



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2023.0000654445

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1069952-21.2022.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FLAVIO SILVA SANTOS, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V. U. - sustentou a Dra. Débora N. de Lima, OAB: 389553/SP", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente sem voto), LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ E RUBENS RIHL.

São Paulo, 1º de agosto de 2023

MARCOS PIMENTEL TAMASSIA

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

VOTO Nº 18.258

APELAÇÃO Nº 1069952-21.2022.8.26.0053

COMARCA: SÃO PAULO

RECORRENTE: FLAVIO SILVA SANTOS

RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Julgador de Primeiro Grau: *Marcio Ferraz Nunes*

APELAÇÃO – Responsabilidade civil do Estado – Pedido de danos morais e materiais – Pretensão à reparação civil por suposto erro judiciário – Alegação de que o autor ficou preso indevidamente por 2 anos e 6 meses em razão de falhas na investigação e no processo criminal – Sentença que julgou os pedidos improcedentes – Irresignação da parte autora - Hipótese dos autos que encarna análise sob a perspectiva geral da responsabilidade civil do Estado (art. 37, §6º, CF/88) - Previsão constitucional de que o Estado deve indenizar o condenado por erro judiciário ou aquele que ficou preso além do tempo fixado na sentença (art. 5º, LXXV, CF/88) - O autor foi identificado, por uma das vítimas, como possível coautor de roubo a uma residência ocorrido em Itapecerica da Serra em outubro de 2019 - Com base exclusivamente em identificação feita em reconhecimento fotográfico e pessoal, foi determinada a prisão temporária (posteriormente convertida em prisão preventiva do acusado) - No curso das investigações e do processo criminal, a defesa do réu alegou por diversas vezes que ele havia sido confundido com outra pessoa, fundamento que não foi acolhido pela autoridade judiciária que, ao final, condenou-o pela prática do referido delito, o que foi confirmado por este Tribunal - O acusado somente foi absolvido e solto após concessão de ordem de habeas corpus pelo STJ - Em que pese se reconheça que a jurisprudência desta Câmara não admite o arbitramento de indenização decorrente de prisão cautelar em casos de regular processo criminal, é certo que presente caso demanda solução distinta - Reconhecimento fotográfico e pessoal, únicas provas utilizadas para a decretação da prisão e para sua condenação, que foram realizados sem observar o rito do art. 226, do CPP - Inobservância do procedimento legal para o reconhecimento de pessoas que implica em nulidade da prova, conforme pacífico entendimento do STJ - Resolução CNJ nº 484/2022 que caminhou no mesmo sentido - Assim, retirado o reconhecimento pessoal e fotográfico feito em dissonância com o que prescreve o art. 226 do CPP, não havia quaisquer outros indícios da participação do autor no delito - Inexistência, portanto, dos requisitos necessários para a decretação da prisão cautelar e da condenação - A presente demanda não busca nova análise do conjunto probatório que ensejou a condenação do autor, mas permitiu a constatação de que as decisões estavam destituídas de fundamentação adequada e ignoraram os alertas de que se tratava de pessoa sem qualquer vínculo com o fato delituoso - Danos morais devidos no montante de R\$ 100.000,00 - Danos materiais devidos relativamente aos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

honorários advocatícios despendidos pelo autor para o exercício de sua defesa técnica no curso da persecução penal e quanto aos lucros cessantes que ele deixou de auferir quanto à sua remuneração - Reforma da sentença recorrida - Parcial provimento do recurso interposto.

