



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2702534 - SP (2024
/0275345-1)**

**RELATOR : MINISTRO OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJSP)**

AGRAVANTE : EMILSE SUZANA HUGO

ADVOGADOS : RUBENS SIEBNER MENDES DE ALMEIDA - SP425474
GUILHERME FORTES BASSI - SP433258
LUCAS MARQUES GONÇALVES LOPES - SP433917

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL PENAL E DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EFEITO ITERATIVO. PERTINÊNCIA. PROTAGONISMO INQUISITIVO DO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. ADOÇÃO SIMILAR OU EQUIPARADA DA METODOLOGIA INTITULADA "SHOW-UP". NULIDADE RELATIVA. CONSTATAÇÃO. BUSCA NÃO SUPLETIVA DA VERDADE REAL OU SUBSTANCIAL PELO MAGISTRADO SINGULAR. INSTRUÇÃO MACULADA. INDICAÇÃO E MANIPULAÇÃO (CIRCULAÇÃO) DA FOTOGRAFIA DA RÉ PERANTE AS TESTEMUNHAS INQUIRIDAS. INOSERVÂNCIA AOS RIGORES "MÍNIMOS" PROCEDIMENTAIS. IMPOSSIBILIDADE. PREJUÍZO ÍNSITO OCASIONADO À RÉ. OFENSA AO SISTEMA ACUSATÓRIO. CONSTATAÇÃO. ANULAÇÃO PARCIAL DO FEITO. MODULAÇÃO AO ATO INSTRUTÓRIO VICIADO. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE OU DA INTERDEPENDÊNCIA DOS ATOS PROCESSUAIS. APLICAÇÃO. APENAMENTO CONCRETO ANTERIOR TRANSITADO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO E LIQUIDADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM EM PATAMAR INFERIOR A QUATRO ANOS. EFEITO PRODRÔMICO DA CONDENAÇÃO INAUGURAL (*REFORMATIO IN PEJUS* INDIRETA). DEVER DE OBSERVÂNCIA. COROLÁRIA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. LAPSO SUPERIOR A OITO ANOS ENTRE O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E A PRESENTE ASSENTADA. CONSTATAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO PARA DECLARAR EXTINTA A PUNIBILIDADE DA PACIENTE.

I. Caso em exame

1.1 Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão exarada por esta Relatoria que, em juízo de admissibilidade e delibação *ad quem*, conheceu do agravo para conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, negar-lhe provimento.

1.2 Em suas razões, a Defesa assevera que a decisão hostilizada carece de reforma, por persistir a apontada degeneração aos arts. 157, 212 e 226, todos do CPP.

1.2.1 Patrocina que, no caso vertente, houve manifesta ofensa ao *sistema acusatório*, ao ter atuado o Magistrado singular, na audiência de instrução, como *verdadeiro inquisidor*, ao apontar (no reconhecimento fotográfico realizado) às testemunhas presentes – de forma incisiva, circulada (com manipulação individualizada da foto) e despida de imparcialidade objetiva – a increpada como "uma" das possíveis realizadoras do furto denunciado.

1.2.2 Pontua que a condenação guerreada origina-se, destarte, do eivado *reconhecimento fotográfico formalizado em audiência*, com manifesto (ínsito) prejuízo processual ocasionado à ré.

1.3 Nestes termos, *demonstrada a ilegalidade na forma com que foi realizado o reconhecimento fotográfico*, sobretudo na fase processual, em nítido descompasso ao sistema acusatório, requer a reconsideração da decisão agravada ou, subsidiariamente, remessa do feito para julgamento pela Sexta Turma, a fim de que sejam *consideradas nulas as provas oriundas do ato ilícito* em voga, com efeitos desconstitutivos (*ex tunc*), seguido do desentranhamento destas dos autos e consequente determinação à realização *de uma nova audiência de instrução e julgamento*.

II. Questões em discussão

2.1 A (primeira) questão em discussão consiste em saber se, na busca da verdade real ou substancial, o reconhecimento fotográfico realizado em juízo, com *transbordante* (e não supletivo) protagonismo do magistrado – ao *apontar* às testemunhas e/ou vítimas inquiridas, de forma preambular, incisiva, "circulada" (com manipulação *individualizada*) na foto e despida de imparcialidade objetiva, a parte acusada como uma das "possíveis" realizadoras do crime denunciado, com a adoção *similar* (equiparada) da espúria metodologia intitulada "*show-up*" – enseja (ou não), nos moldes dos arts. 212 e 226, ambos do CPP, a anulação do ato instrutório, por violação ao *sistema acusatório* e, notadamente, inobservância aos requisitos *mínimos* previstos na norma procedimental.

2.2 A (segunda) questão controvertida consiste em definir se (nos contornos do art. 617 do CPP, c/c o art. 107, IV, 110, § 1º, e 117, I, todos do CP), na hipótese em que [em recurso exclusivo da defesa], declarada a nulidade ou anulação do édito ou acórdão condenatório objurgado pelo Tribunal *ad quem*, com apenamento em concreto já liquidado na origem e transitado em julgado para a acusação, é possível (ou não) – à luz da racionalização e sopesamento dos princípios da *efetividade* e da *razoável* duração do

processo – o declaração, de ofício, na mesma assentada, da prescrição da pretensão punitiva Estatal, diante do *peremptório* efeito prodrômico da sentença (*reformatio in pejus* "indireta") indente.

