n. 00496543-12.2011.8.19.0001. Des. Gilmar Augusto Teixeira).

Na fase judicial, sob o crivo do contraditório, a vítima, além de reiterar a dinâmica do crime, em procedimento realizado na forma do art. 226 do Código de Processo Penal, reconheceu o réu como o homem que cometeu o crime de roubo.

Vale gizar que em crimes dessa natureza, de forma geral, cometidos à revelia de espectadores, a palavra da vítima tem um especial relevo probatório, como se verifica no precedente da Jurisprudência Fluminense:

[...]

A defesa, então, interpôs apelação ao Tribunal de origem, que deu parcial provimento ao recurso, somente "para reconhecer o concurso formal entre os delitos de roubo e corrupção de menor, sem reflexo na pena, nos termos do artigo 70, parágrafo único, do Código Penal, e atenuar a dosimetria, aquietando a resposta penal em 07 (sete) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime semiaberto, e 16 (dezesseis) dias-multa, na menor fração unitária" (fl. 21).

Na ocasião, a Corte estadual afastou a pretendida absolvição do réu, com base nos seguintes argumentos (fls. 17-18, grifei):

Fatos ocorridos em 21/12/2017; denúncia datada de 09/05/2019 (peça 000001), sendo recebida em 17/05/2019 (peça 000042); sentença prolatada em 04/10/2020 (peça 000281). O MINISTÉRIO PÚBLICO não recorreu.

A defesa pretende, preliminarmente, ver reconhecida a nulidade no reconhecimento do denunciado em sede policial, sob o argumento de que não foram preenchidas as formalidades do artigo 226, do Código de Processo Penal.

Destaco e rechaço a prefacial, primeiro porque **o reconhecimento realizado em sede policial foi feito por foto** (peça 000002- fl. 08) e **segundo, porque, em juízo a ofendida reconheceu o ora apelante como sendo uma das pessoas que participou do roubo**, conforme consta do depoimento armazenado em mídia e do termo acostado na peça 000276 – fl. 03.

Ademais, friso que, segundo o posicionamento amplamente majoritário na doutrina e na jurisprudência, **o reconhecimento em juízo dispensa as formalidades constantes do artigo 226, do CPP, não havendo qualquer dúvida, no caso concreto, quanto**

ao fato de o acusado ter sido um dos autores do delito de roubo.

Diante de tal cenário, entendo que foram respeitados os dispositivos legais aplicáveis à hipótese. Não se vislumbra a ocorrência de qualquer prejuízo ao exercício da defesa do acusado, aqui também prevalecendo o princípio consagrado no artigo 563, do diploma processual referido, conhecido sob o brocardo francês *pas de nullité sans grief*.

Superada a prefacial, passo ao exame da tese absolutória sustentada pela defesa.

[...]

A autoria, por sua vez, restou comprovada pelas provas colhidas durante a instrução criminal, **já que a vítima narrou os fatos de forma detalhada e em harmonia com as demais provas, permitindo a visualização da dinâmica criminoso.**

Com efeito, na presente hipótese, a vítima, Sr.^a DENISE DA SILVA SANTOS, reconheceu o acusado em sede policial, através de fotografias, o que foi corroborado em Juízo, nos moldes legais, ressaltando que o acusado não agiu sozinho, mas em comunhão de desígnios com um adolescente, que também foi reconhecido pela lesada.

Assim, constata-se que a prova é robusta quanto ao crime de roubo, praticado pelo acusado, nos termos expostos na tese acusatória.

A vítima DENISE, em sede policial, declarou (peças 000002 – fl. 05):

“(...) no dia 21/12/2017, por volta das 23h regressava do seu trabalho e quando caminhava no km14, Travessão de Campos foi abordada por dois nacionais numa motocicleta prata; Que o carona da moto estava portando arma de fogo e diante da ameaça, a declarante entregou sua bolsa com telefone celular marca LG e dinheiro; (...)”.

Em sede inquisitorial, a vítima disse que reconheceu os agentes a partir da foto de uma notícia veiculada na Internet,

em que mencionava a prática de um latrocínio pelo acusado, ocasião em que a ofendida o reconheceu e procedeu ao registro do fato.

Em juízo, corroborando as afirmações prestadas em sede policial, disse:

“(...) que transitava sozinha em via pública, voltando do trabalho, quando foi abordada por dois homens em uma motocicleta. Afirmou que o carona lhe abordou, exibiu a arma de fogo ameaçando atirar, e determinou que lhe fosse entregue a bolsa. **Relatou que alguns dias depois**

reconheceu os roubadores por fotos que estavam circulando nas redes sociais. Na Delegacia de Polícia, reconheceu o réu como o carona que lhe abordou e o adolescente L. T. A. como sendo o condutor da motocicleta. (...)”.

Na ocasião de seu interrogatório, o apelante optou por permanecer em silêncio.

A meu ver, diante do cenário apresentado, as teses defensivas restaram isoladas no conjunto probatório, enquanto a acusação apresentou provas robustas que demonstram que o apelante praticou os crimes narrados na exordial.

II. O reconhecimento de pessoas como meio probatório

A defesa aduz, em síntese, que o paciente foi condenado, exclusivamente, com base em reconhecimento fotográfico realizado pela vítima, 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.

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 diante da pessoa a ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela (art. 226, III); do ato de reconhecimento lavrar-se-á termo pormenorizado, **subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais** (art. 226, IV).

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

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

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

Nesse contexto, adverte o referido autor:

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

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

III. O reconhecimento de pessoas e a memória humana

A análise da matéria posta em discussão neste habeas corpus – como, de resto, em vários outros, a partir do julgamento do HC n. 598.886/SC – acaba perpassando pela relação do processo penal com o fenômeno das **falsas memórias**. 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; 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 haja 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 e do estado de ânimo da pessoa** que faz o reconhecimento.

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). Deveras, qualquer ato de natureza probatória que dependa da capacidade de codificação, armazenamento e recuperação de dados e impressões pessoais sujeita-se a fatores objeto de estudo pela psicologia do testemunho, como os vieses e as falsas memórias (ANDRADE, Flávio da Silva. *Julgamentos criminais na perspectiva da psicologia*. Salvador, Juspodium, 2020, passim).

