

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE  
JUSTIÇA DE ESTADO DE SÃO PAULO

Ref: Autos nº XXXXXXXXXXXXXXX

K., portador do Registro Geral (RG) XXX, e devidamente inscrito no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda (CPF/MF) n. XXX, residente e domiciliado no Endereço XXX, vem, respeitosamente perante Vossa Excelência, por meio de seus advogados, apresentar tempestivamente

### **RECURSO DE APELAÇÃO**

com fundamento no artigo 593, inciso I, do Código de Processo Penal, pelas razões de fato e direito a seguir expostas.

## A – DOS FATOS

No dia XX/XX/XXXX, às XX:XX horas, a vítima, P., ao esperar pela abertura do portão da garagem de sua residência, foi interpelada por três indivíduos que declararam tratar-se de um de um assalto, posteriormente, a trancaram no banheiro de sua residência, cômodo no qual passou a ser vigiada por um dos assaltantes, que, de acordo com o depoimento prestado pela vítima, estava armado.

A fim de levar a ocorrência ao conhecimento das autoridades, P. foi à casa de seu vizinho, onde telefonou à polícia, a fim de informar o ocorrido e descrevendo o tipo de vestimenta que trajava o assaltante que o manteve preso no banheiro.

Dois dias após a ocorrência, P. foi avisado por agentes da Polícia Civil que seus bens haviam sido localizados, bem como que um dos supostos integrantes do assalto, J., encontrava-se preso.

Ele fazia parte de uma quadrilha que já vinha sendo observada há meses, tendo os bens de P. que foram subtraídos, sido encontrados em um terreno baldio próximo à residência de seus integrantes.

Todavia, ao ser instado a reconhecer J., P. afirmou que só tivera contato mais intenso com o assaltante que o havia vigiado no banheiro, que não era J. Os policiais, então, mostraram à vítima uma foto do *Facebook* de J na qual o suspeito aparecia ao lado de outro homem, K.

A partir dessa foto obtida da rede social de J., P. afirmou que a pessoa que o prendeu no banheiro era, de fato, K. Por conta disso, foram lavrados autos de reconhecimento positivo e, face de J. e K.

Diante destes supostos reconhecimentos, o Ministério Público ofereceu, cinco dias depois, denúncia contra ambos, enquadrando-os no tipo penal de roubo – artigo 157 do Código Penal. Uma vez em juízo, P. reconheceu, dentre seis indivíduos apresentados numa sala, J. e K.

Pouco caso foi feito do fato de que a imparcialidade

cognitiva da vítima já havia sido comprometida por conta de autoridades policiais já haver lhe pressionado a induzido a reconhecer ambos os acusados

J. e K. foram condenados pelo d. juiz de primeira instância, à pena de 5 anos e 8 meses de prisão pela prática de roubo, majorado por concurso de agentes e emprego de arma de fogo.

Bem por isso, conforme será demonstrado de forma pormenorizada no presente *recurso de apelação*, a sentença que pronunciou K. e J. padece de graves erros, os quais devem ser sanados por esse MM. Tribunal de Justiça.

**B - DO DIREITO**

**I. DA NÃO OBSERVÂNCIA DO ARTIGO 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

O que se espera com o presente recurso de apelação é apresentar a esta Egrégia Corte mais um dos inúmeros casos em que a não observância dos critérios normativos estabelecidos pela norma processual penal em vigor acarreta, necessariamente, em gravíssima ilegalidade contra os cidadãos, criando com isso, verdadeira afronta ao direito democrático do devido processo penal e do princípio da legalidade, desencadeando um arcabouço jurídico que condena e encarcera inocentes e os submetem às masmorras insalubres das instituições prisionais brasileiras.

Pretende-se, antes de mais nada, questionar não só a r. sentença, como também, se é plausível **uma condenação totalmente galgada no reconhecimento da autoria delitiva mediante intervenção de terceiros alheios ao fato delituoso**, um reconhecimento fotográfico trazido pela própria vítima após escutar de autoridades policiais que o APELANTE supostamente faria parte de uma quadrilha que estava no radar da polícia.