III. Razões de decidir

3. Em introito, não se olvida este Sodalício ser da essência do processo penal (moderno) a necessidade de cumprimento às *formas* previstas em lei, por constituírem direitos fundamentais de primeira dimensão (*Vasak, Karel*), instituídos pelo constituinte originário, destinados à salvaguarda da (indisponível e cara) liberdade ambulatorial do (a) acusado (a) contra eventual *excesso* (arbítrio) punitivo Estatal.

3.1 Entretanto, com arrimo no *formalismo valorativo*, como expressão do *neoprocessualismo* subjacente, é cediço que a dicção do art. 563 do CPP, ancorado no princípio setorial do prejuízo ou da transcendência (*pas nullité sans grief*), ao arrefecer o (reducionista e engessado) sistema "legalista" clássico, pautado no restrito positivismo jurídico, para o evolutivo regramento atual – baseado (precipualemente) na *instrumentalidade das formas* e na *primazia de mérito*, como axiomas endossados por ambas as Cortes pátrias de Vértice –, condiciona a declaração de qualquer nulidade sanção (seja absoluta ou relativa), a favor da acusação ou da defesa, à demonstração (em tempo oportuno) de efetivo (concreto) prejuízo processual ocasionado.

3.2 Entendimento em sentido contrário, em determinadas ocasiões (ordinárias), representaria *desmedido* e *disjuntivo* enaltecimento da "forma" (legalidade estrita) em detrimento da "efetividade" (legitimidade macro) da persecução criminal.

3.3 Sob as lentes da *efetividade* do processo, esta Corte de Promoção Social tem verberado: *[A] condenação, por si só, não é geradora de prejuízo* (AgRg no AREsp n. 2.192.337/ES, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 8/8/2023, DJe de 15/8/2023, grifamos).

3.4 Não se descuida que, regra geral: *[O] protagonismo do magistrado na oitiva das testemunhas não configura nulidade sem demonstração de prejuízo* (AgRg no HC n. 913.176/CE, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 4/12/2024, DJEN de 10/12/2024) (AgRg no HC n. 866.876/MA, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 26/3/2025, DJEN de 31/3/2025).

3.5 É pacífico, por fim, por ambas as Cortes de Superposição que, malgrado o advento da Lei n. 11.690/2008 tenha abolido da (ordinária) instrução processual o sistema *presidencialista* (exceto na

segunda fase do escalonado rito do Júri), com a determinação da inquirição "direta" das testemunhas pelas partes (*direct examination*) e atuação (apenas) "supletiva" do Estado-juiz (na busca da verdade real ou substancial), mas ainda albergado pelo princípio do impulso oficial (STF, ADI´s n. (s) 6.298/DF, 6.300/DF, 6.305/DF, Rel. Min. Luiz Fux, Dje. 19/12/2023) – eventual inobservância do regramento do art. 212 do CPP, por consubstanciar nulidade *relativa*:

a) caso não suscitada pela parte *em momento oportuno*, na forma do art. 571, VIII, do CPP, convalida-se por incidência do instituto da preclusão; e,

b) eventual prejuízo processual suportado pelo jurisdicionado não se presume (por si só e *ex lege*), mas deve ser empiricamente demonstrado nos autos (*pas nullité sans grief*), nos termos do art. 563 do CPP.

3.6 Enquadramento (processual) que, todavia, não se coaduna ao caso em apreço.

3.6.1 Na espécie, malgrado Tribunal *a quo* tenha rechaçado o aventado malferimento aos arts. 212 e 226, ambos do CPP, sob o (raso e abstrato) fundamento de que *[o] magistrado formulou as indagações iniciais basicamente questionando como se deram os fatos*, em juízo, ao revés, este, de forma atropelada e deletéria – ao *protagonizar e direcionar* [como inquisidor] o procedimento de reconhecimento fotográfico, em manifesto (insito) *prejuízo persecutório à acusada (Emilse) pela adoção similar (equiparada) da espúria metodologia intitulada "show-up"* –, averbou [conforme notas taquigráficas extraídas por seu patrono do sistema de audiovisual de gravação], *in verbis*: *A acusada específica deste processo é essa que está com o nome circulado (MM. Juiz, gravação audiovisual testemunha Laura 02:35 até 02:50). "A foto delas tá aqui, folhas 18, seriam essas 04. A senhora, vê se a senhora reconhece a acusada especificamente neste processo se é a da foto superior direita que "eu circulei" ai, chama Emilse Susana"* (MM. Juiz, gravação audiovisual testemunha Taís 08:20 até 08:50) (grifamos).

3.5.3 No contexto delineado, além do douto magistrado não ter atuado de forma residual (supletiva) – na possível *busca da verdade real* (ou substancial) –, houve flagrante e *prejudicial* direcionamento (com manipulação individual) no maculado procedimento de reconhecimento, com fotografia "circulada"/destacada *da ré* pelo condutor do ato instrutório perante as testemunhas inquiridas, de forma a influir (indevida e inexoravelmente) na autoria delitiva *sinalizada*.