Aliás, a psicologia do testemunho aponta, também, que uma das relevantes variáveis que interferem no processo de codificação, armazenamento e recuperação da informação pela memória humana é o **efeito de outra raça (*cross race effect*)**. Significa que pessoas de um mesmo grupo racial geralmente têm dificuldades em reconhecer as características fisionômicas de pessoas pertencentes a outros grupos raciais (ANTHONY *et al.*, 1992; FIORAVANTI-BASTOS, 2014; WELLS, 1978). Ou seja, o reconhecimento tende a ser mais exato em relação a uma face pertencente ao nosso grupo racial do que a uma face com características de outra raça. Estudos empíricos apontam que essa variável também persiste em sociedades multirraciais (WONG *et al.*, 2020).

Outro fator, ainda, que não pode deixar de ser considerado é o chamado *weapon focus effect*, segundo o qual, nos crimes que envolvem o **emprego de arma de fogo**, a atenção da vítima tende, por instinto, a se focar na arma, e não no rosto do assaltante, o que aumenta os riscos de erro no reconhecimento:

A presença de arma distrai a atenção do sujeito de outros detalhes físicos importantes do autor do delito, reduzindo a capacidade de reconhecimento. O chamado efeito do foco na arma é decisivo para que a vítima não se fixe nas feições do agressor, pois o fio condutor da relação de poder que ali se estabelece é a arma. Assim, tal variável deve ser considerada altamente prejudicial para um reconhecimento positivo, especialmente nos crimes de

roubo, extorsão e outros delitos em que o contato agressor--vítima seja mediado pelo uso de arma de fogo.

(LOPES JR., Aury. *Você confia na sua memória?* Infelizmente, o processo penal depende dela (parte 2). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-out-03/limite-penal-voce-confia-memoria-infelizmente-processo-penal-depende-dela-parte>. Acesso em: fev. 2022).

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).

Em abono a tal conclusão, 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 fotografía, las atribuciones de la Policía Judicial y los actos definitivos e irreproductibles. In: *Temas de derecho procesal penal* (contemporâneos). Córdoba: Editorial Mediterránea, 2004, p. 97).

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).

De todo modo, como dito, a fiabilidade do ato de reconhecimento de pessoas depende diretamente do procedimento usado, de maneira que a sua incorreção não só deixa de minimizar a possibilidade de erros decorrentes de variáveis de estimação como incrementa o risco de que se produza um reconhecimento falso. Portanto, a impossibilidade de atribuir qualquer grau de confiabilidade a atos de reconhecimento de pessoas realizados durante as investigações preliminares, em descompasso com o art. 226 do CPP e com as melhores práticas informadas pela psicologia do testemunho, **deve levar à inadmissibilidade do elemento informativo**, em virtude dos princípios da confiança (o elemento informativo/a prova tem sua confiabilidade questionável – *reliability principle*), da disciplina (dissuasão do policial de cometer uma futura transgressão da lei – *disciplinary principle*) e da integridade (preservação da integridade do sistema de justiça criminal – *integrity principle*) (CHOO, Andrew L-T. *Evidence*. 5th ed. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 162).

O valor probatório do reconhecimento, portanto, deve ser visto com muito cuidado, em razão da sua **alta suscetibilidade de falhas e de distorções**. Justamente por ter, quase sempre, **alto grau de subjetividade e de falibilidade** é que esse meio de prova deve ser visto com reserva, **mesmo quando realizado em conformidade com o modelo normativo**.

Vale dizer: **Se em conformidade com o modelo legal (art. 226 do CPP) o reconhecimento pessoal é válido, sem, todavia, força probante absoluta**, de sorte que não pode induzir, por si só, à certeza da autoria delitiva. Sua fragilidade epistêmica – segundo a psicologia moderna, notadamente os ensinamentos e os estudos acerca da falibilidade da memória humana, e considerado o parco grau de confiabilidade quanto ao modo de sua produção – não permite um juízo seguro quanto ao seu valor probante. Assim, para o juízo de condenação – em que o *standard* probatório se baliza pela regra da certeza, em razão da qual a condenação só se legitima se apoiada em provas além da dúvida razoável –, **não se pode permitir que o reconhecimento pessoal, ainda que feito em conformidade com o art. 226 do CPP, sirva como única prova para lhe dar lastro, justamente por ser empiricamente frágil**.

Se, todavia, tal prova for **produzida em desacordo com o disposto no art. 226 do CPP, deverá ser considerada inválida**, o que implica a **impossibilidade de seu uso para lastrear um juízo de certeza da autoria do crime, mesmo que de forma suplementar**. Mais do que isso, inválido o reconhecimento, não poderá ele servir nem para lastrear outras decisões, ainda que de menor rigor quanto ao *standard* probatório exigido, tais como decretação de prisão preventiva, recebimento de denúncia, pronúncia.

IV. O avanço da jurisprudência em relação ao valor probatório do reconhecimento de pessoas e as consequências do erro de reconhecimento

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

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

Nesse julgado, a Turma decidiu, *inter alia*, que, à vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento

descrito na mencionada norma processual **torna inválido** o reconhecimento da pessoa suspeita e **não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o ato em juízo**. Vale dizer, entendeu-se, na oportunidade, que o procedimento previsto no art. 226 do CPP "não configura mera recomendação do legislador, mas rito de observância necessária, sob pena de invalidade do ato".

Confiram-se, a propósito, as **conclusões** apresentadas por ocasião do mencionado julgamento (HC n. 598.886/SC):

- 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.

