

## VOTO

### O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR):

1. No caso concreto, por contrariar frontalmente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, **o habeas corpus não merece conhecimento**, pois volta-se contra decisão monocrática de Ministro do STJ, figurando, portanto, como sucedâneo de agravo regimental.

2. Nada obstante, no caso presente antevejo **ilegalidade cognoscível de plano, a possibilitar a concessão da ordem de ofício**, nos termos pleiteados na inicial.

**Com efeito, assiste razão ao impetrante ao asseverar que restou “patente a ilegalidade do reconhecimento realizado a posterior apresentação de fotografia do acusado, tornando-se eloquente e necessária a declaração da nulidade de tal ato”.**

Efetivamente, depreendo dos autos, de um lado, a existência de nulidade no trâmite do procedimento de reconhecimento de pessoas, e de outro, a ausência de outros indícios de autoria contra o paciente que, vale ressaltar, responde por crime praticado há cerca de 13 anos, em 26 de março de 2011.

Nesse cenário, ante a fragilidade dos indícios de autoria e sopesando o lapso temporal já transcorrido, **é o caso de conceder a ordem de ofício, a fim de revogar o mandado de prisão preventiva e determinar o trancamento da ação penal.**

No caso concreto, verifico que a vítima, em sede policial, relatou que estava em seu estabelecimento comercial quando foi surpreendida por dois indivíduos, que após descerem de uma moto, anunciaram assalto e subtraíram cerca de R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais).

Descreveu os acusados como “*um negro, magro e alto*”, que teria, durante o assalto, permanecido com um capacete de cor preta, e apontado uma arma para subtrair o dinheiro, e o outro como “*branco, que estava sem capacete e era passageiro da motocicleta*” (eDOC.02, p.35)

Na sequência a autoridade policial apresentou à vítima um álbum com os arquivos fotográficos, e segundo consta, “*assim que observou a foto nº 402, dentre as outras do álbum de fotografias do setor de investigações gerais desta delegacia de policia, o recorrente disse que foi esta pessoa o autor do roubo ocorrido em seu estabelecimento comercial.*” (eDOC.02, p.36/37)

Com base nesse reconhecimento positivo, o paciente foi preso temporariamente e interrogado, tendo à ocasião, sido reconhecido pessoalmente pela vítima, apesar de negar peremptoriamente a participação no delito.

Concluído o inquérito policial, o delegado esboçou dúvidas quanto à autoria delitiva, mas terminou por indiciar o acusado, afirmando que *“apesar da vítima dizer que reconhece o acusado pela feição dos olhos, o fez com muita segurança e firmeza, mesmo sendo advertido de que estava reconhecendo tal pessoa apenas pelos olhos”* (eDOC.02, p.88).

Do mesmo modo, o Ministério Público, nesse momento inicial, também deixou entrever incerteza quanto ao apontado autor de delito, tanto que optou por não requerer a sua prisão preventiva, solicitando novas diligências à autoridade policial. Mencionou, naquele momento processual, que *“feito o reconhecimento apenas com base na semelhança dos olhos do investigado o indício de autoria se mostrava “tênue”*.

O quadro, contudo, foi alterado, após a tentativa inexitosa de encontrar o acusado em seu domicílio para prestar novo interrogatório à polícia.

A condição de foragido levou o MP a postular por sua prisão preventiva, que foi deferida pelo Magistrado de primeiro grau, ao receber denúncia proposta em seu desfavor, com base na seguinte fundamentação:

“A custódia do réu se faz necessária. Os depoimentos colhido nos autos comprovam a materialidade do crime e fornecem indícios suficientes de autoria, inclusive pela existência de reconhecimento fotográfico e pessoal. A prisão preventiva se justifica como garantia da ordem pública não somente pela gravidade em tese do crime possivelmente praticado, mas especialmente em razão da gravidade de todos os elementos concretos encontrados nestes autos.

(...)