3.5.4 Em suma, no caso em testilha, não houve pelas instâncias ordinárias a *mínima* observância aos rigores formais do encetado procedimento de reconhecimento fotográfico da acusada.

3.5.5 Tal ato, por certo, à luz do determinante postulado do *devido processo legal*, revela-se passível de anulação, porquanto despido de qualquer imparcialidade "objetiva" e, notadamente (pela interpretação sistêmica dos arts. 3º, 3º-A, 212, parágrafo único, 226, 563 e 564, IV, todos do CPP, c/c o art. 6º do CPC), em franco descompasso ao subjacente *sistema acusatório*, cuja "paridade de armas", entre os sujeitos do *dialético* modelo cooperativo (não inquisitivo) do processo penal pátrio contemporâneo, constitui *intransponível* e pétreo direito "nuclear" (*Silva Sánchez, Jesús-Maria*) – mínimo – da parte.

3.5.6 Tessitura processual e material reflexiva (como expressão do hodierno direito penal global incidente) que evidencia incontestemente *prejuízo insito à ampla defesa* (AgRg no HC n. 751.363/SC, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 10/6/2024, DJe de 12/6/2024, grifamos).

3.5.7 Para o Pretório Excelso, em situação parelha, onde constatada ilegalidade flagrante, *ex officio*, foram rechaçados os eivados: *[r] econhecimentos fotográfico e pessoal do Agravante e do Corréu, realizados mediante a técnica de show up, nos quais não foram observadas as formalidades "mínimas" previstas no art. 226 do CPP* (STF, ARE n. 1.422.208, Relator (a): Min. Alexandre de Moraes, Julgamento: 22/03/2023, Publicação: 24/03/2023, grifamos).

3.5.8 Nesse panorama, (*ex vi* dos arts. 3º, 3º-A, 212, parágrafo único, 226, 563, 564, IV, e 573, todos do CPP, c/c o art. 6º do CPC) tem-se por impositiva a (parcial) anulação do feito, com efeitos desconstitutivos (*ex tunc*), modulada [à luz do subjacente princípio da *causalidade* ou da *interdependência* dos atos processuais] à audiência de instrução da ré (Enilse Susana Hugo), extensiva sobre os elementos de convicção e demais atos processuais dela *decorrentes*

3.6 Todavia, por se tratar de recurso exclusivo da defesa, com denúncia recebida em 02/05/2016, e em atenção ao peremptório *efeito prodômico* da sentença (*reformatio in pejus* "indireta"), *in casu*, com condenação da increpada, revisada e liquidada pelo Tribunal *a quo*, no *quantum* de *três (3) anos, onze (11) meses e dezoito (18) dias de reclusão*, declara-se, de ofício, em seu favor [*ex vi* dos arts. 107, IV, 109, IV, 110, § 1º, e 117, I, todos do CP, c/c os arts. 61, *caput*, 617, 647-A e 654, § 2º, todos do CPP] – diante do transcurso do

lapso de 08 (oito) anos, do aludido marco interruptivo até a presente assentada –, a prescrição superveniente (intercorrente) da pretensão punitiva Estatal.

IV. Dispositivo e teses

4. Agravo regimental provido. De ofício, declara-se extinta a punibilidade Estatal em prol da paciente (Enilse Susana Hugo), pela corolária prescrição constatada.

Teses de julgamento: "1. Na busca da verdade real ou substancial, o reconhecimento fotográfico realizado em juízo, com *transbordante* (e não supletivo) protagonismo do magistrado – ao *apontar* às testemunhas e/ou vítimas inquiridas, de forma preambular, incisiva, circulada (com manipulação *individualizada*) na foto e despida de imparcialidade objetiva, a parte acusada como uma das "possíveis" realizadoras do crime denunciado, com a adoção *similar* (equiparada) da espúria metodologia intitulada "*show-up*" – enseja, nos moldes dos arts. 212 e 226, ambos do CPP, impositiva anulação do ato instrutório, por violação ao *sistema acusatório* e, notadamente, inobservância aos requisitos *mínimos* previstos na norma procedimental. 2. Nos contornos do art. 617 do CPP, c/c o art. 107, IV, 110, § 1º, e 117, I, todos do CP), na hipótese em que [em recurso exclusivo da defesa], declarada a nulidade ou anulação do édito ou acórdão condenatório objurgado pelo Tribunal *ad quem*, com apenamento em concreto já liquidado na origem e transitado em julgado para a acusação, é possível – à luz da racionalização e sopesamento dos princípios da *efetividade* e da *razoável* duração do processo – o declaração, de ofício, na mesma assentada, da prescrição da pretensão punitiva Estatal, diante do *peremptório* efeito prodrômico da sentença (*reformatio in pejus* "indireta") indente."

Dispositivos relevantes citados: CPP, arts. 3º, 3º-A, 157, 212, 226, 563, 564, IV, 571, 573 e 617; CP, arts. 107, IV, 109, IV, 117, I; CPC, art. 6º.