Desde já, faço um **necessário e oportuno ajuste à conclusão n. 4 do mencionado julgado**. Não se deve considerar propriamente o reconhecimento fotográfico como "etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal", mas apenas como uma possibilidade de, entre outras diligências investigatórias, apurar a autoria delitiva. **Não é necessariamente a prova a ser inicialmente buscada, mas, se for produzida, deve vir amparada em outros elementos de convicção para habilitar o exercício da ação penal.**

O reconhecimento pessoal, feito na fase pré-processual ou em juízo, após o reconhecimento fotográfico (ou mesmo após um reconhecimento pessoal anterior), como uma espécie de ratificação, **encontra sérias e consistentes dificuldades epistemológicas**. Como bem observam Janaina Matida e William Ceconello, reportando-se também a estudos do próprio W. Ceconello e de William Weber, Lilian Stein e Gustavo Noronha:

No que refere ao reconhecimento de pessoas, a maleabilidade e a função de aprender geram um efeito não desprezível: quando um rosto é apresentado a uma vítima e esta o reconhece como sendo autor do crime, seu cérebro "aprende" que o rosto reconhecido é o rosto visto no local do crime. Assim, todo reconhecimento é impactado diretamente por reconhecimentos anteriores, sendo o primeiro reconhecimento a oportunidade em que se pode ter acesso à memória mais livre de contaminações possível. Ou seja, **um reconhecimento feito em Juízo utilizando métodos adequados não tem a capacidade de remediar os efeitos de um primeiro reconhecimento irregularmente produzido. Sendo o primeiro reconhecimento primordial para a identificação de autoria, é preciso zelar pela sua adequada realização.**

(MATIDA, Janaina; CECCONELLO, William. *Outra vez sobre o reconhecimento fotográfico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-01/limite-penal-outra-vez-reconhecimento-fotografico>. Acesso em: fev. 2022).

Voltando à análise já feita no HC n. 598.886/SC, reconheceu-se ali **a necessidade de se determinar a invalidade de qualquer reconhecimento formal – pessoal ou fotográfico – que não siga estritamente o que determina o art. 226 do CPP**, sob pena de continuar-se a gerar instabilidade e insegurança em sentenças judiciais que, sob o pretexto de que outras provas produzidas em apoio a tal ato – todas, porém, derivadas de um reconhecimento desconforme ao modelo normativo – autorizariam a condenação, potencializando, assim, o concreto risco de graves erros judiciários.

IV. 1. O amplo número de casos de vícios de reconhecimento pessoal

Sob tais preocupações, procedi a um levantamento no âmbito do próprio Superior Tribunal de Justiça, com base no exame de processos julgados desde a data do acórdão proferido no HC n. 598.886/SC – 27/10/2020 – até 19/12/2021, período em que se contabilizaram pelo menos **28 acórdãos** das duas Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte e **61 decisões** monocráticas que absolveram o réu ou revogaram a prisão preventiva, em razão de fundadas dúvidas sobre o reconhecimento feito em desconformidade com o modelo previsto no art. 226 do CPP (Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/06022022-Reconhecimento-de-pessoas-um-campo-fertil-para-o-erro-judicial.aspx>. Acesso em: fev. 2022).

Cito, apenas a título de exemplo, alguns casos reproduzidos nesse levantamento:

No **RHC n. 133.408/SC** (DJe 18/12/2020), de relatoria do Ministro **Sebastião Reis Júnior**, não ficou demonstrado que o reconhecimento

fotográfico realizado na fase do inquérito policial fora corroborado por outros elementos de prova amealhados no feito. Os acusados **estavam com rostos parcialmente cobertos**, sem que fosse possível ver totalmente suas faces, apenas detalhes de cor de pele, olhos, compleição física.

Já no **HC n. 630.949/SP** (DJe 29/3/2021), de minha relatoria, identificaram-se diversas irregularidades no auto de reconhecimento. Além disso, o ofendido deixou claro que foram apresentados outros indivíduos por foto, mas, para o reconhecimento pessoal, **o acusado foi exibido sozinho**. Previamente ao reconhecimento pessoal, foram mostradas à vítima várias fotos, **entre as quais estaria, segundo a autoridade policial, a do indivíduo envolvido no roubo**, sugestionando, portanto, que ao menos uma pessoa deveria ser reconhecida como indivíduo que participou do delito e buscando, na verdade, já uma pré-identificação do autor do fato. Ou seja, a vítima não recebeu expressamente a opção de não apontar ninguém no reconhecimento pessoal que foi realizado depois da exibição das fotografias.

O **AgRg no AREsp n. 1.722.914/DF** (DJe 28/4/2021), de relatoria da Ministra **Laurita Vaz**, trouxe hipótese na qual a vítima **reconheceu o agravante apenas na fase investigativa, depois de lhe serem mostradas as fotos constantes de álbum fotográfico e porque o conheceria das redes sociais**. O ofendido disse que reconheceu o acusado pela "touca" que usava no dia do delito, inclusive porque teria ele uma foto nas redes sociais em que portava a mesma peça de vestuário. Contudo, a vítima afirmou haver se lembrado do agravante em razão das características de seu rosto, que seriam bem peculiares (rosto seco e nariz achatado). Disse, ainda, que o reconheceu pelas tatuagens no braço; entretanto, ao mesmo tempo, afirmou que este estava com blusa de mangas compridas no momento da prática delitiva, o que se mostra incompatível, a menos que as instâncias ordinárias tivessem explicitado o motivo pelo qual seria possível esse reconhecimento, o que não ocorreu.

No **HC n. 648.232/SP** (DJe 21/5/2021), de relatoria do Ministro **Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF1)**, o réu foi reconhecido através de uma **viseira aberta de seu capacete**, acessório que usava no momento do fato, destacando-se, da sentença absolutória, que a vítima, certamente dificultada pela visibilidade e pelo uso de capacete, não foi nada assertiva no reconhecimento pessoal em juízo.

No julgamento do **HC n. 652.284/SC** (DJe 3/5/2021), o Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca** registrou que "o reconhecimento fotográfico serve como prova apenas inicial e deve ser ratificado por reconhecimento presencial, assim que possível". Na ocasião, reforçou que:

Diante da falibilidade da memória – seja da vítima, seja da testemunha –, tanto o reconhecimento fotográfico quanto o reconhecimento presencial de pessoas efetuado em sede

inquisitorial devem seguir os procedimentos descritos no artigo 226 do CPP, de maneira a assegurar a melhor acuidade possível na identificação realizada.

