

**MEDIDA CAUTELAR NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS
206.846 SÃO PAULO**

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

DECISÃO: Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por -----, assistido pela Defensoria Pública da União, contra acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, nos autos do HC 608.756/SP.

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

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

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

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

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

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

A PGR opina pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Decido.

Trata-se de substitutivo de revisão criminal.

Penso ser o caso de concessão da liminar, em razão de aparente ilegalidade verificada neste momento processual.

Muito embora a PGR entenda pela inadmissibilidade do manejo do *habeas corpus* após o trânsito em julgado da sentença condenatória, vedação alguma há. É o entendimento da Corte:

Agravo regimental no habeas corpus. 2. Recurso da PGR. 3. Habeas corpus como substitutivo de revisão criminal. Possibilidade. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite o manejo excepcional do habeas corpus como substitutivo de revisão criminal, em casos de manifesta ilegalidade. 4. Afastamento do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, apenas em razão da quantidade da droga. Impossibilidade. 5. Agravo desprovido. (AgR no HC 193.877, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 18.12.2020)

De igual modo, não há impedimento para determinada incursão fático-probatória em sede de *habeas corpus*, como já decidiu a Segunda Turma desta Corte.

Em *habeas corpus*, não é possível se proceder à dilação probatória, mas nada impede que o julgador analise as provas e documentos que já estão nos autos. Aliás, se não for possível analisá-los, de nada adianta exigir do impetrante que “apresente prova pré-constituída” no momento da impetração. É o precedente:

Agravo regimental no habeas corpus. 2. No habeas corpus, é vedada a dilação probatória, devendo o impetrante instruí-lo com provas préconstituídas, nas quais fundamenta seu pedido. Possibilidade de reexame, que não se confunde com dilação probatória. 3. Concessão da ordem de ofício diante de manifesta e ululante ilegalidade. Possibilidade. 4. Agravo regimental não provido. (AgR no HC 174.977, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 12.2.2020)

De todo modo, não é necessário revolver as provas dos autos. Basta a análise da sentença, segundo a qual três agentes praticaram um roubo contra as vítimas e delas subtraíram um óculos, uma carteira, um aparelho celular, um relógio e R\$ 100,00. (eDOC 1, p. 130)

O recorrente foi abordado uma hora após o crime, quando o policial o fotografou e enviou sua imagem a outros policiais que estavam com as vítimas, que o reconheceram pelo *WhatsApp*. Logo em seguida, o recorrente foi levado à delegacia, onde foi realizado o reconhecimento pessoal, renovado em Juízo.

Foi condenado por (1) roubo com (2) arma de fogo e em (3) concurso de agentes.

Preso em flagrante, com ele não foi encontrado nenhum objeto do delito; não foi encontrada a arma de fogo; não foram encontrados os demais agentes.

A DPU alega vício no reconhecimento pessoal, em razão do prévio reconhecimento havido via aplicativo *WhatsApp*.

Frise-se que não há, nos autos, informações que expliquem por qual razão os policiais fotografaram o recorrente no momento da abordagem, uma vez que, com ele, nada foi encontrado. (eDOC 2, p. 90)

Conforme ensina a doutrina, *“É ilusório [...] esperar da memória um funcionamento regular infalível. Com isso, não estamos negando valor epistêmico à memória, mas destacando a importância de se distinguir a memória tal como ela é da memória que gostaríamos que fosse: a reconstrução dos fatos no processo penal será tanto mais confiável a medida em que mais nos acerquemos da primeira e nos distanciemos da segunda.”* (MATIDA, Janaina; CECCONELLO, William W. *Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 7, n. 1, p. 409-440, jan./abr. 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i1.506>)

E prosseguem os professores Janaína e William: *“No que refere especificamente à prova de reconhecimento, a preservação do mito da “memóriamáquina filmadora” significa aquiescer a falsos negativos e a falsos positivos, isto é, à absolvição de culpados e à condenação de inocentes. De outro lado, compreender as limitações constitutivas da memória humana torna necessária a tomada de uma série de providências no âmbito probatório – seja no*

que refere à produção, seja no que refere à valoração probatória, seja, finalmente, no que se refere à adoção de uma decisão sobre os fatos...”

Em “O Testemunho e as Distorções da Memória”, a professora Catarina Gordiano traz os destaques necessários à compreensão das limitações de nossa memória que podem afetar/induzir/distorcer o reconhecimento do agente, sobretudo em momentos de tensão. Diz ela:

“As memórias originais dos eventos emocionais estressantes tendem a ser mais lembradas do que as memórias dos eventos neutros, mas, ainda nesses casos, as falsas memórias também podem ocorrer, principalmente nas situações de estímulo negativo, **como um assalto ou algo que cause sofrimento**. Haveria, então, um aumento de falsas memórias para conteúdos emocionais negativos e uma diminuição da memória verdadeira para os seus detalhes periféricos; e são esses detalhes que muitas vezes interessam à justiça.”

[...]

O viés do entrevistador é outro aspecto que pode contribuir para a ocorrência das falsas memórias. Considera-se um perigo grave julgar aquilo que o outro sentiu, compreendeu, quis, segundo aquilo que nós sentimos, compreendemos e queremos, pelo que a técnica penal de tratamento da testemunha torna-se preocupante. Trata-se de uma pessoa que o processo coloca em uma posição incômoda, submetida a uma requisição para utilidade pública: a testemunha é espremida, inquirida e suspeitada (CARNELUTTI, 1995).

Acidentalmente o entrevistador pode inquirir a testemunha de maneira enviesada e potencialmente geradora de falsas memórias, por despreparo. Intencionalmente, pode revelar a busca pelas respostas que confirmem suas hipóteses, devido ao papel punitivo que ele acredita que deve desempenhar, por conta do sentimento de violência e de impunidade presentes na sociedade.