Jurisprudência relevante citada:

1. STF, HC 75331, Relator(a): Marco Aurélio, Segunda Turma, Julgamento: 02/12/1997, Publicação: 06/03/1998; STF, ARE n. 1.422.208, Relator (a): Min. Alexandre de Moraes, Julgamento: 22/03/2023, Publicação: 24/03/2023; STJ, AgRg no HC n. 751.363 /SC, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 10/6/2024, DJe de 12/6/2024; STJ, AgRg no HC n. 735.027/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), relator para acórdão Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 26/9/2023, DJe de 4/10/2023; STJ, AgRg no REsp n. 2.105.657/RS, relatora Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 19/2/2025, DJEN de 24/2/2025; STJ, HC n.

735.519/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 22/8/2022; STJ, AgRg no AREsp n. 2.669.837/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 20/8/2024, DJe de 27/8/2024.

2. STJ, AgRg no AREsp n. 1.815.689/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 22/6/2021, DJe de 30/6/2021; STJ, AgRg no HC n. 508.076/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 26/11/2019, DJe de 2/12/2019

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por EMILSE SUZANA HUGO contra decisão exarada por esta Relatoria que, em juízo de admissibilidade e delibação *ad quem*, conheceu do agravo para conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, negar-lhe provimento (e-STJ fls. 714-724).

Em suas razões, a Defesa assevera que a decisão hostilizada carece de reforma, por persistir a apontada degeneração aos arts. 157, 212 e 226, todos do CPP.

Patrocina que, no caso vertente, houve manifesta ofensa ao *sistema acusatório*, ao ter atuado o Magistrado singular, na audiência de instrução, como *verdadeiro inquisidor*, ao apontar (no reconhecimento fotográfico realizado) às testemunhas presentes – de forma incisiva, circulada (com manipulação individualizada) e despida de imparcialidade objetiva – a increpada como uma das "possíveis" realizadoras do furto denunciado (e-STJ fl. 730).

Reitera, portanto, que o reconhecimento da acusada em juízo, oriundo de *imagens e filmagens* (e-STJ fl. 731) colhidas exclusivamente em solo policial, efetivou-se *de forma flagrantemente ilegal* (e-STJ fl. 568), porquanto *induzido, com clara interferência do MM. Juiz* que, na ocasião, atuou *como verdadeiro protagonista – inquisidor – ao inquirir as testemunhas* (e-STJ fl. 569), sem a mínima observância aos rigores formais do encetado procedimento.

Ao cabo, pontua que a condenação guerreada origina-se, destarte, do eivado *reconhecimento fotográfico formalizado em audiência* (e-STJ fl. 731), com manifesto prejuízo processual ocasionado à ré.

Neste cenário, *demonstrada a ilegalidade na forma com que foi realizado o reconhecimento fotográfico*, sobretudo na fase processual, em nítido descompasso ao sistema acusatório –, *devem ser consideradas nulas as provas oriundas do ato ilícito* (e-STJ fl. 569), com efeitos desconstitutivos (*ex tunc*

), seguido do desentranhamento destas dos autos e corolária determinação à realização *de uma nova audiência de instrução e julgamento* (e-STJ fls. 569 e 573).

Nessa ambiência, requer (com arrimo no efeito iterativo) a reconsideração da decisão agravada ou, subsidiariamente, remessa do feito para julgamento pela Sexta Turma, a fim de que seja conhecido e provido o recurso especial, com a consectária anulação do feito, nos moldes supraditos.

O Ministério Público Federal manifestou ciência do *decisum* agravado (e-STJ fl. 728).

É o relatório.

VOTO

Atendidos os pressupostos recursais (extrínsecos e intrínsecos) do agravo regimental, após *acurada* análise das patrocinadas razões recursais – esquadrinhas em memoriais – pela combativa defesa técnica perante este Sodalício e, notadamente, com esteio no efeito iterativo (regressivo) recursal incidente, o reclamo comporta provimento, nos termos doravante expendidos.

No ponto, acerca da indigitada ofensa aos arts. 157, 212 e 226, todos do CPP, o Tribunal bandeirante, ao aventar a higidez do édito condenatório da sentenciada, exortou (e-STJ fls. 548-555, grifamos):

*Na audiência de instrução e julgamento foram inquiridas as vítimas, as testemunhas e, em seguida, a ré foi interrogada (fls. 413/414 e 438/439). Os depoimentos e o interrogatório foram colhidos pelo sistema audiovisual e a gravação revela que **o magistrado formulou as indagações iniciais basicamente questionando como se deram os fatos** e em seguida deu oportunidade para a acusação e a defesa questionarem diretamente os depoentes.*

Não se depara, portanto, com nulidade na colheita da prova.

*A adoção do método acusatório na colheita da prova oral **não implica e nem poderia implicar na anulação dos poderes instrutórios do juiz, que continua podendo determinar a realização de diligências e formular perguntas, sem que isso implique na perda da imparcialidade.** Aliás, o parágrafo único do artigo 212, da Lei Processual, dispõe que o juiz poderá **completar** a inquirição **sobre pontos não esclarecidos.***

*O juiz é o destinatário último da prova e pode lançar mão de seus poderes instrutórios visando dirimir dúvidas para melhor tecer um juízo de valor. Assim não fosse, estaríamos transformando o magistrado em figura meramente decorativa, cuja presença seria exigida apenas para garantir formalmente a observância do devido processo legal. **E a atuação efetiva do magistrado na busca da verdade real é vital** para a realização e concretização da garantia constitucional prevista no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. O Supremo Tribunal Federal, por sua 1ª Turma, já decidiu que **a inversão na ordem de inquirição das testemunhas enseja apenas nulidade relativa:***

[...]