A esses casos somam-se os já mencionados no HC n. 598.886/SC, relativamente a processos em que se ilustrou algo presente com relativa frequência na crônica judiciária, conforme breve narrativa ali feita do que ocorreu com os acusados Vinícius Romão de Souza, André Luiz Medeiros Biazucci Cardoso, Luiz Carlos Justino, Douglas Moreira, Antonio Claudio Barbosa de Castro e Lucas Moreira de Souza (para um extenso exame de casos de reconhecimentos pessoais viciados e de pesquisas desenvolvidas sobre o tema, consultar também MARMELSTEIN, George. *Testemunhando a injustiça. A ciência da prova testemunhal e das injustiças inconscientes*. Salvador: Juspodium, 2022).

Em arremate, faço menção a evento que se poderia chamar de a mais clara amostra do tipo de investigação que se tem produzido a partir de prova como tal: no Ceará, no inquérito que investiga a Chacina da Sapiranga, que deixou cinco mortos em Fortaleza – CE, a Polícia Civil incluiu em reconhecimento fotográfico **uma foto do ator americano Michael B. Jordan**. Como dito por Janaina Matida e William Ceconello:

O fato de que uma foto de um ator hollywoodiano tenha tido sua imagem exibida em investigação no Ceará **escancara a total ausência de critérios para a inclusão/exclusão da fotografia de alguém em álbum de suspeitos bem como a falta de transparência quanto à procedência/origem delas**, pois é inegável que a imagem foi conseguida na internet, sem que se impusesse qualquer freio à utilização da imagem daquela pessoa. (*O que há de errado no reconhecimento fotográfico de Michael B. Jordan?* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-08/opiniaio-errado-reconhecimento-fotografico-michael-jordan>. Acesso em: fev. 2022, destaquei).

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

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

Na ocasião, afirmou o Ministro relator que, "como regra geral, o reconhecimento pessoal há de seguir as diretrizes determinadas pelo Código de Processo Penal, de modo que a irregularidade deve ocasionar a nulidade do elemento produzido, tornando-se imprestável para justificar eventual sentença condenatória em razão de sua fragilidade cognitiva" (p. 8). Citou, ainda, precedentes do STF que absolveram réus condenados exclusivamente com base no reconhecimento fotográfico (HCs n. 172.606 e 157.007; RHC n. 176.025).

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

1) O reconhecimento de pessoas, presencial ou por fotografia, deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime e para uma verificação dos fatos mais justa e precisa.

2) A inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita, de modo que tal elemento não poderá fundamentar eventual condenação ou decretação de prisão cautelar, mesmo se refeito e confirmado o reconhecimento em Juízo. Se declarada a irregularidade do ato, eventual condenação já proferida poderá ser mantida, se fundamentada em provas independentes e não contaminadas.

3) A realização do ato de reconhecimento pessoal carece de justificação em elementos que indiquem, ainda que em juízo de verossimilhança, a autoria do fato investigado, de modo a se vedarem medidas investigativas genéricas e arbitrárias, que potencializam erros na verificação dos fatos.

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

O Conselho Nacional de Justiça – CNJ também estuda propostas de regulamentar o reconhecimento pessoal em processos penais. Em agosto de 2021, o CNJ instituiu um Grupo de Trabalho destinado à realização de estudos e elaboração de proposta de regulamentação de diretrizes e procedimentos para o reconhecimento pessoal em processos criminais e a sua aplicação no âmbito do Poder Judiciário, com vistas a evitar condenação de pessoas inocentes (Portaria n.

209 de 31/8/2021) (Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4090>. Acesso em: fev. 2022).

V. O reconhecimento de pessoas e a seletividade do sistema penal – a influência do racismo estrutural

Relatório divulgado pelo Conselho Nacional das Defensoras e Defensores Públicos-Gerais (Condege) e pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro, com base na análise de casos oriundos de várias unidades federativas sobre o reconhecimento fotográfico realizado na fase policial, trouxe revelações importantes. Consoante divulgado no sítio eletrônico do Condege:

O primeiro relatório, de setembro de 2020, citou **58 erros em reconhecimento fotográfico** durante o período de **junho de 2019 e março de 2020**. Todos no Rio de Janeiro. Nesta ocasião, em 8 processos não contam com informação sobre a cor do acusado, contudo, **80%** dos suspeitos cujo a informação estava inclusa eram negros. Em **86%** desses casos houve o decreto de prisão preventiva, com períodos de privação de liberdade que variaram de cinco dias a três anos.

O relatório mais recente, **de fevereiro de 2021**, produzido com informações enviadas por defensores de 10 Estados diferentes, engloba o período de **2012 a 2020**. Neste estudo foram contabilizados 28 processos, quatro deles com dois suspeitos, envolvendo assim 32 acusados diferentes. O estado que apresenta maior número de casos é o Rio de Janeiro, com 46% das ocorrências. Neste caso, apenas 3 acusados não tiveram informações sobre a cor incluídas no processo. Um percentual de aproximadamente **83% das pessoas apontadas como suspeitas também eram negras**.

De acordo com os documentos, de **2012 a 2020** foram realizadas ao menos **90 prisões injustas por meio de reconhecimento fotográfico**. Desse total, **79 contam com informações conclusivas sobre a raça dos acusados, sendo 81% deles pessoas negras, somando-se pretos e pardos conforme a definição do IBGE**.

“Os estudos revelam não só um racismo estrutural como também a necessidade de um olhar mais cuidadoso para os processos que se sustentam apenas no reconhecimento fotográfico da vítima como prova da prática do crime”, ressaltaram os defensores públicos.

(Disponível em: <http://condege.org.br/2021/04/19/relatorios-indicam-prisoas-injustas-aposreconhecimento-fotografico/>.

Acesso em: fev. 2022, grifei).

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, destaquei).