Assim, após os apontamentos preliminares, passa-se, então, a análise jurídica da questão, uma vez que o próprio texto legal destaca, neste ponto, que a **formalidade do reconhecimento é imprescindível para dar validade ao ato**. Sem ela, o reconhecimento não apresenta qualquer valor probatório. E não poderia diferente.

A legislação processual penal, notadamente o artigo 226 do Código de Processo Penal, estabelece os procedimentos que devem ser adotados para a realização do ato.

Nesse ponto, vale atenção às lições de AURY LOPES JR.<sup>1</sup>, no sentido de que o reconhecimento pessoal é "*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*"

O Código de Processo Penal prevê, em seu artigo 226, um procedimento específico a ser observado "*quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa*". Eis o texto legal:

*"Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:*

*I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;*

*II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;*

*(...)*

*IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais".*

A leitura do dispositivo legal supra transcrito torna inequívoca a conclusão no sentido de que, para que seja realizado o reconhecimento, necessário se faz (i) a **descrição** do suposto autor do crime, (ii) a **comparação** com pessoas "*que com ele tiver qualquer semelhança*" e (iii) a **lavratura de auto pormenorizado**, isto é, com o detalhamento de todas as informações angariadas durante o ato de reconhecimento.

---

<sup>1</sup> LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. Ed. 11. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 701

Trata-se de procedimento por meio do qual se vincula determinado indivíduo a um fato criminoso. Assim, é imprescindível que **todos os requisitos previstos na legislação para a execução do ato sejam devidamente observados**. Caso contrário, a prova será considerada absolutamente nula.

A formalidade do ato de reconhecimento, portanto, não é mera liberalidade da autoridade que o conduz, mas uma garantia do acusado para que possa se defender de forma adequada, em absoluta reverência aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, erigidos à condição cláusulas pétreas no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal.

Este é o entendimento de GUSTAVO BADARÓ:

*"(...) o reconhecimento fotográfico não é uma prova atípica, mas um meio de prova irritual, que vulnera o procedimento probatório previsto no art. 226, substituindo a segunda fase de comparação física e ao vivo da pessoa a ser reconhecida pela comparação fotográfica. Não se trata, pois, de um simples caso de prova atípica, que seria admissível ante a regra do livre convencimento judicial. As formalidades de que se cerca o reconhecimento pessoal são a própria garantia da viabilidade do reconhecimento como prova, visando a obtenção de um elemento mais confiável de convencimento"<sup>2</sup>*

Outro não é o entendimento jurisprudencial a respeito da necessidade de cumprimento de todas as formalidades previstas no ordenamento jurídico pátrio quando da realização do ato de reconhecimento:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. REVISÃO CRIMINAL (...). RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO EM SEDE POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DAS FORMALIDADES CONTIDAS NO ARTIGO

---

<sup>2</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 483/484.

226 DO CPP (...).

*1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite a possibilidade de reconhecimento do acusado por meio fotográfico, desde que observadas as formalidades contidas no art. 226 do Código de Processo Penal<sup>3</sup>.*

Assim, é indene de dúvidas que, para que o ato de reconhecimento tenha valor probatório, **deve ele seguir estritamente as previsões contidas na legislação processual penal a seu respeito.**

Isto é: segundo previsto na legislação processual penal, antes de se iniciar o efetivo reconhecimento, deve a vítima ou a testemunha indicar previamente todas as características do autor do crime. A importância de tal formalidade é expressa por JOSÉ FREDERICO MARQUES:

*"(...) no auto de reconhecimento, deve-se lançar, desde logo, tudo o que foi previamente dito pelo ofendido ou pela testemunha, no tocante à descrição da pessoa que deva ser reconhecida. Só assim, ter-se-á documentação segura de todos os momentos desse ato probatório"*<sup>4</sup>

Conquanto tais conclusões sejam inequívocas, decorrentes da mera interpretação do texto legal, **no presente caso, o suposto reconhecimento do APELANTE se deu de forma diametralmente oposta, em absoluto desrespeito às previsões contidas no ordenamento jurídico pátrio.**

Ademais, foi apresentado à vítima apenas **um único suspeito** como sendo aquele que possivelmente o manteve no banheiro durante a ocorrência do roubo, violando a prescrição do artigo 226, II, supratranscrito.