Se a Suprema Corte vislumbrou apenas nulidade relativa na inversão, caberia à defesa demonstrar a ocorrência de prejuízo para a ré, sabido que não se declara a nulidade de ato processual na instância penal sem a demonstração de prejuízo efetivo para a acusação ou para a defesa.

Também não há que falar em ilegalidade no procedimento de reconhecimento.

As vítimas **narraram detalhes** da ação delitiva que **visualizaram nas câmeras de segurança**, depois estiveram na delegacia, **policiais exibiram fotografias das suspeitas e elas reconheceram a ré**, apontando-a como uma das autoras dos delitos (fls. 13/15, 27/29, 32/34, 37/39, 122/124 e 136).

A defesa questiona o reconhecimento fotográfico realizado, porque teria havido afronta às formalidades contidas no artigo 226, do Código de Processo Penal, mas não constato irregularidade alguma, pois segundo os autos de reconhecimento fotográfico, **as vítimas descreveram os sinais característicos da pessoa a ser reconhecida, examinaram as fotos apresentadas e em algumas delas imediatamente reconheceram a ré**, apontando-a como uma das autoras dos furtos.

[...]

Mas a negativa não estava mesmo a merecer credibilidade, eis que, isolada nos autos, foi contrariada pelas demais provas.

O policial civil Luís [...] narrou que **acessou câmeras de segurança instaladas nos estabelecimentos e a partir das imagens conseguiu identificar e localizar as rés**, que são estrangeiras, de nacionalidade peruanas e argentina. As vítimas foram chamadas na delegacia e reconheceram a ré e as comparsas dela por fotografia (gravação audiovisual).

A vítima Taís Putini declarou em juízo que a loja estava bastante cheia e um grupo de quatro mulheres estrangeiras entrou na loja. Não compraram nada. Quando o movimento acalmou notou que os celulares haviam desaparecido. **Através das imagens das câmeras foi possível visualizar que as mulheres se aproximaram e passaram a mão no balcão [...]** **Reconheceu a ré na foto de fls. 18 como uma das integrantes do grupo** (gravação audiovisual).

[...]

Silmara de Castilho declarou, sob o crivo do contraditório, que trabalhava na loja Basiko. com, da Hering. A loja estava lotada quando a ré entrou na loja, acompanhada de três mulheres, e somente depois que o movimento diminuiu constataram o furto dos celulares. **Sua patroa verificou as imagens das câmeras de segurança e constatou que o furto foi praticado por quatro pessoas. Reconheceu algumas das mulheres na delegacia.** [...]

Laura Lucia Den Hartog esclareceu que trabalhava na 'Backspace Skate Shop'. Estava sozinha, quatro mulheres chegaram e furtaram produtos da empresa. Uma delas a distraiu, outra ergueu uma camiseta para encobrir a comparsa, e esta colocou bonés e camisetas em uma sacola. As mulheres tinham sotaque estrangeiro e saíram juntas da loja. **Notou a subtração somente no dia seguinte, ao visualizar imagens captadas pela câmera de segurança.** Exibidas fotografias, reconheceu a ré como a pessoa que a distraiu enquanto as demais cometiam o furto (gravação audiovisual).

[...]

Esse conjunto probatório não deixa dúvida de que os furtos ocorreram e de que a Apelante foi uma das autoras.

Em introito, não se olvida esta Relatoria ser da essência do processo penal (moderno) a necessidade de cumprimento às *formas* previstas em lei, por constituírem direitos fundamentais de primeira dimensão (*Vasak, Karel*), instituídos pelo constituinte originário, **destinados à salvaguarda da (indisponível e cara) liberdade ambulatorial do (a) acusado (a)** contra eventual *excesso* (arbitrio) punitivo Estatal.

Entrementes, com arrimo no *formalismo valorativo*, como expressão do neoprocessualismo subjacente, é cediço que a dicção do art. 563 do CPP, ao arrefecer o (reducionista e engessado) sistema "legalista" clássico, pautado no positivismo jurídico, para o evolutivo regramento atual – baseado (precipualemente) na *instrumentalidade das formas* e na *primazia de mérito*, como axiomas endossados por ambas as Cortes pátrias de Vértice – , condiciona a declaração de qualquer nulidade sanção (seja absoluta ou relativa), a favor da acusação ou da defesa, à demonstração (em tempo oportuno) de efetivo (concreto) prejuízo processual ocasionado.

Entendimento em sentido contrário, em determinadas ocasiões, representaria *desmedido* e *disjuntivo* enaltecimento da "forma" (legalidade estrita) em detrimento da "efetividade" (legitimidade macro) da persecução criminal.

Sobre o tema, fincado no princípio setorial do prejuízo ou da transcendência (*pas nullité sans grief*), o eminente Ministro Celso de Mello já propalou:

*[t]em por finalidade **rejeitar o excesso de formalismo, desde que a eventual preterição de determinada providência legal não tenha causado prejuízo para qualquer das partes** (HC nº 133.864-AgR/RS, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 04/04/2018, p. 19/04/2018, grifamos).*

Destarte, de forma holística, não se olvida que o Pretório Excelso tem orientado que, seja a nulidade relativa ou absoluta, *não se decreta nulidade processual **por mera presunção*** (STF, Primeira Turma, AgRg no RHC 167851, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 15/05/2019, grifamos).