O caso relatado anteriormente do ator americano **Michael B. Jordan**, por exemplo, ocorrido no Ceará, chamou imediata atenção não apenas pelo desrespeito ao rito previsto no art. 226 do CPP – ele constava como o "suspeito dois" no termo de reconhecimento –, como também pelo **manifesto racismo estrutural** que ele representou. Conforme crítica muito bem-posta por Janaina Matida e William Ceconello:

[...] nem mesmo uma estrela hollywoodiana — aclamada por seu incontestável talento e pela fundamental representatividade que trouxe à população negra de todo o mundo — foi poupada da generalização espúria que teima em correlacionar a cor de sua pele à criminalidade. **Em uma sociedade tradicionalmente racista, não é difícil imaginar as ilações que guiaram a formação do mosaico que acabou resultando no apontamento de mais um jovem negro, dessa vez de 17 anos.** Aliás, a diferença etária entre sujeito que foi identificado e Jordan (de 34 anos) serve a revelar que **a cor da pele dos suspeitos parece ter sido a única característica a despertar a atenção dos investigadores responsáveis.**

Longe dos parâmetros técnicos que a histórica decisão do STJ, no bojo HC 598.886, estabeleceu que também devem ser cumpridos na modalidade fotográfica do reconhecimento, **o procedimento concretamente realizado pela polícia cearense representa verdadeiro acinte à construção de uma sociedade democrática. O ato, a uma só vez, desrespeita aos direitos de Jordan e afronta o direito da população negra em geral, pois desnuda, mais uma vez, a facilidade com a qual a imagem de uma pessoa negra pode passar a integrar o arquivo policial de suspeitos.**

(O que há de errado no reconhecimento fotográfico de Michael B. Jordan? Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan->

08/opiniaio-errado-reconhecimento-fotografico-michael-jordan.
Acesso em: fev. 2022, destaquei).

Aury Lopes Júnior e Jhonatan Oliveira também já alertaram sobre a influência do racismo estrutural no uso do reconhecimento pessoal como meio de prova:

Verifica-se, no âmbito processual penal brasileiro, que o atual reconhecimento fotográfico de pessoas possui imensa fragilidade enquanto meio de prova, visto que, além de ser corriqueiramente passível de sofrer com o fenômeno da indução e também das falsas memórias, é também escancaradamente suscetível à influência do racismo estrutural enraizado no processo penal brasileiro.
(*A influência do racismo estrutural no uso do reconhecimento fotográfico como meio de prova*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-14/limite-penal-racismo-estrutural-reconhecimento-fotografico-meio-prova>. Acesso em: fev. 2022).

Essa comprovação de que a presunção de inocência de pessoas negras no Brasil ainda é, infelizmente, deficitária também não passou despercebida pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto proferido nos autos do já referido **RHC n. 206.846**, em que, reportando-se aos ensinamentos de Camila C. Dias, afirmou, de maneira categórica: "a desatenção às regras procedimentais determinadas na legislação **potencializa brechas para abusos ou mesmo reprodução de desigualdades e preconceitos sociais, como o racismo estrutural que fomenta a seletividade do sistema penal**" (p. 7 do voto, grifei).

Não por outro motivo, Aury Lopes Júnior aponta que os **estereótipos culturais** (como cor, classe social, sexo etc.) **exercem 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 como 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).

VI. O caso dos autos – as falhas do reconhecimento fotográfico

O exame da petição inicial e dos documentos que a instruem – especialmente a sentença condenatória e o acórdão impugnado – indica, sem margem a dúvidas, que a condenação do paciente efetivamente se apoiou, **em sua totalidade**, no ato de reconhecimento fotográfico realizado na fase investigatória, confirmado em juízo pela vítima (Denise da Silva Santos).

O caso versado nestes autos evidencia como a autoridade judiciária, ao sentenciar, **se contentou com essa prova tão frágil e eivada de vícios**, portanto absolutamente insuficiente para se afirmar a participação do acusado na prática dos delitos de roubo e de corrupção de menores que lhe foram imputados.

Os fatos atribuídos ao paciente foram assim narrados pelo Ministério Público em sua inicial acusatória, no que interessa (fls. 22-23):

No dia 21 de dezembro de 2017, por volta das 23h, numa via pública situada no KM 14, localidade de Travessão de Campos, nesta Comarca de Campos dos Goytacazes/RJ, o denunciado, de forma livre e consciente, corrompeu o adolescente à época L. T. A. (15 anos), com ele praticando crime de roubo qualificado em face de DENISE DA SILVA SANTOS.

No mesmo dia 21 de dezembro de 2017, por volta das 23h, numa via pública situada no KM 14, localidade de Travessão de Campos, nesta Comarca de Campos dos Goytacazes/ RJ, o denunciado, de forma livre e consciente, em comunhão de ações e desígnios com o adolescente à época L. T. A. (15 anos), subtraiu, para si ou para outrem, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo à pessoa de DENISE DA SILVA SANTOS, uma bolsa contendo uma quantia em dinheiro ainda não determinada e um telefone celular LG Volt, de cor preta, tudo de propriedade da vítima, conforme descrição de fl. 04 e laudo de avaliação a ser acostado.

Consta dos autos que a vítima, quando se caminhava por uma via pública nas proximidades do KM 14, localidade de Travessão de Campos, nesta Comarca, foi surpreendida por uma motocicleta ocupada pelo denunciado e seu comparsa adolescente.

Ato contínuo, o denunciado que estava no carona da motocicleta, ameaçou a vítima com urna arma de fogo e subtraiu a bolsa da mesma, contendo uma quantia em dinheiro ainda não identificada e um telefone celular LG Volt, de cor preta.

Posteriormente, o denunciado o seu comparsa adolescente fugiram na motocicleta de cor prata que serviu ao crime, para local incerto e não sabido.

Registre-se que o denunciado, momentos antes do crime em tela, corrompeu o adolescente à época L. T. A. (15 anos), para que este cometesse com ele o crime de roubo qualificado em face da vítima Denise.