É inegável que o crime praticado é extremamente grave e, na maior parte das vezes, está relacionado à maior parte dos crimes que assolam o país, seja financiando-os ou neles buscando o seu financiamento.

(...)

Ademais, a custódia se faz necessária para garantir a presença do réu em juízo, no interrogatório e nas audiências de instrução, especialmente quando se considera a ausência de vínculo com o distrito da culpa.

A prisão preventiva se justifica, ainda, como garantia da aplicação da lei penal, uma vez que dada a inexistência de vínculos com o distrito da culpa é possível inferir a ampla possibilidade de fuga, se posto em liberdade. E tal ensejará a frustração da eventual aplicação da lei penal.

Ademais, considerando a prática de ameaça com emprego de arma e de um segundo agente ainda não identificado demonstra a gravidade da conduta apurada, donde se extrai a ampla possibilidade de que o acusado possa influir no ânimo da vítima ou das testemunhas. Mais uma vez, pois, demonstrada a necessidade da prisão para garantia da instrução” (eDOC.05).

Esse fundamento foi repisado pelas decisões subsequentes proferidas pelo Juízo *a quo*, Tribunal de Origem (eDOC.04, p. 11) e STJ (eDOC.04, p.13), todas centradas na gravidade do delito e condição de foragido do acusado.

É consolidada a jurisprudência nesta Suprema Corte que considera a fuga e a condição de foragido como fundamento idôneo para a decretação da prisão preventiva.

Tal circunstância, contudo, não descarta a necessidade de comprovação prévia de suficientes indícios de autoria delitiva, o que, *in casu*, não se constatou.

Como acima relatado, a autoria atribuída ao paciente decorreu unicamente de um reconhecimento fotográfico realizado por “*comparação das feições dos olhos*”, já que o acusado encontrava-se com capacete no momento do delito.

Além disso, o reconhecimento foi feito logo após a apresentação de um álbum de fotos de acusados já registrados na unidade policial, sem a observância de qualquer formalidade.

Não bastasse, como ressalta o impetrante a descrição prévia da vítima “acusado negro, alto e magro” não é totalmente compatível com a compleição física do acusado, indivíduo de altura e composição corporal “mediana” - vide foto eDOC.02, p. 38.

Outro ponto adicional digno de nota é o reconhecimento apenas do participante do assalto que, teoricamente, seria o mais difícil de identificar, dado que, conforme argumenta o impetrante, “*a pessoa negra apontada na cena do crime estava de capacete*”. Em contrapartida, o seu comparsa, descrito como “*um indivíduo branco, de baixa estatura*”, embora estivesse sem capacete no momento do delito, não foi identificado.

O heterodoxo procedimento realizado, de apresentar fotos de pessoas que já possuíam registro na delegacia, à obviedade, pode sugestionar a vítima. No afã de contribuir com o desfecho investigatório, a vítima submetida ao exame de inúmeras fotos tem um incentivo de indicar alguma das fotos como compatível com a pessoa que teria praticado o crime.

Esse cenário evidencia uma verdadeira incerteza quanto à idoneidade do reconhecimento realizado, pois, embora, neste caso, não se questione a boa-fé da vítima, a doutrina especializada tem reiteradamente enfatizado a falibilidade de provas que dependem, principalmente, da memória humana para sua produção.

Nesse contexto, trago a colação as lições de Aury Lopes Jr.:

*“É muito importante considerar, de início, que o reconhecimento pessoal é uma prova essencialmente precária, por depender da memória (e sua imensa fragilidade), da capacidade de atenção em situações quase sempre traumáticas e violentas; por depender da maior ou menor qualidade dos sentidos de quem é chamado a reconhecer; da fragilidade em relação às pré-compreensões e estereótipos, etc.” (JUNIOR, Aury L. Direito processual penal. São Paulo: Editora Saraiva, 2022, p. 224).*

Para além do fator “esquecimento”, que ilustra a fragilidade da memória humana, a comunidade científica tem alertado sobre a importância e influência do fenômeno das falsas memórias na ambiência da prova testemunhal.