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto por **FLAVIO SILVA SANTOS** em face da sentença de fls. 366/368 que, no âmbito de ação indenizatória por erro judiciário por ele intentada em face da **FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO** julgou os pedidos improcedentes sob o seguinte fundamento: *“No caso dos autos, contudo, a autora não se desincumbiu de seu ônus de demonstrar os requisitos necessários para a responsabilização civil da ré. Cumpre anotar que a mera absolvição, notadamente por ausência de provas de que o autor concorreu para as infrações penais que lhe foram imputadas, não conduz à inexorável conclusão de a custódia cautelar da demandante foi decretada sem que estivessem presentes os requisitos legais para tanto, de forma ilegal e abusiva. Com efeito, os requisitos necessários para a decretação da prisão preventiva não se confundem com os requisitos necessários para a prolação de sentença condenatória, já que a primeira é lastreada apenas em prova da materialidade e indícios de autora (artigo 312, caput, do Código de Processo Penal), sendo proferida em fase de cognição sumária, ao passo que a segunda, prolatada em fase de cognição exauriente, exige comprovação, não meros indícios, tanto de autoria como de materialidade. Assim sendo, possível que, a despeito de posterior absolvição, seja a prisão preventiva – ou mesmo a condenação em grau inferior - decretada de forma legal, com observância dos requisitos exigidos em lei para tanto, sem que se falar em responsabilização civil do Estado”*.

Inconformado, o autor apresentou suas razões recursais (fls. 373/415) argumentando, em síntese, que (i) houve ilegalidade e negligência estatal, ausência de requisitos legais para a prisão do autor e de provas lícitas para ensejar sua condenação; e (ii) foram verificados os requisitos necessários para a responsabilização estatal, havendo jurisprudência deste Tribunal que embasa a tese do autor. Nesse sentido, considerando estar presente o dever de indenizar, postula a reforma da sentença para que o Estado de São Paulo seja condenado ao pagamento de indenização por danos morais e por danos materiais nos valores inicialmente requeridos.

Contrarrrazões da Fazenda Pública do Estado de São Paulo às fls. 420/426, pugnando pelo não provimento do recurso interposto.

É o relatório. **DECIDO.**

De início, verifica-se que se encontram preenchidos os pressupostos recursais.

Cuida-se de ação ajuizada por Flavio Silva Santos em face da Fazenda Pública do Estado de São Paulo alegando que foi condenado e esteve preso



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

injustamente entre novembro de 2019 e março de 2022 no âmbito da ação penal nº 1504405-16.2019.8.26.0268. Diante disso, postula o seguinte (fls. 01/64):

“c) a procedência integral da ação, configurando-se a hipótese de responsabilidade civil objetiva do Estado de São Paulo (art. 37, §6º, CF) e de indenização pelo erro judiciário (art. 5º, inc. LXXV, CF), ou, ainda, pela configuração de dano indenizável decorrente de evidente negligência (culpa) dos agentes responsáveis pela apuração, imputação e julgamento do AUTOR, eis que nunca houve indício de autoria válido que suportasse sua prisão e condenação (exclusivamente baseada em reconhecimento pessoal ilegal), condenando-se o Réu a pagar os valores discriminados abaixo com as devidas correções, juros e atualizações monetárias desde a data do evento danoso, conforme Súmulas 43, 54 e 362, do STJ e nos termos dos Temas STF nº 810 e STJ nº 905 até 08/12/2021 e a partir de então conforme art. 3º da EC nº 113/21:

- i. a indenização de R\$ 107.716,00 por danos materiais sofridos pelo AUTOR, notadamente por gastos dispendidos com advogados, manutenção no cárcere e lucros cessantes pelo cerceamento do potencial de trabalho; e*
- ii. a indenização de R\$ 150.000,00 por danos morais devidos em razão de todo o abalo à personalidade do AUTOR ocasionado, exclusivamente, pelos agentes do Estado de São Paulo.”*

Em primeiro lugar, é preciso consignar que a hipótese apresentada nestes autos implica que os fatos não devem ser analisados sob a perspectiva **geral** da responsabilidade civil do Estado, presente no art. 37, § 6º, da CF e cuja estrutura apresenta a necessidade de verificar: i) conduta comissiva ou omissiva; ii) dano na esfera jurídica de outrem; e iii) liame de causalidade entre a conduta e o dano gerado, o chamado “nexo causal”.