Ademais, importante ressaltar **a vítima, no dia 29/12/2019, visualizou em noticiários de televisão e internet que o denunciado e seu comparsa adolescente eram suspeitos de um crime de latrocínio e logo os reconheceu.**

Assim, a vítima procedeu à Delegacia de Polícia e reconheceu formalmente o denunciado e o adolescente como os autores do crime em tela (fl. 07).

Em síntese, os documentos trazidos à colação evidenciam o seguinte panorama: no dia 21/12/2017, por volta das 23h, a vítima foi abordada em via pública por dois rapazes, que estavam em uma motocicleta. Segundo o relato da ofendida, o adolescente L. estava na condução da motocicleta e o paciente, que portava arma de fogo, foi quem anunciou o assalto. Diante da grave ameaça, a ofendida, então, entregou sua bolsa, que continha um celular e dinheiro, e eles fugiram logo na sequência. Dias após o acontecido, a ofendida leu uma reportagem sobre um latrocínio ocorrido na região no dia 29/12/2017, pelos mesmos indivíduos, e os reconheceu como sendo os autores do crime do qual fora vítima. Ela, então, se dirigiu até a delegacia de polícia e, mostrada fotografia de ambos, ela afirmou que foram eles os indivíduos que a assaltaram. Sendo assim, foi formalizado o auto de reconhecimento (fl. 218).

Verifica-se, portanto, que **a vítima do roubo apontou o paciente como sendo um dos autores do crime.** Segundo afirmou o Juiz sentenciante, "o reconhecimento fotográfico constitui meio de prova lícito e plenamente aceitável e que confere ao julgador elementos de convicção suficientes para ensejar a prolação de édito condenatório, especialmente quando corroborado por outros elementos de prova, como no caso em foco", com o destaque de que, "[n]a fase judicial, sob o crivo do contraditório, a vítima, além de reiterar a dinâmica do crime, em procedimento realizado na forma do art. 226 do Código de Processo Penal, reconheceu o réu como o homem que cometeu o crime de roubo" (fl. 26).

Sem necessidade de nenhum exame mais detido, basta ler o conteúdo do referido depoimento para se constatar que, embora, de fato, a vítima haja afirmado, de modo categórico, que o paciente seria um dos autores do crime de roubo, **o ato de reconhecimento ficou longe de ser aproveitável.**

Efetivamente, a leitura da sentença condenatória e do acórdão impugnado bem como a análise do contexto fático já delineado nos autos pelas instâncias ordinárias permitem inferir que o **paciente foi condenado, exclusivamente, com base em reconhecimento fotográfico realizado pela vítima e sem que nenhuma outra prova** (apreensão de bens em seu poder, confissão, relatos indiretos etc.) **desse o mínimo amparo ao reconhecimento.**

Ainda, é imperioso salientar que, segundo afirmou a própria ofendida em seu depoimento prestado em juízo, na delegacia somente foi mostrada uma foto do acusado a ela. Não há como deixar de ressaltar que **a autoridade policial induziu a vítima a realizar um reconhecimento absolutamente viciado**, ao submeter-lhe uma foto do paciente e do adolescente L. T. A., reforçando sua crença de que teriam sido eles os autores do roubo. Tal comportamento, por óbvio, acabou por comprometer **a mínima aproveitabilidade** desse reconhecimento.

O "**Auto de reconhecimento de objeto**" foi lavrado nos seguintes termos (fl. 154):

Reconhecedor:
DENISE DA SILVA SANTOS
Identidade -[...]

Primeira Testemunha:
ARNALDO RENNE BORGES MENEZES - [...]

Segunda Testemunha:
BRUNO ALVES COSTA SILVA - [...]

DENISE DA SILVA SANTOS, já ouvido(a) à(s) fl(s)., na presença das testemunhas, e após a observância do que dispõe o Artigo 226, item I, do Código de Processo Penal, disse que RECONHECE dentre o(s) objeto(s) apresentado(s) em sua declaração o(s) objeto(s) mencionado(s) abaixo:

FOTO DOS AUTORES DO ROUBO WANDERSON DA CONCEIÇÃO SILVA e L. T. A.

Nada mais havendo, mandou a autoridade encerrar este Auto que, lido e achado conforme, vai por todos assinado.

A forma estereotipada desse ato, aliada à curiosa indicação de que se reconhece um "objeto" e não propriamente uma pessoa (ainda que fotografada), bem sinaliza a **carência de rigor técnico e de cuidado na realização da diligência**.

Some-se a isso o fato de que a vítima também relatou que visualizou a fotografia do acusado em **redes sociais, previamente** ao reconhecimento realizado na fase investigatória, a evidenciar que o ato foi **sugestionado**, notadamente quando verificado que **ela própria afirmou que a fotografia do réu circulava pela televisão e pela internet juntamente com a notícia de que ele estava sendo acusado de haver participado de um roubo**

seguido de morte na região: "que a declarante na data de ontem viu na televisão e internet os autores do latrocínio da vítima Mateus provocado por Wanderson da Conceição Silva [ora paciente] e L. T. A. e os reconheceu como autores do roubo do seu telefone celular; que a declarante, em sede policial reconheceu e confirmou através do auto de reconhecimento os referidos nacionais [...]" (fl. 76).

Ademais, pelo que se infere do auto de reconhecimento de objeto, a vítima não recebeu, expressamente, a opção de não apontar ninguém no reconhecimento que foi realizado depois da exibição das fotografias, de modo a não deixar dúvidas de que, além de o ato não haver seguido o procedimento previsto no art. 226 do CPP, **foi induzido**.

Conforme registram Lilian M. Stein e Gustavo N. Ávila, um procedimento comumente usado para o reconhecimento é o chamado *show-up*, que consiste em exibir apenas a pessoa suspeita, ou sua fotografia, e solicitar que a vítima ou testemunha reconheça se essa pessoa suspeita é, ou não, autora do crime. Nesse procedimento, a testemunha/vítima compara o rosto do suspeito com a representação mental do criminoso e responde se ambos são a mesma pessoa, podendo reconhecer um inocente simplesmente por este ser semelhante ao autor do crime (STEIN, Lilian. M.; ÁVILA, Gustavo. N. *Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses*. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça (Série Pensando Direito, n. 59), 2015. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf. Acesso em: fev. 2022).