De igual sorte, para o Tribunal da Cidadania:

***A condenação, por si só, não é geradora de prejuízo, cabendo ao agente demonstrar que, caso não tivesse ocorrido a nulidade, acarretaria a absolvição criminal ou a desclassificação da conduta, hipótese não ocorrida nos autos** (AgRg no AREsp n. 2.192.337/ES, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 8/8/2023, DJe de 15/8/2023, grifamos).*

A mera condenação do recorrente ou conjecturas não são aptos à demonstração do prejuízo proveniente de nulidade, cabendo à defesa, nos termos da jurisprudência da Corte, ao arguir nulidades [...] indicar, de modo objetivo, os prejuízos correspondentes, com influência na apuração da verdade substancial e reflexo na decisão da causa (CPP, art. 566) (HC 353.588/MS, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 22/08/2017, DJe 30/08/2017, grifamos).

Ainda, sob as lentes da *efetividade* do processo, esta Corte de Promoção Social tem verberado:

Há tempo para todos os propósitos e acontecimentos jurídicos. Não se pode tolerar possa a vontade dos interessados, "a qualquer momento, provocar o retrocesso a etapas já vencidas no curso procedimental [...], sempre que não for observada a oportunidade legal para a prática de determinado ato ou, ainda, por haver o interessado realizado ato incompatível com o outro" (GRINOVER. Ada Pellegrini. As nulidade no processo Penal. Revista dos Tribunais, São Paulo. 2007. p. 36) (REsp n. 2.049.643/DF, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 12/9/2023, DJe de 29/9/2023, grifamos).

Em arremate, também se esquece que, regra geral:

O protagonismo do magistrado na oitiva das testemunhas não configura nulidade sem demonstração de prejuízo" (AgRg no HC n. 913.176/CE, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 4/12/2024, DJEN de 10/12/2024) (AgRg no HC n. 866.876/MA, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 26/3/2025, DJEN de 31/3/2025, grifamos).

O protagonismo do magistrado na condução da audiência de instrução não configura nulidade sem demonstração de prejuízo concreto (AgRg no HC n. 953.308/PR, relator Ministro Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP), Sexta Turma, julgado em 14/5/2025, DJEN de 27/5/2025, grifamos).

Realizadas as digressões preambulares acima, convém sublinhar que, dos excertos transcritos, deflui-se que o acórdão hostilizado destoa do (iterativo) entendimento trilhado por ambas as Cortes Superposição quanto à observância dos requisitos *mínimos* afetos ao regramento do reconhecimento pessoal e/ou fotográfico, sob os contornos do 212, parágrafo único, c/c a dicção do art. 3º-A, ambos do CPP, cuja transcrição se faz oportuna:

Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação (grifamos).

Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

*Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o **juiz poderá complementar** a inquirição (grifamos).*

Num primeiro esquadro, não se olvida este Sodalício que – malgrado o advento da Lei n. 11.690/2008 tenha abolido da (ordinária) instrução processual o sistema *presidencialista* (exceto na segunda fase do escalonado rito do Júri), com a determinação da inquirição "direta" das testemunhas pelas partes (*direct examination*) e atuação **supletiva** do Estado-juiz (na busca da verdade real), mas ainda albergado pelo **princípio do impulso oficial** (STF, ADI's n. (s) 6.298/DF, 6.300/DF, 6.305/DF, Rel. Min. Luiz Fux, Dje. 19/12/2023) – eventual inobservância do regramento do art. 212 do CPP, por consubstanciar nulidade *relativa*:

a) caso não suscitada pela parte *em momento oportuno*, na forma do art. 571, VIII, do CPP, convalida-se por incidência do instituto da preclusão; e,

b) eventual prejuízo processual suportado pelo jurisdicionado **não se presume** (por si só e *ex lege*), mas deve ser empiricamente demonstrado nos autos (*pas nullité sans grief*), nos termos do art. 563 do CPP.

Nesta ordem de ideias, para o Tribunal da Cidadania, na busca da verdade real (ou substancial), mas de forma "complementar":

[c]ontinua sendo possível ao magistrado indagar as testemunhas durante a instrução, diante do impulso oficial do processo. Com efeito, a jurisprudência desta Corte de Justiça, no sentido de que a inquirição das testemunhas pelo Juiz, [...] com a inversão da ordem prevista no art. 212 do Código de Processo Penal, constitui nulidade relativa, que exige a demonstração do efetivo prejuízo, conforme o disposto no art. 563 do mesmo Estatuto, para que seja alcançada a anulação do ato (AgRg no RHC n. 148.274/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, julgado em 15/6/2021, DJe 25/6/2021) - (AgRg no HC n. 787.903/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 19/12/2022) (REsp n. 1.977.897/MS, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 10/9/2024, DJe de 13/9/2024, grifamos).