Com efeito, em se tratando de responsabilidade civil do Estado em relação a atos judiciais, a jurisprudência dos Tribunais Superiores – em consonância com abalizada doutrina e com o art. 5º, LXXV, da CF, segundo o qual “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença” – firmou-se no sentido de que o Estado pode ser responsabilizado por atos judiciais somente nos casos de erro judiciário, de prisão além do tempo fixado na sentença e nas hipóteses previstas em lei; e isso, se esses atos específicos não forem emanados de forma regular e para o fiel cumprimento do ordenamento jurídico.

Confira-se, nesse sentido, o seguinte julgado do e. STF:

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Processual Civil e Administrativo. Indeferimento de prova testemunhal. Ausência de repercussão geral.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Responsabilidade civil do Estado. Prisão cautelar determinada no curso de regular inquérito policial. Não indiciamento do investigado. Danos morais. Dever de indenizar. Descabimento. Fatos e provas. Reexame. Impossibilidade. Precedentes. 1. O Plenário da Corte, no exame do ARE nº 639.228/RJ, Relator o Ministro Cezar Peluso, concluiu pela ausência de repercussão geral do tema relativo à suposta violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa nos casos de indeferimento de produção de provas no âmbito de processo judicial, dado o caráter infraconstitucional da matéria. 2. O Tribunal de Justiça concluiu, com base nos fatos e nas provas dos autos, que não foram demonstrados, na origem, os pressupostos necessários à configuração da responsabilidade extracontratual do Estado, haja vista que a prisão preventiva a que foi submetido o ora agravante foi regular e se justificou pelas circunstâncias fáticas do caso concreto, não caracterizando erro judiciário posterior não indiciamento do investigado. Incidência da Súmula nº 279/STF. 3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que, salvo nas hipóteses de erro judiciário, de prisão além do tempo fixado na sentença - previstas no art. 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal -, bem como nos casos previstos em lei, a regra é a de que o art. 37, § 6º, da Constituição não se aplica aos atos jurisdicionais quando emanados de forma regular e para o fiel cumprimento do ordenamento jurídico. 4. Agravo regimental não provido. (ARE 939966 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 15/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-101 DIVULG 17-05-2016 PUBLIC 18-05-2016) (Destaquei).

Com efeito, a reparação de danos por ato judicial está vinculada à existência de um **erro judiciário em sentido amplo**, o qual pode, em teoria, macular as custódias cautelares, segundo a abalizada lição de JOSÉ DE AGUIAR DIAS:

Ordinariamente, considera-se erro judiciário a sentença criminal de condenação injusta. Em sentido mais amplo, a definição alcança, também, a prisão preventiva injustificada. Com efeito, não há base para excluí-la do direito à reparação. Se há erro judiciário em virtude de sentença condenatória, haverá também em consequência de prisão preventiva ou detenção. Danos e tragédias decorrem por igual, de uma e de outras. Onde existe a razão, deve valer a mesma disposição. Excluem-se dessa classificação: a) os casos de má-fé, abuso ou desvio de poder do magistrado, que tem consequências distintas das que derivam de equívoco involuntário do magistrado; b) o erro jurídico. O erro



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

judiciário abrange, porém, o erro material. Reconhece-se a inatacabilidade do Poder Judiciário na aplicação e interpretação das leis; não seria possível, entretanto, aceitar a infalibilidade dos juízes no que concerne à matéria de fato, pois é aí que, de preferência a qualquer outra atividade humana, se manifesta a verdade do errare humanum est” (in “Da Responsabilidade Civil”, 11ª ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 857/858).

Realmente: erros deste jaez, para acarretarem ao Estado o dever de indenizar, devem ser **substanciais e inescusáveis**, presentes o **dolo ou a culpa do juiz**. Vale dizer que, sem irregularidade nas prisões provisórias, e à míngua de comprovação de que o representante do Ministério Público ou membro do Poder Judiciário tenham se valido de providências dolosas ou decisões viciadas, não pode, no caso, haver indenização.