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

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

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

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

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

Acerca desse procedimento, bem explica Aury Lopes Júnior que:

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

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

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

Induvidoso, portanto, que o reconhecimento inicial realizado afeta todos os subsequentes, de modo a reforçar ainda mais a importância de que ele seja feito mediante um procedimento que assegure a lisura do ato, em especial quando se tem a compreensão de que o reconhecimento de pessoas é considerado como uma **prova cognitivamente irrepetível**.

Não por outro motivo, alerta o Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDDD que:

[...] um reconhecimento futuro, mesmo que utilizando um alinhamento justo, já estará contaminado devido aos

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

Nem se diga que, na espécie, houve ratificação do reconhecimento em juízo, pois o que a vítima apenas confirmou, perante a autoridade judiciária, foi haver realizado o reconhecimento por foto na delegacia. Em juízo, promoveu-se o reconhecimento do acusado por vídeo, mediante filmagem transmitida à vítima pelo Magistrado por meio do aplicativo Whatsapp, visto que ela não estava presente fisicamente no fórum por ocasião da audiência de instrução e julgamento.

Em acréscimo, registro que os fatos delituosos aconteceram em 21/12/2017, **à noite, por volta das 23h**, e o reconhecimento foi realizado **9 dias depois** do ocorrido. Ainda, a vítima relatou, em juízo, que "o roubo foi rápido, tendo durado **alguns segundos, um minuto, por aí**" (fl. 37). Essas circunstâncias, obviamente, modulam a qualidade da identificação, afetam a qualidade da prova dependente da memória e, portanto, não podem ser desconsideradas, pois obviamente **dificultam o reconhecimento** de determinado suspeito acerca da prática de um crime.

Confira-se, a propósito, o depoimento prestado pela ofendida em juízo (fls. 36-37):

Que reconheceu o acusado entre as pessoas perfiladas; que estava vindo do trabalho e quando estava quase chegando no seu destino viu o eles passando; que eles retornaram e a abordaram; que eram dois e estavam de moto; que o acusado estava no banco do carona; que foi ele que anunciou o assalto; que ele mostrou a arma de fogo; que ele levou sua bolsa, com dinheiro, celular e roupas de trabalho; que tudo estava dentro da bolsa; que a quantia de dinheiro era entre 20 a 30 reais; que nada foi recuperado; que ele disse: "passa tudo senão eu atiro"; **que reconheceu o acusado pois estava circulando na internet uma foto dele, como se ele estivesse participando de assaltos na região; que logo reconheceu, sem dúvidas**; que nenhum dos dois tinha o rosto coberto; **que reconheceu os dois por foto**; que não conhecia eles antes dos fatos; que o menor de idade já tinha visto uma vez há muito tempo; que ficou traumatizada com os fatos por um certo tempo, agora nem tanto; que o adolescente conduzia a moto e o

maior estava na garupa; que não houve disparo de arma de fogo; **que a foto dos dois estava circulando nas redes sociais; que essa fotografia mostrava os dois juntos; que acha que eles estavam algemados;** que ficou um bom tempo com essa fotografia no celular, por mais de um ano; **que o roubo foi rápido, tendo durado alguns segundos, um minuto, por aí;** que quando foi na delegacia o menor de idade estava chegando; que mesmo sem querer, o viu; **que não mostraram várias fotos na delegacia;** que não lembra se a arma era revólver ou pistola; que não sabe dizer se a arma funcionava, se era de brinquedo ou de verdade.

São numerosas as pesquisas, fundamentadas em experimentos empíricos, a constatar que esses fatores – tais como iluminação do ambiente, tempo de exposição, transcurso temporal, emprego de arma de fogo etc. – podem influenciar no conteúdo da memória humana, fazendo com que o recurso a ela mereça **cuidados redobrados** (exemplificativamente: MATIDA, J. Standards de prova: a modéstia necessária a juízes e o abandono da prova por convicção. In: *Arquivos da resistência: ensaios e anais do VII Seminário Nacional do IBADPP*, Florianópolis, 2019; MASSENA, Caio Badaró. *A prova testemunhal no Processo Penal brasileiro: uma análise a partir da epistemologia e da psicologia do testemunho*. RBCCRIM, n. 156, 2019).

É de se salientar, de igual modo, que, conforme consta da informação sobre investigação acostada à fl. 117, **o paciente estava custodiado no Presídio Carlos Tinoco da Fonseca, local de onde prestou sua declaração, o que possibilitaria fosse intentado um reconhecimento pessoal nos moldes preconizados pelo art. 226 do CPP**, o que, no entanto, não ocorreu.

Assim, além de o reconhecimento fotográfico – já por si de confiabilidade duvidosa – não haver seguido minimamente o roteiro normativo previsto no art. 226 do CPP, **certo é que não houve prévia descrição da pessoa a ser reconhecida; não se exibiram outras fotografias de possíveis suspeitos, ao contrário, nove dias depois dos fatos relatados na denúncia, detido o paciente por acusação de outro delito cometido na região (latrocínio), a autoridade policial imediatamente exibiu sua fotografia à vítima, sem que nada indicasse, até então, ter ele 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 fosse identificado pela vítima.

Sob tais condições, o ato de reconhecimento do paciente deve ser declarado absolutamente nulo, com sua conseqüente absolvição, **ante a inexistência, como se deflui da sentença, de qualquer outra prova independente e idônea** a formar o convencimento judicial sobre a autoria dos crimes de roubo e de corrupção de menores que lhe foram imputados.

VII. Necessidade de obediência a balizas epistêmicas e éticas na busca da verdade

Convém asserir, por oportuno, que não se está, no caso, a negar a validade integral do depoimento da vítima, mas sim de **negar validade à condenação baseada em elemento informativo colhido em total desacordo com as regras probatórias pertinentes.**

Conforme pontua Janaina Matida, "vítimas e testemunhas podem não ter motivos para mentir, o que não afasta o perigo de **erros honestos** sejam por elas cometidos em razão de falsas memórias" (*O reconhecimento de pessoas não pode ser porta aberta à seletividade penal*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-18/limite-penal-reconhecimento-pessoas-nao-porta-aberta-seletividade-penal?pagina=2>. Acesso em: fev. 2022, grifei).