Enquadramento (processual) que, todavia, não se coaduna ao caso em apreço, pois, malgrado Tribunal *a quo* tenha rechaçado o aventado malferimento aos arts. 212 e 226, ambos do CPP, sob o (raso e abstrato) fundamento de que [o] magistrado formulou as indagações iniciais basicamente *questionando como se deram os fatos* (e-STJ fl. 548, grifamos), em juízo, ao revés, o Magistrado singular, de forma atropelada e deletéria – ao *protagonizar e direcionar* [como inquisidor] o procedimento de reconhecimento fotográfico, em manifesto (ínsito) *prejuízo* persecutório à acusada (Emilse) pela adoção *similar* da espúria metodologia intitulada "*show-up*" –, averbou [conforme

notas taquigráficas extraídas por seu patrono do *sistema audiovisual* (e-STJ fl. 350) de gravação], *in verbis*:

*A acusada **específica** deste processo **é essa que está com o nome circulado** (MM. Juiz, gravação audiovisual testemunha Laura 02:35 até 02:50). “A foto **delas** tá aqui, folhas 18, **seriam essas 04**. A senhora, vê se a senhora reconhece a acusada especificamente neste processo se **é a da foto superior direita que eu circulei ai, chama Emilse Susana**” (MM. Juiz, gravação audiovisual testemunha Tais 08:20 até 08:50) (e-STJ fl. 731, grifamos).*

No contexto delineado, além do douto magistrado **não ter atuado de forma residual** (supletiva) – na possível *busca da verdade real* –, houve flagrante e *prejudicial direcionamento* (com manipulação individual) no maculado procedimento de reconhecimento, com fotografia **circulada** /destacada da ré pelo condutor do ato instrutório perante as testemunhas inquiridas, de forma a influir (indevida e inexoravelmente) na autoria delitiva *sinalizada*.

Em suma, no caso em testilha, não houve pelas instâncias ordinárias a *mínima* observância aos rigores formais do encetado procedimento de reconhecimento fotográfico da acusada.

Tal ato, por certo, à luz do determinante postulado do *devido processo legal*, revela-se passível de anulação, porquanto despido de qualquer imparcialidade "objetiva" e, notadamente (pela interpretação sistêmica dos arts. 3º, 3º-A, 212, parágrafo único, 226, 563 e 564, IV, todos do CPP, c/c o art. 6º do CPC), em franco descompasso ao subjacente *sistema acusatório*, cuja "paridade de armas", entre os sujeitos do *dialético modelo cooperativo (não inquisitivo)* do processo penal pátrio contemporâneo, constitui *intransponível* e pétreo direito "nuclear" (*SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria*), mínimo, da parte.

Enquadramento (processual e material reflexivo) que evidencia incontestemente **prejuízo insito** à *ampla defesa* (AgRg no HC n. 751.363/SC, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 10/6/2024, DJe de 12/6/2024, grifamos).

À guisa de conclusão:

*Tal proceder **fere frontalmente a paridade de armas** e, por consequência, **torna insito o prejuízo decorrente da nulidade** (AgRg no HC n. 735.027/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), relator para acórdão Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 26/9/2023, DJe de 4/10/2023, grifamos).*

Em casuísticas similares, esta Corte de Promoção Social já verberou:

*O reconhecimento pessoal realizado no caso foi inválido, pois **ocorreu na modalidade "show-up" [...] e mediante montagem fotográfica apenas com a imagem do investigado, o que viola as garantias***

mínimas do procedimento previsto no art. 226 do CPP (AgRg no REsp n. 2.105.657/RS, relatora Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 19/2/2025, DJEN de 24/2/2025, grifamos).

HABEAS CORPUS. NULIDADE. [...] INQUIRIÇÃO JUDICIAL. ART. 212 DO CPP. INQUIRIÇÃO DIRETAMENTE PELO MAGISTRADO. IMPOSSIBILIDADE. PROTAGONISMO DO JUIZ. [...] PREJUÍZO EVIDENCIADO. PROVAS DA CONDENAÇÃO FORAM AS OBTIDAS POR MEIO DO PROCEDIMENTO IRREGULAR. ART. 212 DO CPP. VIOLAÇÃO. LIMINAR DEFERIDA PARA DETERMINAR A SUSPENSÃO, ATÉ O JULGAMENTO DO MÉRITO DO PRESENTE WRIT, DOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DA IMPETRAÇÃO OU PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. LIMINAR CONFIRMADA.

1. Inicialmente, registre-se que, conforme reiterada jurisprudência dos Tribunais Superiores, o reconhecimento de vício que possibilite a anulação de ato processual exige a efetiva demonstração de prejuízo ao acusado, consoante o previsto no art. 563 do Código de Processo Penal (pas de nullité sans grief) - (RHC n. 154.359/RJ, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 7/6/2022, DJe de 23/6/2022).

2. Na instrução processual, a inquirição da testemunha deverá ser feita a partir de perguntas formuladas diretamente pelas partes, podendo o Juiz completar a inquirição, em relação aos pontos não esclarecidos (art. 212 do CPP).

3. No caso dos autos, verifica-se que, na audiência de instrução de julgamento, a inquirição das testemunhas foi protagonizada pela Magistrada, que formulou a maioria das perguntas, tendo a defesa realizado questionamentos e a representante do Ministério Público abstendo-se de inquirir as testemunhas, vítima ou acusado, mesmo diante da impugnação da defesa.