---

<sup>3</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 483/484.

<sup>4</sup> FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de direito processual penal*. V. IV. 3ª ed. Campinas: Millenium, 2009, p. 333.

Nesse sentido, a despeito da inadmissibilidade do reconhecimento fotográfico, que será abordado em seção própria, não foi proporcionado à vítima realizar a identificação do suspeito a partir da comparação entre ele e outras pessoas fisicamente semelhantes, conforme previsto pela legislação processual penal.

A autoridade policial, no momento em que solicitou à vítima que realizasse o reconhecimento pessoal sem observar as formalidades do artigo 226, apresentou-lhe apenas um indivíduo como possível partícipe do crime, induzindo-lhe a identificá-lo como quem o manteve no banheiro durante a realização do crime.

Cumprе salientar que, ainda que realizasse o reconhecimento do suspeito através de reconhecimento fotográfico, o artigo 226, II, prescreve que **o suspeito deve ser colocado ao lado de outras pessoas semelhantes a ele sempre que possível.**

Ora, no caso em questão a autoridade policial **não possuía nenhum entrave ao cumprimento no referido dispositivo.** Pelo contrário, o suspeito a ser reconhecido pela vítima foi desde logo **apresentado como amigo do outro suspeito já preso,** viciando o juízo de reconhecimento da vítima e violando o princípio da presunção de inocência.

Dessa maneira, a apresentação do suspeito de forma isolada é mais um fator que corrobora o desrespeito ao artigo 226 do Código de Processo Penal, cujos preceitos vão além de mera formalidade e constituem regras de observância obrigatória pelas autoridades policiais sob pena de **violação do devido processo legal e do princípio da presunção de inocência.**

Assim, **o reconhecimento fotográfico realizado pela vítima em sede policial é nulo,** porquanto deu-se em absoluta inobservância às formalidades imprescindíveis à sua validade jurídica, previstas no artigo 226 do Código de Processo Penal, bem como apontou isoladamente um único suspeito a ser reconhecido pela vítima, violando a presunção de inocência e desrespeitando o devido processo legal.

## II. DA INADMISSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO

O reconhecimento fotográfico é, por si só, método bastante temerário, capaz de induzir a um indevido ao reconhecimento pessoal, pois a fotografia cria um estereótipo de criminoso, um padrão de delinquente, uma imagem que tende a ser confirmada no reconhecimento pessoal. Desta forma entende o Supremo Tribunal Federal:

*"A vítima lury foi quem reconheceu todos os denunciados, a teor de fls. 62. Contudo, o fez na forma dos demais, fotograficamente. É pacífico o entendimento jurisprudencial, bem como o doutrinário, no sentido de reconhecer como temerário o reconhecimento fotográfico."*<sup>5</sup>

Ainda, de acordo com AURY LOPES JÚNIOR, a própria forma como é dado o reconhecimento fotográfico induz ao erro, pois a vítima já é convidada pela autoridade policial a buscar uma pré-identificação do suspeito - há um efeito indutor gravíssimo, que contamina o posterior reconhecimento pessoal:

*"Muitas vezes, antes da realização do reconhecimento pessoal, a vítima/testemunha é convidada pela autoridade policial a examinar "álbuns de fotografia", buscando já uma pré-identificação do autor do fato. O maior inconveniente está no efeito indutor disso, ou seja, estabelece-se uma "percepção precedente", ou seja, um pré-juízo que acaba por contaminar o futuro reconhecimento pessoal. Não há dúvida de que o reconhecimento por fotografia (ou mesmo quando a mídia noticia os famosos "retratos falados" do suspeito) contamina e compromete a memória, de modo que essa ocorrência passada acaba por comprometer o futuro (o reconhecimento pessoal), havendo uma indução em erro. Existe a formação de uma imagem*

---

<sup>5</sup> (STF - HC: 172606 SP - SÃO PAULO, Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 31/07/2019, Data de Publicação: DJe-169 05/08/2019)