Precisos, na senda da responsabilidade por ato jurisdicional cautelar, os ensinamentos de RUI STOCO:

*O dia em que a prisão cautelar ou qualquer outra medida for considerada erro judicial ou judiciário apenas em razão da absolvição do suspeito, indiciado ou acusado, todo o arcabouço e o sistema jurídico-penal estarão abalados e irremediavelmente desacreditados. Nenhuma prisão provisória, preventiva ou em flagrante, poderá ocorrer fora das hipóteses previstas na lei processual penal, sem que estejam os pressupostos ali estabelecidos, pena de se responsabilizar não só o Estado como, por via de regresso, o agente da autoridade, o magistrado, o membro do Ministério Público, o homem do povo e quem quer tenha participado do ato. Mas, preenchidas as condições da lei e revestida a prisão de legalidade estrita, não há como vislumbrar direito de reparação pelo só fato da prisão que não se converteu em definitiva pela condenação. O Direito Positivo, expresso na lei processual penal, perderá efetividade e se instalará o medo e se fomentará e incentivará a criminalidade. Não haverá segurança jurídica para a sociedade, nem para o aplicador da lei. Ora, se as medidas de caráter cautelar são previstas e permitidas, não podem se transmutar em ato ilícito apenas porque houve a absolvição posterior. Prisão indevida não significa nem se confunde com a prisão que se mostrou necessária em um certo momento da persecutio criminis. Prisão indevida é aquela que ocorreu de forma ilegítima e abusiva em desobediência à realidade fática e aos requisitos formais. **Somente quando a prisão se transporte para a ilicitude é que poderá ensejar reparação”** (in “Tratado de Responsabilidade Civil, Doutrina e*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Jurisprudência”, 7ª Edição, Revista dos Tribunais, p. 1074) (Destaquei).

CAVALIERI FILHO: Quadra, em adendo, colacionar a lição de SERGIO

*Na medida em que a lei ampliou consideravelmente o poder cautelar do juiz, tanto na jurisdição cível como na penal, aumentaram as ações de indenização contra o Estado por medidas cautelares danosas deferidas pela Justiça, antecipação de tutela, prisão preventiva etc. Também aqui, por se tratar de ato judicial típico, efetivo exercício da função jurisdicional, entendemos que o Estado só poderá ser responsabilizado se ficar provado o erro judicial, o abuso de autoridade, a ilegalidade do ato, não bastando a mera absolvição por falta de prova. Decretada a medida nos termos e nos limites da lei, não há como responsabilizar o Estado, ainda que gravosa ao seu destinatário, porque não há nenhuma ilicitude no ato. O direito e o ilícito são antíteses absolutas – um exclui o outro: onde há ilícito não há direito; onde há direito não existe ilícito. Vem daí o princípio que não considera ilícito o ato praticado no regular exercício de um direito, nem no estrito cumprimento do dever legal. Há que entender-se, então, que a responsabilidade do Estado, de que trata o art. 37, § 6º, da Constituição, só é de admitir-se nas hipóteses de atos eivados de alguma ilicitude. O Estado só responderá por atos lícitos nos casos expressamente previstos na Constituição e na lei. Não vejo, por isso, fundamento para responsabilizar o Estado pela prisão preventiva, regularmente decretada, mormente porque essa prisão tem respaldo na própria Constituição, em seu art. 5º, LXI. E ainda que sobrevenha absolvição do preso por falta de prova, não tem essa decisão, por si só, o condão de transmuda-la em ato ilegal, capaz de respaldar pretensão indenizatória. (...) A doutrina liberal que passou a ver em tudo fundamento para a responsabilização do Estado, além de dar ao art. 37, § 6º, da Constituição interpretação ampliativa, sem o indispensável cotejo com outros dispositivos da própria Lei Maior, acabará por inviabilizar a distribuição da justiça. **Se cabe indenização por danos morais em razão de prisão preventiva, quando o réu vem a ser absolvido por falta de provas, por que não caberia também pelo fato de ter sido processado, ou ainda quando o inquérito criminal vem a ser arquivado? Tal como a prisão, o processo ou o inquérito causam aborrecimento, vexame e preocupação**” (in “Programa de Responsabilidade Civil”, 9. ed., São Paulo: Atlas, 2010, pp. 276/278) (grifos meus).*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

À guisa de conclusão: não há dever do Estado de indenizar por prisão provisória, uma vez presentes, quando de sua decretação, os requisitos ensejadores do acautelamento. Em outras palavras: “(...) *entende-se, nesta linha, que corretamente decretada prisão cautelar, provisória ou preventiva, fundamentada nos elementos até então constantes dos autos, a simples absolvição, posterior, do acusado por insuficiência de provas não gera por si só o direito a indenização, posto que **aquele ato de persecução criminal, legalmente previsto, repousa em juízo provisório***” (YUSSEF SAID CAHALI, in “Responsabilidade Civil do Estado”, 3ª edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 482) (Destaquei).

