



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 813194 - SP (2023/0107380-7)

RELATOR : **MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE : EUGÊNIO CARLO BALLIANO MALAVASI E OUTROS
ADVOGADOS : EUGENIO CARLO BALLIANO MALAVASI - SP127964
BRUNO ZANESCO MARINETTI KNIELING GALHARDO -
SP357110
FELIPE CASSIMIRO MELO DE OLIVEIRA - SP459119
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : AILTON THOMAZ DE CAMPOS SAMPAIO MONTEIRO
(PRESO)
OUTRO NOME : AILTON THOMAS DE CAMPOS SAMPAIO MONTEIRO
(PRESO)
CORRÉU : DARCI FERNANDES DO PRADO JUNIOR
CORRÉU : CESAR AUGUSTO DOS SANTOS
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

AILTON THOMAS DE CAMPOS SAMPAIO MONTEIRO alega ser vítima de coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** na Apelação Criminal n. 0001460-80.2016.8.26.0157.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 7 anos, 8 meses e 16 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, I, II e V, do CP.

A defesa aduz, em síntese, que a condenação do réu foi baseada em reconhecimento fotográfico realizado em desacordo com o art. 226 do CPP e não confirmado em juízo.

Indeferida a liminar (fls. 128-132), o Ministério Público Federal

apresentou parecer pelo não conhecimento da impetração (fls. 694-699).

Decido.

I. O reconhecimento de pessoas como meio probatório

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

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

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

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

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

Nesse contexto, adverte o referido autor:

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

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

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

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

Nesse julgado, a Turma decidiu, *inter alia*, que, à vista dos efeitos e dos

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

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

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

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

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

reconhecimento fotográfico (HCs n. 172.606 e 157.007; RHC n. 176.025).

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

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

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

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

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

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.

Mais recentemente, com o objetivo de minimizar erros judiciários decorrentes de reconhecimentos equivocados, a **Resolução n. 484/2022 do CNJ** incorporou os avanços científicos e jurisprudenciais sobre o tema e estabeleceu "diretrizes para a realização do reconhecimento de pessoas em procedimentos e processos criminais e sua avaliação no âmbito do Poder Judiciário" (art. 1º).

Tecidas essas considerações, passo ao exame do caso concreto posto em julgamento.

III. O caso dos autos

Ao condenar o réu em primeiro grau, o Juízo singular assim argumentou (fls. 561-563, grifei):

Renato de Lima Silva, motorista vítima, ouvido judicialmente, disse que estava vindo de Mato Grosso carregado de açúcar e, quando chegou na Cota 200, na Serra da Anchieta, antes de chegar em Cubatão, um caminhão mais antigo da Scania, que trata como "jacarezão" impediu as duas faixas e foi abordado por algumas pessoas. Não sabe se o impedimento foi de propósito, porque depois que foi tirado do caminhão o trânsito fluía, razão pela qual acredita que foi propositalmente interceptado seu trajeto. Quando parou o caminhão, abriu um pouco o vidro, bateram duas vezes na porta e, quando foi olhar, um deles subiu com o revólver, abriu a porta e já tinha outro embaixo que subiu na sequencia no caminhão. Eles o tiraram do caminhão e o colocaram dentro de um carro, colocaram sua camisa por cima de sua cabeça e o deitaram

no colo de um deles. O levaram para um lugar que até então não sabia onde era. Na subida da Anchieta, entre dois túneis que tem um descanso grande subindo a esquerda e o passaram para o outro lado da mur eta e o sentaram no pé de uma árvore. Esteve lá com os policiais civis no dia seguinte.

Depois eles tiraram foto, fizeram um vídeo. Ficou aproximadamente 12 horas sentado naquele lugar. Eles o mantiveram rendido, com três dos indivíduos. Quando foi por volta de umas 09 horas, mais ou menos, veio um áudio do whatsapp, como eles se comunicavam a noite toda, e mandaram soltá-lo. Mandaram ficar em pé e descer o barranco escorregando. Viu o rosto deles a noite toda. Quando chegou na policial civil, eles colocaram algumas fotos e ai, diante das circunstâncias, reconheceu alguns deles. No cativairo eles estavam fumando maconha, cheirando cocaína e bebendo cerveja. A noite foi um carro lá, por umas duas ou três vezes, levando cerveja, acha que droga também. Quando o soltaram, desceu um barranco, subiu de volta e saiu na Anchieta. Vários caminhoneiros pararam e o ajudaram. Nesse momento, foi que conseguiu ligar para seu patrão e depois já desceu a serra no caminhão e encontrou com a policia militar. Todos eles estavam armados, um deles com uma pistola cromada, quem o rendeu. Depois desse evento não conseguiu mais trabalhar com caminhão. Hoje está desempregado. Ficou traumatizado e não consegue dormir com luz apagada.