4. Assim, evidenciado que a Magistrada assumiu o protagonismo na inquirição de testemunhas, restou evidenciado a violação ao art. 212 do CPP. Tendo a prova sido produzida irregularmente, presumido o prejuízo sofrido pela defesa do paciente, uma vez que é inviável avaliar a instrução processual se o Juízo, de plano, tivesse obedecido ao dispositivo tido por violado.

5. Ordem concedida para anular os atos processuais realizados na Ação Penal n. 0079993-54.2014.8.26.0050, da 22ª Vara Criminal do Foro Central Criminal da comarca de São Paulo/SP, a partir da audiência de instrução e julgamento.

(HC n. 735.519/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 22/8/2022, grifamos).

Nessa linha de intelecção, para este Sodalício:

O ordenamento jurídico-positivo admite o poder probatório do magistrado, desde que preservado o caráter subsidiário e destituído de protagonismo, sob pena de violação ao sistema acusatório (AgRg no HC n. 744.002/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 20/9/2022, DJe de 5/10/2022) (AgRg no AREsp n. 2.669.837/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 20/8/2024, DJe de 27/8/2024, grifamos).

De mais a mais, consoante já sufragado pela Suprema Corte:

As formalidades previstas no artigo 226 do Código de Processo Penal são essenciais à valia do reconhecimento, que, inicialmente, há de ser feito por quem se apresente para a prática do ato, a ser iniciado com a descrição da pessoa a ser reconhecida. Em seguida, o suspeito deve ser colocado ao lado de outros que com ele guardem semelhança, a fim de que se confirme o reconhecimento. A cláusula "se for possível", constante do inciso II do artigo de regência, consubstancia exceção, diante do princípio da razoabilidade. O vício não fica sanado pela corroboração do reconhecimento em juízo, também efetuado sem as formalidades referidas. Precedentes (HC 75331, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 02-12-1997, DJ 06-03-1998 PP-00003 EMENT VOL-01901-02 PP-00294, grifamos).

Para o Pretório Excelso, em situação parêntese, onde constatada ilegalidade flagrante, *ex officio*, foram rechaçados os pedidos:

[r]econhecimentos fotográfico e pessoal do Agravante e do Corréu, realizados mediante a técnica de show up, nos quais não foram observadas as formalidades mínimas previstas no art. 226 do CPP (STF, ARE n. 1.422.208, Relator (a): Min. Alexandre de Moraes, Julgamento: 22/03/2023, Publicação: 24/03/2023, grifamos).

Nesse panorama, (*ex vi* dos arts. 3º, 3º-A, 212, parágrafo único, 226, 563, 564, IV, e 573, todos do CPP, c/c o art. 6º do CPC) tem-se por impositiva a (parcial) anulação do feito, com efeitos desconstitutivos (*ex tunc*), modulada [à luz do subjacente princípio da *causalidade* ou da *interdependência* dos atos processuais] à audiência de instrução da ré (Enilse Susana Hugo) (e-STJ fls. 350-351), extensiva sobre os elementos de convicção e demais atos processuais dela *decorrentes*.

Todavia, por se tratar de recurso exclusivo da defesa, **com denúncia recebida em 02/05/2016** (e-STJ fl. 403, grifamos), e em atenção ao peremptório *efeito prodômico* da sentença (*reformatio in pejus* "indireta"), *in casu*, com condenação da increpada, revisada e liquidada pelo Tribunal *a quo*, no *quantum* de *três (3) anos, onze (11) meses e dezoito (18) dias de reclusão* (e-STJ fl. 545), declara-se, de ofício, em seu favor [*ex vi* dos arts. 107, IV, 109, IV, 110, § 1º, e 117, I, todos do CP, c/c os arts. 61, *caput*, 617, 647-A e 654, § 2º, todos do CPP] – diante do **transcurso do lapso de 08 (oito) anos**, do aludido marco interruptivo até a presente assentada –, a prescrição superveniente (intercorrente) da pretensão punitiva Estatal.

A propósito:

Desconstituída a condenação - e o marco interruptivo da prescrição dela decorrente - **está extinta a punibilidade do Agravante pela prescrição da pretensão punitiva**. Como não houve recurso acusatório contra o acórdão que confirmou a sentença, **em eventual**

nova condenação [...] as reprimendas não poderiam ser superiores àquelas fixadas na sentença ora anulada, pela vedação à reformatio in pejus indireta (AgRg no AREsp n. 1.815.689/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 22/6/2021, DJe de 30/6/2021, grifamos).

[n]o que diz respeito à situação advinda de recurso exclusivo da defesa - ou de habeas corpus -, enquanto a ne reformatio in pejus direta indica a proibição de agravamento por Juízo de instância superior, a ne reformatio in pejus indireta se refere à vedação de piora por Juízo da mesma instância, tendo em vista a anulação de decisão anterior (REsp n. 1.542.007/MT, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/3/2018, DJe de 2/4/2018) (AgRg no HC n. 508.076/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 26/11/2019, DJe de 2/12/2019, grifamos).

Ante o exposto, dou provimento ao agravo regimental. De ofício, declaro extinta a punibilidade Estatal em prol da paciente (Enilse Susana Hugo), pela corolária prescrição constatada.

É o voto.