Nesse diapasão já se posicionou este Tribunal de Justiça:

*RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO.
INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS.
PRISÃO PREVENTIVA - RÉU DENUNCIADO POR
PRÁTICA DE ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO -
LIBERTADO APÓS CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS.
INADMISSIBILIDADE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA
MANTIDA.*

1. A Constituição, considerada sob a ótica de pacto social, tem um conteúdo marcadamente transacional, consolidada na adoção de princípios que afastam a indenizabilidade de atos praticados pelos agentes políticos e públicos (art. 5º, LXXV; LXXI; art. 53).

*2. Em sua literalidade, somente são indenizáveis as condenações por erro judiciário e a persistência na prisão por tempo maior do que o fixado pela sentença. O conceito de erro judiciário e a forma do seu reconhecimento está previsto na legislação ordinária (art. 630, do CPP), definindo condição para a sua indenizabilidade. O excesso do tempo de prisão diz respeito, no caso, ao cumprimento da pena, definindo-se como clara hipótese de mau funcionamento do sistema prisional. **Diferencia-se da hipótese de prisão ilegal, que se define como aquela não calcada em flagrante ou em ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI).***

3. A prisão temporária ou preventiva, decretada pelo Juiz competente e nas hipóteses previstas nas leis processuais penais, bem como as prisões em flagrante, não se tornam ilegais, ainda que eventualmente sobrevir a absolvição do réu por qualquer motivo, o que não é o caso dos autos. Insere-se como ato imune à indenização, inclusive por dano moral, tendo em vista o conteúdo transacional decorrente dos princípios adotados pela Constituição no Estado de Direito. RECURSO DESPROVIDO” (Apelação nº 607626-81.2008.8.26.0053, 3ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Amorim Cantuária, j. 10/01/2012) (Destaquei).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Para verificar se a parte autora tem direito ou não à indenização postulada, necessário que se verifique a prova produzida nos autos, o que se passa a fazer a partir de agora.

Em 26.10.2019 foi lavrado o Boletim de Ocorrência nº 3106/2019 pela Delegacia de Polícia de Itapeverica da Serra (fls. 106/111) relatando que naquela data teria ocorrido, em sítio às margens da rodovia BR-116, roubo praticado aproximadamente por 10 pessoas desconhecidas e que teve por vítimas

Do relato apresentado pelas vítimas em sede policial, extrai-se os seguintes trechos, referentes à identificação dos possíveis autores do roubo: *“A vítima narra que estava na residência, foi até a casa de seu genitor ao lado, momento em que foi rendido por 3 roubadores, magros, e armados com 2 pistolas (pretas), e um revólver (cromado), encapuzados. (...) A vítima por sua vez, afirma que estava em sua casa, com sua esposa quando chegaram 2 roubadores, magros, encapuzados os quais com armas de fogo, roupas velhas e sujas (...) diz que foram 8 ou 10 roubadores, todos armados e encapuzados, não sendo possível reconhecimento por características físicas. (...)”* (fls. 108/109).

Diante do relato em questão foi determinada, em 13.11.2019, a instauração de inquérito policial para a apuração do delito de roubo consumado acima relatado (fl. 105). Após diversas diligências e apurações realizadas pela Polícia Civil do Estado de São Paulo, foi elaborado o relatório final do inquérito policial (fls. 113/117), o qual concluiu pelo indiciamento de Flavio Silva Santos, os quais já se encontravam presos temporariamente – oportunidade em que a autoridade policial representou pela conversão da medida cautelar pessoal para a decretação de prisão preventiva.