Estudos sobre esse fenômeno indicam que é comum, especialmente em eventos traumáticos, que vítimas e testemunhas de crimes busquem preencher eventuais lacunas com representações lógicas e habituais. Nesse cenário, a exposição a uma imagem, um vídeo ou uma versão dos fatos previamente elaborada, sobretudo se proveniente de uma autoridade estatal, como ocorreu neste caso, pode facilmente moldar essas memórias.

Longe de serem uma “expressão de patologia ou distúrbio”, as falsas memórias resultam do “funcionamento saudável da memória” e podem levar, de forma inconsciente, o indivíduo a fornecer ou confirmar informações inverídicas, acreditando que sejam verdadeiras (STEIN, Lilian Milnitsky. Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 34).

Empiricamente, o fenômeno das falsas memórias, foi testado no recente estudo - “**Conformidade entre testemunhas oculares: efeitos de falsas informações nos relatos criminais**”, conduzido Laboratório de Psicologia Social do Departamento de Psicologia Social e do Trabalho da Universidade de Brasília, no qual se investigou “*o efeito da sugestão de informações falsas na memória de testemunhas oculares*”.

Ao final do experimento, concluíram os autores que “*Os resultados obtidos neste e em outros estudos reforçam a concepção de que testemunhas oculares são facilmente suscetíveis a erros devido a efeitos de influência social e sugestibilidade*” (SARAIVA, Renan B. et al. Conformidade entre testemunhas oculares: efeitos e falsas informações nos relatos criminais. Psico-USF, v. 20, n. 4, p. 87-96, jan./abr. 2015).

No limite, ignorar a influência desses fatores, bem como a importância em seguir os procedimentos legais na realização do reconhecimento pessoal pode resultar em graves erros judiciais, conforme aponta o relatório de junho de 2020 do *Innocence Project Brasil*:

*“Em 75% dos 365 casos em que o Innocence Project de Nova Iorque provou, através de exames de DNA, a inocência de uma pessoa injustamente condenada, a principal causa do erro foi o reconhecimento equivocado.*

*Segundo informações do National Registry of Exonerations, banco de dados que reúne a maior quantidade de informações sobre os casos de erro judiciário já revertidos nos Estados Unidos, os reconhecimentos equivocados são a terceira maior causa da condenação de inocentes naquele país, estando presente em 29% dos casos já revertidos.”* (INNOCENCE PROJECT BRASIL. **Relatório anual 2020: Prova de Reconhecimento e Erro Judiciário**. São Paulo: Innocence Project Brasil, 1ª ed., jun. de 2020. Disponível em: [https://www.innocencebrasil.org/\\_files/ugd/800e34\\_dde9726b4b024c9cae0437d7c1f425bb.pdf](https://www.innocencebrasil.org/_files/ugd/800e34_dde9726b4b024c9cae0437d7c1f425bb.pdf). Acesso em: 19 ago. 2024).

Dessa constatação resulta indispensável a observância de procedimentos, no qual se inclui a legislação processual penal, aqui compreendida como meio e garantia a coibir indevidas distorções.

Notadamente quanto às garantias previstas no Código de Processo Penal para a execução do reconhecimento pessoal, previstas no art. 226 do CPP, como ressalta Maria Trindade Magalhães “*A inobservância dos procedimentos adequados pode ocasionar reconhecimentos deficientes e pouco confiáveis, o que resulta em decisões judiciais que reforçam a Teoria do*

*Etiquetamento, trabalhada por autores, como Howard Becker, e, conseqüentemente, violam o in dubio pro reo, princípio que deveria ser aplicado em casos de razoável dúvida” (MAGALHÃES, Maria Trindade. O reconhecimento pessoal e a psicologia judiciária: falibilidade do testemunho como reforço do etiquetamento e violação ao in dubio pro reo. Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 6, n. 3, set.-dez. 2020, p. 1701).*