Janer Chaves de Lima Júnior, policial civil, ouvido em juízo, narrou que faz parte do Setor de roubo de carga e na data dos fatos foram acionados pelo 2º DP de Cubatão porque tinha ocorrido um roubo de carga na região. Foram até o 2º DP de Cubatão e encontraram com a vítima. Pediram para que o acompanhassem até a Delegacia, em Santos, pois tem várias investigações em andamento de roubo de carga. Chegando na Delegacia, apresentaram um farto álbum fotográfico que é específico de roubo de carga. Começaram a entrevistá-lo. Ele estava bastante cansado, pois passou a noite toda com esses indivíduos. Ele reconheceu, sem sombra de dúvidas, o Ailton Thomas. Ele já é conhecido no meio policial, já foi preso em outros delitos e é bem conhecido no roubo de carga. A vítima reconheceu, por meio fotográfico também, outros indivíduos que seria o César e o Darci. Ele individualizou a conduta de cada um e diligenciaram com ele na Rodovia Anchieta. Ele conseguiu mostrar o lugar onde ficou, que seria um cativairo, na Km 47 da An chieta. Logo após, o Delegado requereu a prisão do acusado. Espalharam a foto desse indivíduo para os policiais da área onde ele atua. Os policiais o abordaram logo em seguida, quando saiu a prisão e comunicaram para a delegacia de Santos. Ele foi apresentado na delegacia, foi preso e fizeram a diligência até o Paraná com ele, onde a vítima o reconheceu sem sombra de dúvida. Nesse dia, tinha mais um que não foi identificado. Continua em aberto. A vítima estava sozinho no dia dos fatos. A vítima falou que quem conseguiu arrebatá-lo foi o César, inclusive ficou com ele no cativairo até as nove da manhã e quem falava muito no telefone.

Conseguiram apurar que Ailton Thomas seria o segundo indivíduo na escala do crime nessa quadrilha. Ele seria o braço direito de um

outro indivíduo conhecido da delegacia. Ele que ficava fazendo contato com outros, passando informação a respeito do motorista e passou a noite inteira ameaçando o motorista. A liberdade restringida da vítima durou a noite toda, até as 09 horas da manhã. Os bens da vítima não foram, recuperados. Posteriormente, o caminhão foi achado, mas vazio. O depoente reconhece o Ailton Thomas como aquele que fez a diligência no Paraná, que estava no álbum de fotos reconhecido pela vítima e que foi reconhecido pessoalmente pela vítima, pessoa conhecido no meio policial.

Mahui Alonso Talarico, policial civil, ouvido em juízo, narrou os fatos no mesmo sentido de seu colega Janer. Acrescentou que o caminhão foi localizado em Cubatão e a carreta no interior de São Paulo e, como é comum, estava vazia.

Ailton Thomas de Campos Sampaio Monteiro, em seu interrogatório, negou a prática do delito. Disse que esse roubo é de 2016 e nada foi localizado em sua posse. Diz que nunca viu Darci Fernandes do Prado Júnior ou César Augusto Santos. Ao comprar uma pomada para seu filho, foi abordado e falaram que era uma averiguação. Não tem nenhum problema com a Justiça, mas teve uma condenação em 2007. Deu seus documentos e o levaram para uma averiguação e está um ano e quatro meses preso. Pediu para olhar o que a vítima falava lá. E nos autos falava que quem rendeu a vítima estava de capuz. Os policiais o levaram para outro reconhecimento, forma de Santos e para o Paraná, fizeram o reconhecimento e voltou. Fala que está sendo confundido nesse assalto.

A negativa de autoria apresentada pelo réu, contudo, não merece acolhimento, pois não encontra guarida nas demais provas existentes nos autos, seja por ser conhecido nos meios policiais por ser roubador de cargas, seja pelo reconhecimento fotográfico e pessoal pela vítima, que permaneceu em cativeiro com um grupo de três assaltantes e nenhum deles estava usando capuz.

O Tribunal de origem, por sua vez, manteve a sentença com os seguintes fundamentos, no que interessa (fls. 668-669, destaquei):

Como se sabe, a palavra da vítima, em se tratando de crime patrimonial, é preponderante ao protesto de inocência, em especial porque, na hipótese, veio consubstanciada nos harmônicos e coerentes depoimentos dos agentes públicos. E conquanto a defesa se apegue, de forma insistente, à rebatida tese de imprestabilidade do depoimento de policiais, inexistente qualquer eiva, mormente porque seus dizeres são harmônicos e coerentes, não havendo comprovação de qualquer animosidade anterior a justificar infundada acusação, inclusive diante do contido no CPP, art. 202, de que toda pessoa pode ser testemunha, até porque seria um contrassenso o Estado credenciar pessoas para a função repressiva e depois lhes negar crédito quando dão conta de suas diligências (RT 417/94, 486/351, 771/565 e 772/682).

Irrelevante se o ofendido não o identificou em juízo, porquanto o ato foi suprido pelos testigos dos policiais, os quais confirmaram, de forma categórica, o reconhecimento realizado na fase administrativa - com observância do CPP, art. 226 (fls. 152) - lembrando-se, ainda, que, hoje em dia, fato notório, ninguém quer se comprometer, especialmente em casos de violência, bastando, por conseguinte, aquele outrora realizado, trazendo a certeza necessária à procedência da pretensão punitiva.