Foi oferecida, pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, denúncia em face dos indiciados (fls. 119/123) em 27.11.2019. Esta foi recebida pelo juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Itapeverica da Serra (fls. 125/126), o qual também converteu a prisão temporária em prisão preventiva, nos termos em que requerido, em 27.11.2019.

Ocorre que no curso do inquérito policial, em 05.11.2019, foi realizado reconhecimento fotográfico, conforme o auto que consta às fls. 128/129. Nele, o reconhecedor Flavio Silva Santos (vítima do roubo) teria descrito os sinais característicos da pessoa a ser reconhecida e em seguida colocado diante de diversas fotografias de pessoas semelhantes, dentre os quais Flavio Silva Santos – autor desta demanda – o qual teria sido reconhecido como participante do delito acima narrado. Consta do auto de reconhecimento que *“(...) embora estivesse Flavio usando touca por ocasião do roubo, não teve dúvidas em reconhece-lo pelos seguintes detalhes: cor dos olhos; tamanho da cabeça; o porte físico; altura; 'bigode ralo' que ficou à mostra, apesar da máscara”*.

Em paralelo ao relatório elaborado e à denúncia ofertada pelo



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

MP, a autoridade policial, na data de 12.11.2019, representou pela decretação de prisão temporária de Flavio Silva Santos e outros possíveis coautores do crime de roubo (fls. 131/135), além da realização de diligências de busca e apreensão. Estes pleitos foram endossados pelo Ministério Público (fls. 136/139) e deferidos pelo juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Itapeverica da Serra (fls. 140/141).

Assim, em 28.11.2019 foi cumprido o mandado de prisão temporária em face de Flavio Silva Santos (fls. 143/145). Assim, em 02.12.2019 e em 04.12.2019, a “testemunha preservada nº 02” procedeu ao reconhecimento pessoal de Flavio (fls. 147/148), constando nos autos de reconhecimento que “(...) *após olhar através do visor próprio existente na sala de reconhecimento pessoal, reconheceu sem sombras de dúvidas e com 100% de certeza, a pessoa de nome Flavio Silva Santos (...) como sendo um dos roubadores que entraram em sua casa (...) esclarece ainda que esse indivíduo que ora reconheceu foi o roubador que lhe agrediu fisicamente com tapas e socos no rosto, além de lhe agredir fisicamente com o cano da arma*” e que “*Flavio Silva Santos, na data dos fatos apesar de estar usando uma touca ninja, as aberturas dos olhos eram bem grandes, deixando os olhos e as sobrancelhas bem expostas, e a abertura da boca também era grande, deixando exposto uma barba rala, como um cavanhaque, que não tem dúvidas quanto a participação deste indivíduo no roubo em questão*”.

Em que pese Flavio, ao ser interrogado, tenha negado participação nos fatos, teve sua prisão preventiva representada pela autoridade policial (fls. 150/151), em 05.12.2019, exclusivamente com base no reconhecimento pessoal realizado. Houve, então, por parte do MPSP aditamento à denúncia anteriormente ofertada (fls. 153/154), o qual foi recebido pelo juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Itapeverica da Serra (fls. 156/157) em 06.12.2019, ocasião em que a autoridade judiciária também converteu a prisão temporária de Flavio Silva Santos em prisão preventiva.

Consultando os autos da ação penal oferecida pelo *parquet*, constata-se que após o aditamento à denúncia para a inclusão de Flavio Silva Santos como acusado pelo crime narrado, foi protocolado pedido de revogação de sua prisão preventiva (fls. 290/294 daqueles autos), informando que o acusado se apresentou espontaneamente na delegacia de polícia, que possuía ocupação lícita, que não contava com antecedentes criminais, etc. Em decisão de fls. 358/359 (da ação penal), o pleito foi indeferido, reiterando os fundamentos da decisão que autorizou a segregação cautelar.