A metodologia, a linguagem, a repetição e a reelaboração das perguntas, além de servirem como pretexto para se descobrir a verdade real, podem interferir no teor dos relatos da testemunha ao intensificarem a memória não do fato

testemunhado, mas da narrativa do fato contido nas perguntas do próprio entrevistador.

Stein (2010) apresenta algumas falhas das técnicas de entrevistas, como, por exemplo: 1) não explicar o propósito da entrevista nem as suas regras básicas; 2) não estabelecer “rapport”; 3) não solicitar o relato livre, baseando-se em perguntas fechadas; 4) fazer perguntas sugestivas ou confirmatórias; 5) não acompanhar o que a testemunha acabou de dizer; não permitir pausas e interromper a fala da testemunha; 6) não fazer o fechamento da entrevista.

Desta forma, o tipo da pergunta influencia demasiadamente na resposta do entrevistado. Exemplificando: as perguntas abertas possibilitam mais informações (“O que você viu no mercado naquele dia?”); as fechadas limitam a resposta (“Era de madrugada quando o fato ocorreu?”); as múltiplas confundem, estressam e tolhem as respostas (“Você viu o rosto do acusado?” – “Com quem ele parece?” – “Ele estava com uma arma na mão?”); as tendenciosas conduzem o entrevistado a responder conforme a orientação do entrevistador (“Se o acusado era preso foragido no dia do crime, então poderia ser ele o autor?”); as confirmatórias/inquisitivas podem confirmar o que o entrevistador pensa sobre o assunto (A testemunha fala que o acusado parece com o seu cunhado e o entrevistador pergunta: “Então você me disse que seu cunhado estava na cena do crime, não é mesmo?”).

Assim, por já estar influenciado por questões das mais diversas ordens, o entrevistador pergunta conforme sua visão de mundo, influenciando as testemunhas a desenvolverem respostas que corroboram tais ideias. Assim, por exemplo, **uma prova testemunhal oriunda de um relato distorcido (falsas memórias sugeridas pelo próprio juiz) decide o fluxo de uma decisão.** (*O Testemunho e as Distorções da Memória*. Henriques, Catarina Gordiano Paes. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020)

In casu, uma hora após a prática do delito, as vítimas receberam, via aplicativo *WhatsApp*, **uma única imagem** de uma pessoa indicada pelo policiais como sendo o suspeito da prática do crime quando, prontamente, afirmaram ser ele o autor do crime: o recorrente.

Frise-se que o recorrente foi apontado como aquele que teria recolhido os objetos roubados, conforme afirmou a vítima: “*o acusado não estava armado, apenas estava recolhendo os objetos.*”

É bem certo que o agente ativo do roubo pode dispensar os objetos roubados e a arma utilizada no crime antes da chegada da polícia. É bem certo, também, que os agentes podem se dispersar para alterar a configuração existente na prática do delito.

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

In casu, a ausência de outros elementos que corroborem os depoimentos das vítimas impõe, no caso concreto, uma situação de *dúvida*.

Aliás, embora o Juízo haja registrado o depoimento de **dois policiais**, de modo a demonstrar maior credibilidade à versão da acusação (olha, não foi apenas um, mas dois policiais que disseram a mesma coisa), verifica-se que o depoimento de um é cópia integral do depoimento do outro, a evidenciar, na essência, **um único depoimento**.

O presente caso, ao menos por ora, parece ser semelhante àquele tratado no RHC 176.025, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, em cujos autos a Primeira Turma assim decidiu em **3.8.2021**:

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

O reconhecimento pessoal constitui dado cujo valor, por si só, é precário, de modo que a valoração como elemento probatório a ser utilizado para fundamentar a convicção do julgador pressupõe a observância às formalidades do artigo 226

do Código de Processo Penal (BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal, 2016, 4ª edição, Revista do Tribunais, p. 483).

O Supremo já assentou que a utilização do reconhecimento fotográfico, a implicar a condenação, exige a existência de outros elementos, obtidas sob o crivo do contraditório, capazes de corroborá-lo, não servindo como único fundamento a respaldar a condenação – habeas corpus nº 70.038, Segunda Turma, relator ministro Francisco Rezek; habeas corpus nº 157.007, Primeira Turma, de minha relatoria; e habeas corpus nº 70.936, Primeira Turma, relator ministro Sepúlveda Pertence, assim resumido:

EMENTA: I. Reconhecimento de pessoa: sua realização sem observância do procedimento determinado imperativamente pelo art. 226 C.Pr.Pen. elide sua força probante e induz à falta de justa causa para a condenação que, além dele e de sua reiteração em juízo, também sem atendimento às formalidades legais, só se apóia em confissão policial retratada.

A ratificação, em Juízo, não o qualifica como dado autônomo, apto a lastrear a condenação. Também a menção a depoimento do policial civil, no que apenas confirmou a realização do reconhecimento, nada acrescentando em relação à autoria do crime, surge insubsistente.

Como se vê, penso, neste momento, assistir razão à DPU ao afirmar que, **no caso concreto**, o reconhecimento judicial está viciado pelo reconhecimento fotográfico realizado por *WhatsApp*, somado ao fato de que nenhuma outra prova há nos autos no sentido de confirmar a autoria sobre o recorrente.

Ante o exposto, **concedo a liminar** para determinar a imediata soltura do recorrente, se por outro motivo não estiver preso, até o julgamento do mérito deste recurso pelo colegiado.

Publique-se. Comunique-se com urgência.

Brasília, 28 de setembro de 2021.

Ministro GILMAR MENDES

Relator

Documento assinado digitalmente