*mental da fotografia, que culmina por comprometer o futuro reconhecimento pessoal. Trata-se de uma experiência visual comprometedora. Portanto, é censurável e deve ser evitado o reconhecimento por fotografia (ainda que seja mero ato preparatório do reconhecimento pessoal), dada a contaminação que pode gerar, poluindo e deturpando a memória. Ademais, o reconhecimento pessoal também deve ter seu valor probatório mitigado, pois evidente sua falta de credibilidade e fragilidade.”<sup>6</sup>*

Desta forma, é possível compreender que quando há reconhecimento fotográfico, há uma tendência muito robusta que tal reconhecimento seja confirmado posteriormente, em sede de juízo, quando realizado reconhecimento pessoal.

O próprio reconhecimento por meio da memória não é isento de erros, tendo em vista que mesmo um fato que um considera lembrar precisamente, pode ser distorcido, tratando-se uma falsa memória.

Neste caso, o reconhecimento fotográfico dado em fase de Inquérito Policial se deu de forma manifestamente ilegal, já que não se respeitou, como supramencionado, o procedimento descrito no artigo 226 do Código de Processo Penal - em resumo: (i) não houve descrição prévia das características do APELANTE, (ii) a foto de K. não foi colocada ao lado de outras com características físicas similares, (iii) o reconhecimento só foi feito pela vítima posteriormente às autoridades policiais apontarem o suposto envolvimento de K. e J. com uma quadrilha da região - induzindo a compreensão da ora vítima, já tendo uma visão estigmatizada do APELANTE no momento em que realizou o reconhecimento fotográfico.

---

<sup>6</sup> (LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, excertos das p. 512-513)

O fato do reconhecimento fotográfico ter sido realizado de forma manifestamente ilegal faz com o posterior reconhecimento pessoal perca toda sua eficácia - o que poderia ser um possível ato probatório torna-se ato meramente simbólico - apenas uma confirmação do que já foi entendido através do reconhecimento fotográfico.

Por mais que o reconhecimento pessoal tenha seguido todas as formalidades expostas em lei, ele é confirmação de um ato de um ato contaminado - um fruto de uma árvore envenenada - e, de acordo com GUILHERME MADEIRA DEZEM: *"as provas ilícitas acabam por contaminar todas as demais provas que dela sejam conseqüências"*<sup>7</sup>

A doutrina da ilicitude por derivação repudia meios probatórios, mesmo que produzidos seguindo o procedimento correto positivado em lei, que estejam contaminados por uma ilicitude originária que a eles se transmite.

No caso em tela, pode-se entender que há um profundo constrangimento ilegal, já que o APELANTE foi condenado unicamente com base em provas ilícitas - tanto prova contaminada por *ilicitude originária* (reconhecimento fotográfico), quanto por *ilicitude por derivação* (reconhecimento pessoal em juízo). Já entende o Supremo Tribunal Federal:

*"Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica*

---

<sup>7</sup> DEZEM, Guilherme Madeira. Da Prova Penal. 1ª edição. São Paulo: Millenium, 2008. P. 134

*ao poder do Estado em face dos cidadãos...”<sup>8</sup>*

Destarte, sendo nula a única prova na qual apoiou-se o r. *decisum* ora impugnado para sustentar a existência de indícios de autoria em relação ao APELANTE, necessário se seja anulada a r. sentença, uma vez que não está demonstrada a sua autoria nos fatos delitivos apurados.

### **III. DA INÉPCIA DA DENÚNCIA E CONFIABILIDADE DA MEMÓRIA**

A denúncia em questão é inepta, uma vez que não há indício de autoria que a sustente. É dever do órgão acusatório fundamentar a conduta delituosa atribuída ao réu, descrevendo suas circunstâncias e esclarecimentos que permitam a identificação do agente, conforme disposto pelo Código de Processo Penal:

*Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.*

No caso em tela há uma flagrante violação ao dispositivo de lei mencionado e, portanto, do devido processo legal no oferecimento de denúncia baseado em elementos incapazes de demonstrar razoáveis indícios de autoria.