Também nessa direção inclina-se o entendimento jurisprudencial da Segunda Turma dessa Suprema Corte, que reconheceu a insuficiência do reconhecimento fotográfico como elemento norteador a sustentar a autoria delitiva, se realizado em descompasso com a normativa prevista no art. 226 do CPP e se insubsistentes outras provas:

*“Recurso ordinário no habeas corpus. Conhecimento. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite o manejo excepcional do habeas corpus como substitutivo de revisão criminal, em casos de manifesta ilegalidade. Condenação fundamentada exclusivamente no reconhecimento fotográfico, embora renovado em Juízo, ambos em desacordo com o regime procedimental previsto no art. 226 do CPP. Superação da ideia de “mera recomendação”. Tipicidade processual, sob pena de nulidade. 1. O reconhecimento de pessoas, presencial ou por fotografia, deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime e para uma verificação dos fatos mais justa e precisa. 2. A inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita, de modo que tal elemento não poderá fundamentar eventual condenação ou decretação de prisão cautelar, mesmo se 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. 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. Recurso em habeas corpus provido, para absolver o recorrente, ante o reconhecimento da nulidade do reconhecimento pessoal realizado e a ausência de provas independentes de autoria.” (RHC 206846, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 22/02/2022).*

No julgamento, o Min. relator Gilmar Mendes enfatizou que “*embora relativizado pela jurisprudência tradicionalmente, o procedimento probatório previsto no art. 226 do CPP precisa ser respeitado*”, pois “*a sua desconsideração autoriza más práticas, avessas às constatações científicas, o que potencializa erros dos atores da persecução penal*”, entendimento referendado de forma unânime pela Segunda Turma.

No caso concreto, não bastasse a ausência de observância do art. 226 do CPP, o reconhecimento fora ainda realizado por meio de fotografia, o que, por outro viés, impõe também a análise da conclusão a que chegou a vítima com indispensável cautela e parcimônia.

A fotografia representa sempre um momento do passado. Luminosidade, ângulo, qualidade, resolução, impossibilidade ou imprecisão na aferição de altura e compleição física do sujeito objeto de reconhecimento são fatores que tornam o reconhecimento por fotografia extremamente frágil.

### 3. CONCLUSÃO:

À luz das considerações expendidas, reconheço a nulidade do reconhecimento fotográfico e pessoal realizado em sede inquisitorial e também de todos os demais elementos de informações e provas que dele decorreram.

Com efeito, as provas derivadas da prova ilícita restam imprestáveis em razão do que a doutrina denomina de teoria dos frutos da árvore envenenada (art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal).

Assinalo, nesse sentido, que a hipótese dos autos não se inclui nas exceções de contaminação, quais sejam, a inexistência de nexo de causalidade entre umas e outras ou quando as provas derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente.

Por outro lado, por não haver outros elementos de provas íntegros a amparar a *persecutio criminis* contra o ora paciente o trancamento da ação penal e revogação do mandado de prisão preventiva é medida imperativa.

Com efeito, a jurisprudência da Corte é pacífica ao asseverar que a possibilidade de excepcional trancamento da ação penal quando demonstrada a atipicidade da conduta ou ausência de indícios mínimos de autoria, (HC 124.711, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 16.12.2014), como ocorre no caso concreto.

4. Diante do exposto, com fulcro no art. 21, § 1º, do RISTF, **não conheço do habeas corpus, mas concedo a ordem de ofício, nos termos do artigo**

**192 do RISTF, para revogar o mandado de prisão preventiva decretada contra o paciente e determinar o trancamento da ação penal com fundamento no art. 386, V, do CPP.**

Comunique-se, com urgência, ao Juízo da causa, a quem competirá eventual comunicação ao Juízo da execução, se eventualmente já designado.

Comunique-se, ainda, ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e ao Superior Tribunal de Justiça, para dar-lhes ciência desta decisão.

É como voto.