Não se há de excluir, ademais, a possibilidade de que o acusado, ora paciente, possa ter sido mesmo o autor do roubo objeto da ação penal versada neste *writ* e que a vítima, portanto, haja reconhecido quem realmente a assaltou dias antes. No entanto, adotada a premissa de que **a busca da verdade em um processo penal sujeita-se a balizas epistemológicas e também éticas**, que assegurem um mínimo de idoneidade às provas e não exponham pessoas em geral ao risco de virem a ser injustamente presas e condenadas, **é de se refutar que essa prova tão importante possa realizar-se de forma totalmente viciada**. Se outros fins, que não a simples apuração da verdade, devem ser considerados na atividade investigatória do Estado, **algum sacrifício epistêmico pode ocorrer**, especialmente quando se tem como meta, também, a proteção a direitos fundamentais e o desestímulo a práticas autoritárias. (FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Valoração racional da prova*. Trad. Vitor de Paula Ramos. Salvador: Juspodium, 2021, p. 114-115).

Sob outra perspectiva, **devem as agências estatais de investigação e persecução penal envidar esforços para rever hábitos e acomodações funcionais**, de sorte a "utilizar instrumentos para maximizar as probabilidades de acerto na decisão probatória, em particular aqueles que visam a promover a formação de um conjunto probatório o mais rico possível, quantitativa e qualitativamente" (FERRER-BELTRÁN, *op. cit.*, p. 255).

Impõe compreender que a atuação dos agentes públicos responsáveis pela preservação da ordem e pela apuração de crimes deve dar-se em respeito às instituições, às leis e aos direitos fundamentais. Ou seja, quando se fala de segurança pública, esta não se pode limitar à luta contra a criminalidade; deve incluir também a criação de um ambiente propício e adequado para a convivência pacífica das pessoas e de respeito institucional a quem se vê na situação de acusado e, antes disso, de suspeito.

Sob essas balizas, convém lembrar que as prescrições legais relativas às provas cumprem não apenas uma função epistêmica, i.e., de conferir fiabilidade e segurança ao conteúdo da prova produzida, mas também a de controlar o exercício do poder dos órgãos encarregados de obter a prova para uso em processo criminal, *vis-à-vis* os direitos inerentes à condição de suspeito, investigado ou acusado.

Nesse sentido, é sempre oportuna a lição de Perfécto Ibañez, que divisa, na exigência de cumprimento das prescrições legais relativas à prova, uma função implícita, a saber, a de induzir os agentes estatais à observância dessas normas, o que se perfaz com a declaração de nulidade dos atos praticados de forma ilegal. E acrescenta:

De que esto se haga con rigor depende, en buena parte, la regularidad de ulteriores actuaciones; como la irregularidad endémica de muchas de las que habitualmente se producen entre nosotros, depende de la escasa relevancia y alcance que – en general por razones defensistas que no acostumbran a explicitarse – suele atribuirse a algún género de incumplimientos. (IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. La función de las garantías en la actividad probatoria. In: *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*. Madri: 1993, p. 242).

Francesco Carnelutti, em uma de suas fecundas lições, alertou que "o castigo, infelizmente, não começa com a condenação, senão que começou muito antes, com o debate, a instrução, os atos preliminares, inclusive com a primeira suspeita que recai sobre o imputado" (*Lições sobre o Processo Penal*. Tomo I. Trad. Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004, p. 36).

Assim, o zelo com que se houver a autoridade policial ao conduzir as investigações determinará não apenas a validade da prova obtida – "sem bons ingredientes não haverá forma de fazer um bom prato" (como metaforicamente lembra Jordi Ferrer-Beltrán, na introdução da obra citada) –, mas a própria legitimidade da atuação policial e sua conformidade ao modelo legal e constitucional.

Em relação a esse ponto, no entanto, faço uma importante observação: conquanto as **corporações policiais** figurem no centro das críticas, não são as únicas a merecê-las. É preciso que **todos os integrantes do sistema de justiça criminal** revejam seus procedimentos operacionais se apropriem de técnicas pautadas nos avanços científicos para interromper e reverter essa indiscutível realidade quanto ao reconhecimento pessoal.

Práticas como a evidenciada no processo objeto deste *writ* só se perpetuam porque eventualmente encontram respaldo e chancela tanto do

Ministério Público – a quem, como fiscal do direito (*custos iuris*), compromissado com a verdade, cabe velar pela higidez e pela fidelidade da investigação dos fatos sob apuração, ao propósito de evitar acusações infundadas – quanto do próprio **Poder Judiciário**, ao validar medidas ilegais perpetradas pelas agências de segurança pública.

É de se obterem, por fim, que **não há razão que justifique correr-se o risco de consolidar, na espécie, possível erro judiciário, mercê da notória fragilidade do conjunto probatório**. Não é despidendo lembrar que, em um modelo processual em que 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 as leis e 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 processualmente válida, 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 acusado, visto que apoiada em prova absolutamente desconforme ao modelo legal**, sem a observância das regras probatórias próprias e sem o apoio de qualquer outra evidência produzida nos autos.

VIII. Dispositivo

À vista do exposto, **concedo a ordem**, para absolver o paciente em relação à prática dos delitos de roubo e de corrupção de menores objetos do Processo n. 0014552-59.2019.8.19.0014, da 3ª Vara Criminal da Comarca de Campos dos Goytacazes – RJ. 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 ou não houver a necessidade de sê-lo.

E faz-se aqui, uma vez mais, a exortação lançada no HC n. 598.886/SC: **pouco servirá esta decisão se continuarem os órgãos de persecução penal – e o próprio Poder Judiciário – a coonestar essa prática investigatória dissociada do modelo legal e constitucional de um processo penal minimamente ético em seu proceder e ancorado em provas cientificamente idôneas.**