Ainda que tenha havido reconhecimento do APELANTE em juízo, por parte da vítima, este ocorreu sob forte indução pelas autoridades policiais, contrariando a negativa do reconhecimento pessoal anterior.

Não são poucos também os estudos que apontam para a ocorrência de falsa memória quando indivíduos se encontram sob manipulação endógena e exógena e seus impactos notáveis sobre o processo penal. A memória humana é considerada frágil e manipulável.

---

<sup>8</sup> (STF – RHC: 90376 RJ, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 02/04/2007, Segunda Turma, data de publicação: Dje- 018 DIVULG 17-05-2007 DJ 18-05-2007 PP-00113 EMENT VOL - 02276-02 PP003221 RT v. 96, n. 864, 2007, p. 510-525 RCJ v. 21, n 136, 2007, p 145-147)

Cabe ainda observar que as falsas memórias se diferenciam da mentira, essencialmente, porque, nas primeiras, o agente crê honestamente no que está relatando, pois a sugestão é externa (ou interna, mas inconsciente), chegando a sofrer com isso. Já a mentira é um ato consciente, em que a pessoa tem noção do seu espaço de criação e manipulação.

No caso em tela, é possível considerar a boa fé da vítima, que teve sua percepção manipulada por fatores externos e pelo trauma decorrente da situação à qual fora submetido durante o roubo. Esses elementos representam um grande risco à credibilidade da prova testemunhal.

Diferente do que se pode imaginar, as imagens captadas pela visão não são definitivamente retidas pela memória, conforme explica ANTÔNIO DAMÁSIO:

*“As imagens não são armazenadas sob forma de fotografias de coisas, de acontecimentos, de palavras ou de frases. O cérebro não arquiva fotografias Polaroid de pessoas, objetos, paisagens; não armazena fitas magnéticas com música e fala; não armazena filmes de cenas de nossa vida; nem retém cartões com ‘deixas’ ou mensagens de teleprompter do tipo daquelas que ajudam os políticos a ganhar a vida. (...) Se o cérebro fosse uma biblioteca esgotaríamos suas prateleiras à semelhança do que acontece nas bibliotecas”.*<sup>9</sup>

Uma informação enganosa tem o potencial de criar uma falsa memória, afetando a recordação humana, podendo isso ocorrer quando somos interrogados de forma sugestiva. Isso já foi comprovado pelo estudo *“Perdido no Shopping”* conduzido por Elizabeth Lotus, que demonstrou ser possível implantar uma falsa memória de um evento que nunca ocorreu. Mais do que mudar detalhes de uma memória, o que não apresenta complexidade ainda menor, a autora demonstrou que é possível criar inteiramente uma memória de evento que nunca ocorreu<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> DAMÁSIO, António R. O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano. Trad. Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Cia das Letras, 2012, p. 105-106.

<sup>10</sup> “Criando falsas memórias.” Artigo publicado na Scientific American em setembro de 1997 (tradução pode ser obtida no site [www.geocities.com/athens/acropolis/6634/falsamemoria.htm](http://www.geocities.com/athens/acropolis/6634/falsamemoria.htm)).

Assim, nos parece ter sido a criação de uma falsa memória o que motivou a denúncia, carecendo a mesma, portanto, de fundamento, uma vez que não é possível atestar a credibilidade do método utilizado para o reconhecimento dos réus.

Ainda, o emprego exclusivo do reconhecimento fotográfico para oferecimento de denúncia caracteriza total ilegalidade. Assim é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

*“É possível o reconhecimento do acusado por meio fotográfico, mas desde que, em Juízo, sejam observadas as formalidades contidas no art. 226 do Código de Processo Penal”.<sup>11</sup>*

*“Reconhecimento fotográfico somente deve ser considerado como forma idônea de prova, quando acompanhada de outros elementos aptos a caracterizar a autoria do delito”<sup>12</sup>*

Ou seja, eventual irregularidade cometida no inquérito policial estaria sanada na fase judicial, caso o juízo processante realizasse, agora sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, todas as formalidades legais descritas no artigo 226 do Código de Processo Penal . Ou seja, admite-se o reconhecimento fotográfico apenas como instrumento-meio; nunca como ato probatório autônomo.