Os argumentos apresentados pelo acusado Flavio foram reiterados em sede de defesa prévia (fls. 406/427 do processo criminal), questionando a regularidade do reconhecimento ocorrido em sede policial, pleiteando, assim, a rejeição da denúncia ou a absolvição do réu. Houve rejeição dos argumentos pela decisão de fl. 444 (da ação penal), a qual também designou a realização de audiência de instrução para março de 2020.

Às fls. 508/514 do processo crime, foi formulado pleito de conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar em favor de Flavio Silva Santos, entretanto este pedido foi rejeitado na decisão de fls. 524/525. **Em diversas outras oportunidades, a defesa do acusado manifestou-se pela realização de novas investigações por parte da polícia civil para comprovar que Flavio não havia**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

participado do delito em apuração e que, dessa forma, o réu havia sido confundido com outra pessoa e preso injustamente (fls. 534/535, fls. 553/554, fls. 561/563 e fls. 611/612).

Foram juntados aos autos os laudos periciais nº 418.360/2019 e 418.367/2019 (fls. 620/633) realizados nos veículos roubados – e posteriormente encontrados – e no local dos eventos. Dentre outras diversas considerações, em ambos constou que “*a busca por impressões digitais resultou negativa*”. Diante disso, mais uma vez o acusado apontou que se encontrava preso injustamente e que não havia participado dos fatos apurados (fls. 685/687 – autos da ação penal).

Foi realizada audiência de instrução (*link* à fl. 214), da qual se destaca que, no interrogatório de Flávio, o réu expressamente afirmou ter sido “*acusado injustamente*”, que não participou de “*roubo nenhum, de crime nenhum*”. Afirmou que ao tomar notícia de que seu nome fora mencionado em sede policial, compareceu voluntariamente à delegacia de polícia para prestar esclarecimentos, ocasião em que fora preso, permanecendo até aquele momento. Afirmou que na data dos fatos, em 25.10.2019, estava na casa da sua irmã até aproximadamente 22:30/23:00, retornando à sua residência, onde permaneceu com sua esposa até o dia seguinte (26.10.2019), quando para a casa da sua mãe (São Lourenço). Afirmou que apesar de conhecer os outros réus, não tem vínculos ou contato com eles. Alegou que conhece o local que foi assaltado e que conhece os caseiros que trabalham no sítio roubado, diante da proximidade dos locais. Relatou que não possui antecedentes criminais ou infracionais. Acerca do procedimento de reconhecimento pessoal realizado na delegacia de polícia, revelou que foi colocado em sozinho em uma sala atrás de uma porta. Concluiu que sua prisão configura uma injustiça, pois seria inocente e estaria “*pagando por uma coisa que não fez*”, causando-lhe dor. Indicou que os policiais afirmaram que seu reconhecimento deu-se em razão de seus “*olhos grandes*” e de sua “*boca larga*”. Ainda segundo seu relato, os demais corréus, ao encontrarem com Flavio no CDP teriam-lhe questionado a razão de sua prisão e que não teria participado do roubo do qual fora acusado.

A testemunha Glauco Marcio Cruz, policial civil, relatou que Flavio se apresentou na delegacia de polícia, na linha do que relatado pelo autor. Afirmou que durante o período em que Flavio permaneceu preso na delegacia de polícia, lembra-se de ter o acusado comentado que não teria participado do fato criminoso. Já a testemunha Mirileia Barroso Cunha, também policial civil, afirmou que a vítima teria reconhecido Flavio e outros réus por meio de redes sociais. Após explicar a dinâmica dos fatos, afirmou que a busca e apreensão feita na casa de Flavio não identificou nenhum objeto relacionado ao roubo. Afirma que Flavio se apresentou espontaneamente na delegacia, negando sua participação no roubo, e que “*nós não conseguimos identificar (...) não tivemos nenhuma prova contra ele/nada (...)*”. Indicou que no reconhecimento feito pela testemunha, esta disse que Flavio estava encapuzado e que, desde o início, o acusado negou qualquer participação no delito. Disse, ainda, que somente a vítima realizou o reconhecimento de Flavio, pois teria sido a única que viu o referido acusado. Das testemunhas ouvidas de forma reservada, afirmou que nenhuma delas indicou que Flavio seria integrante da quadrilha que pratica roubos na região.