Segundo se depreende dos autos, no dia **26/4/2016**, o ofendido – caminhoneiro – sofreu um roubo e, no dia seguinte, ao comparecer à delegacia, reconheceu o réu em um álbum de suspeitos de roubo de carga (fls. 25-26).

Em **2/6/2016** foi feito reconhecimento pessoal na delegacia de polícia, oportunidade em que a vítima novamente reconheceu o acusado (fls. 168-178).

Em juízo, porém, **a vítima não reconheceu o paciente.**

No caso, fica evidente a desconformidade do primeiro reconhecimento com o rito legal previsto no art. 226 do CPP, porque não consta a descrição das características físicas dos suspeitos, tampouco das pessoas que foram exibidas (fls. 25-26).

Ademais, **não obstante o ato de reconhecimento irregular haja sido repetido pessoalmente na delegacia (fls. 168-178), a repetição do ato não convalida os vícios pretéritos.** Isso porque não há dúvidas de que o reconhecimento inicial, que foi realizado em desconformidade com o disposto no art. 226 do CPP, **afeta todos os subsequentes**, haja vista que, conforme se assentou no julgamento do HC n. 712.781/RJ, o reconhecimento de pessoas é considerado como uma **prova cognitivamente irrepitível.**

O primeiro julgado paradigma sobre o tema (HC n. 598.886/SC) – como, também, os a ele posteriores – amparou-se, entre outros, em interessante conclusão de pesquisa realizada nos Estados Unidos, conduzida pelo professor Brandon Garrett, a qual apontou que **a repetição de procedimentos de identificação não confere maior grau de confiabilidade a um reconhecimento.** Evidenciou-se, no

entanto, uma correlação entre a quantidade de vezes que uma testemunha/vítima é solicitada a reconhecer uma mesma pessoa e a produção de uma resposta positiva.

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

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

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

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

[...] um reconhecimento futuro, mesmo que utilizando um alinhamento justo, já estará contaminado devido aos reconhecimentos informais realizados previamente. Nesse sentido, o reconhecimento realizado por meio de show-up ou álbum de

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

Reitero, ainda, que, conforme decidido por esta Sexta Turma por ocasião do já mencionado **HC n. 712.781/RJ** (Rel. Ministro **Rogério Schietti**), mesmo se realizado em conformidade com o modelo legal (art. 226 do CPP), o reconhecimento pessoal não tem força probante absoluta, de sorte que não pode induzir, por si só, à certeza da autoria delitiva, em razão de sua fragilidade epistêmica, decorrente da falibilidade da memória humana.

No caso, como visto, a única prova existente em desfavor do réu foi o reconhecimento realizado no inquérito, uma vez que, em juízo, o ofendido não foi capaz de reconhecer o acusado, a indicar, também, a ausência de prova judicializada apta a sustentar a condenação, nos termos do art. 155 do CPP.

É pertinente ressaltar, 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 reconhecimento colhido em desacordo com as regras probatórias e não corroborado por nenhum outro elemento dos autos.

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

O que se pondera, apenas, é que, não obstante a vítima esteja sendo sincera, isto é, afirmando aquele fato de boa-fé, a afirmação dela pode não

corresponder à realidade por decorrer de um “erro honesto”, causado pelo fenômeno das falsas memórias. Um dos principais estudiosos do tema no Brasil, Vitor de Paula Ramos bem esclarece a questão:

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

Não obstante, tal definição não parece precisa: alguém que detém e acredita em uma informação falsa, pode passá-la adiante sem que isso configure uma mentira. Trata-se do erro honesto.

A diferença é sutil, mas visível: alguém que tem uma moeda no bolso e sabe disso mente ao afirmar que não possui uma moeda no bolso. Por outro lado, alguém que tem uma moeda no bolso e não sabe disso não mente, mas comete um erro honesto, ao afirmar que não possui uma moeda no bolso.

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

Via de regra faz-se, no direito, uma contraposição indevida entre verdade e mentira. Habitualmente, afinal, tem-se que o contrário de estar mentindo é estar falando a verdade. Não obstante, como mencionado, nem sempre que a informação dada pela testemunha (ou por qualquer outra pessoa) não corresponder ao que efetivamente ocorreu haverá mentira.

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

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

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

mas falando a verdade (na medida em que a sua narrativa corresponde à realidade, isto é, ao que realmente ocorreu). A narrativa não corresponderá à recordação (mentira), mas acabará coincidindo com a realidade (veracidade).

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

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

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

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

Um dos grandes perigos dos modelos substancialistas de direito penal – alerta o jusfilósofo peninsular – é o de que, em nome de uma fundamentação

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

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

Assim, **não é possível ratificar a condenação do acusado, visto que apoiada em prova que, além de desconforme ao modelo legal, não foi corroborada por outros elementos idôneos.**

IV. Dispositivo

À vista do exposto, **concedo a ordem**, para absolver o paciente em relação à prática do delito de roubo objeto do Processo n. 0001460-80.2016.8.26.0157 e determinar a **expedição de alvará de soltura** em seu favor, se por outro motivo não estiver preso.

Comunique-se, **com urgência**, o inteiro teor desta decisão às instâncias ordinárias para as providências cabíveis.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 31 de agosto de 2023.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Relator