No caso, há flagrante violação ao ordenamento, pois além das questões já suscitadas, tampouco houve auto pormenorizado de reconhecimento (incisos II e IV, respectivamente, do art. 226 do CPP). Não foi realizado nenhum reconhecimento pessoal – dotado da formalidade prevista em lei – a ponto de substituir o (ilegal) reconhecimento por fotografia feito perante a autoridade policial e o posterior reconhecimento pessoal sob coação.

Clara portanto a ilegalidade do reconhecimento realizado, pois utilizado de forma isolada no feito, mostrando-se eloquente e necessária a

---

<sup>11</sup> HC 136.147, 5ª Turma, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe 03/11/2009).

<sup>12</sup> (HC nº 27.893, Quinta Turma, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJ 03/11/2003).

declaração da nulidade do ato, forte ao art. 564, IV, do CPP – devendo ser desentranhado dos autos e conseqüentemente desconsiderado para fins de análise probatória.

#### IV. DA INÉPCIA DA DENÚNCIA PELA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA

No caso em tela, verifica-se a ausência do preenchimento da justa causa e, conseqüentemente, a inépcia da denúncia lavrada contra J. e K.

A justa causa é motivo de inépcia da denúncia, como previsto no artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal, sendo configurada pela doutrina como lastro probatório mínimo do fato imputado na denúncia, isto é, a existência de prova da existência do crime e indícios de autoria.

Como demonstrado anteriormente, os processos de reconhecimento pessoal e fotográfico de J. e K. não obedeceram aos ritos previstos no artigo 226 do Código Processo Penal, além do auto de reconhecimento pessoal positivo de J. ter sido arguido pelo Ministério Público, mesmo após P. afirmar que não o reconhecia e que não havia tido contato com o mesmo.

Ou seja, não houve reconhecimento pessoal realizado por P., tendo sido alegado pelo MP a autoria de J. por mera associação do mesmo com K., sem haver qualquer indício mínimo que comprove a autoria do crime pelo mesmo. Tal situação é completamente impossível, considerando que é lógico o entendimento que, a partir do artigo 226 do CPP, o reconhecimento deve ser realizado por pessoa envolvida de alguma forma no crime, que o testemunhou de alguma forma, não sendo o caso com o MP. O reconhecimento da inaptidão da denúncia em decorrência da justa causa, e as conseqüência do processo penal instaurado sem a mesma são amplamente reconhecidos pela doutrina e já integram a jurisprudência de cortes superiores:

*“A finalidade da justa causa é evitar que denúncias ou queixas infundadas ou mesmo sem uma viabilidade aparente possam prosperar. Inegável o caráter infamante do processo penal. É exato que, sob o ponto de vista jurídico, a garantia constitucional da presunção de inocência, enquanto regra de*

*tratamento do acusado, assegura que nenhuma diferenciação possa existir entre, de um lado, aquele que é acusado de um delito, sem que haja uma condenação transitada em julgado contra si e, de outro, qualquer cidadão que nunca foi processado. Mas também é certo que, do ponto de vista moral, social e mesmo psicológico, o simples fato de estar sendo processado criminalmente é um pesadíssimo fardo a ser carregado pelo acusado. Ser réu em processo criminal é, portanto, de alguma forma, já estar sendo punido.*<sup>13</sup>

*PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA. ELEMENTOS OBJETIVO E SUBJETIVO ESPECIAL DO TIPO. DESCRIÇÃO INSUFICIENTE. FALTA DE JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS MÍNIMOS A REVELAR AUTORIA E MATERIALIDADE. DEMONSTRAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.*

*1. O trancamento da ação penal em sede de habeas corpus é medida excepcional, somente se justificando se demonstrada, inequivocamente, a ausência de autoria ou materialidade, a atipicidade da conduta, a absoluta falta de provas, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade ou a violação dos requisitos legais exigidos para a exordial acusatória.*

*2. Para caracterização do delito de associação criminosa, indispensável a demonstração de estabilidade e permanência do grupo formado por três ou mais pessoas, além do elemento subjetivo especial consiste no ajuste prévio entre os membros com a finalidade específica de cometer crimes indeterminados. Ausentes tais requisitos, restará configurado apenas o concurso eventual de agentes, e não o crime autônomo do art. 288 do Código Penal.*

*3. Na hipótese vertente, o Ministério Público não logrou êxito em descrever suficientemente os elementos objetivo e subjetivo do tipo penal, prejudicando o exercício da ampla defesa e do contraditório. Partindo da análise de um delito de roubo isoladamente considerado, concluiu, genericamente, pela existência de associação criminosa, sem a devida elucidação de que o paciente integrasse grupo criminoso estável e*

---

<sup>13</sup> G. Badaró, *As Condições da Ação Penal*, 2018. Acesso em <http://www.badaroadvogados.com.br/20-062017-as-condicoes-da-acao-penal.html>

*permanente, tampouco que estivesse imbuído do ânimo de se associar com vistas à prática conjunta de crimes indeterminados, tornando inepta a inicial.*

*4. Além disso, dos elementos de informação expressamente referenciados pela peça vestibular (prova pré-constituída), não ressuma a existência de indícios mínimos de autoria e materialidade aptos à deflagração da ação penal, pelo que deve ser reconhecida a ausência de justa causa.*

*5. Ordem concedida para trancar a ação penal em relação ao paciente.*<sup>14</sup>

Ocorre que, a mero reconhecimento de suspeito por fotografia presente em rede social e, ainda mais grave, a alegação do Ministério Público de reconhecimento pessoal, mesmo depois da negativa de P., pela mera presença de uma foto em conjunto com um suspeito reconhecido, não configuram indícios de autoria do crime, principalmente pelo fato de essa ser a única sustentação para que a denúncia fosse apresentada, sem nenhuma outra prova que indicasse a autoria ou a materialidade do crime pelo apelante.

Dessa forma, resta evidente a inexistência do preenchimento do requisito da justa causa para aptidão da denúncia, configurando a incidência da hipótese prevista no inciso III do artigo 395 do Código de Processo Penal.

### **C – DO PEDIDO FINAL**

Diante do exposto, é preciso reconhecer que o APELANTE sofre grave constrangimento ilegal, oriundo de r. sentença que o condenou à pena de reclusão de 5 anos e 8 meses, e afrontou de maneira evidente os princípios basilares que regem o devido processo penal, quais sejam: o princípio da ampla defesa, o princípio do contraditório e o princípio da legalidade, pronunciando K. com base única e exclusivamente em prova produzida sem observância dos ditames legais e manifestamente inidônea.

Assim, deferido o pedido liminar, requer-se, no mérito a reforma da sentença, e a consequente absolvição do APELANTE ou, subsidiariamente, a

---

<sup>14</sup> (STJ - HC: 374515 MS 2016/0268171-0, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 07/03/2017, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/03/2017)

cassação da r. sentença em decorrência de inexistência de prova ilícita e, remessa dos autos ao juízo de primeira instância para que se possa recomeçar a fase de instrução.

Termos em que  
Pede deferimento

São Paulo, 16 de novembro de 2020.

\_\_\_\_\_  
ANNA BUDHAZI  
OAB N.º XXXXXX  
[NUSP 10340197]

\_\_\_\_\_  
HELENA FOLGUEIRA  
OAB N.º XXXXXX  
[NUSP 10338576]

\_\_\_\_\_  
NICHOLAS CIGLIONI  
OAB N.º XXXXXX  
[NUSP 10339772]

\_\_\_\_\_  
PEDRO DA SILVA  
OAB N.º XXXXXX  
[NUSP 9913384]

\_\_\_\_\_  
ANDRÉ CAIXETA  
OAB N.º XXXXXX  
[NUSP 9839972]

\_\_\_\_\_  
JOÃO VICTOR  
OAB N.º XXXXXX  
[NUSP 9011325]

\_\_\_\_\_  
BIANCA BORGES  
OAB N.º XXXXXX  
[NUSP 10340408]