A testemunha] _____, presente no local



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

dos fatos diante de trabalhar no sítio roubado, afirmou que não conseguiu ver o rosto de nenhum dos autores do crime, pois fora surpreendido e colocado em posição que não conseguiu olhar mais nada. Refere que não ouviu o nome e nem apelido de nenhum dos integrantes do grupo que realizou o roubo. Disse que não conhece nenhum Flavio na região dos fatos e que todos os assaltantes estavam encapuzados, não podendo ver mais nada, vez que fora amarrado e com o rosto virado para o chão. O relato da testemunha _____ também empregado do sítio, foi no mesmo sentido do anterior – de que não foi possível identificar nenhum dos autores do delito. A respeito de Flavio, afirma que o conhece da região, mas não pode identificar sua participação no crime.

Ao final do trâmite da ação penal nº 1504405-16.2019.8.26.0268, foi proferida, em 31.08.2020, sentença (fls. 159/171) condenando Flavio Silva Santos à pena privativa de liberdade de 13 anos, 5 meses e 7 dias de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento total de 78 dias-multa, com cada dia-multa montando em seu valor unitário mínimo (1/30 do salário mínimo) e absolvendo os demais réus (Vinicius e Luiz Felipe). Da sentença condenatória proferida, destaca-se os seguintes trechos que fundamentaram a imposição da sanção penal pelo juízo:

“Independentemente dos questionamentos formulados pela nobre defesa técnica acerca do desenvolvimento do inquérito policial, forçoso reconhecer que Flávio, em juízo, fora reconhecido pela vítima protegida como um dos assaltantes, sem qualquer hesitação por parte do ofendido o qual, inclusive, informou conhecer o réu de outros ambientes, o que reforça a reconhecimento.

A higidez da prova judicial torna despicienda consideração sobre eventual vício da investigação policial a não ser que se estivesse a tratar de prova irrepitível produzida na seara inquisitiva, o que não é o caso, por óbvio.

Como argumento adicional, lembro que Flávio não apresentou qualquer prova de seu alibi exculpador, qual seja, a alegação de que estaria com sua esposa no momento do crime.

Não aproveita ao réu a circunstância de os policiais civis inquiridos na via judicial terem dito que outras quadrilhas também estão sendo investigadas por roubos do estilo na região e que Flávio, ao que se sabe por enquanto, não comporia tais organizações criminosas.

Primeiro, porque não se pode afastar a possibilidade de existir mais de um grupo criminoso operando, mesmo porque assaltos do gênero em propriedades rurais são relativamente usuais, infelizmente, bastando lembrar que o réu _____ aqui absolvido, é confesso quanto à participação em outro delito com similar modus operandi (fls. 680/682).

Segundo, porque é plenamente possível, em tese, que Flávio não seja membro fixo do consórcio de bandoleiros, tendo atuado apenas em um roubo.”



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

O condenado interpôs recurso de apelação em face da sentença condenatória, entretanto seu apelo não foi provido pelo acórdão de fls. 173/193 (lavrado pela 7ª Câmara de Direito Criminal deste Tribunal de Justiça em 01.12.2020), o qual manteve a sentença em sua integralidade.

Contra o referido acórdão desta Corte, foi impetrado o Habeas Corpus nº 669987/SP perante o Superior Tribunal de Justiça, o qual apesar de não conhecido teve sua ordem concedida *ex officio*, em 11.05.2022, para “*reconhecer a nulidade ocorrida em relação ao reconhecimento do paciente e, por consequência, absolvê-lo dos crimes de roubo nos autos da Ação Penal n. 1504405-16.2019.8.26.0268, oriunda 3ª Vara de Itapeverica da Serra - SP, com sua pronta soltura se por outro motivo não estiver preso*” (fls. 195/203).

Pois bem.

Inicialmente cumpre esclarecer que não se ignora a majoritária jurisprudência desta Câmara de Direito Público no sentido de que não se mostra possível arbitrar indenização decorrente de prisão cautelar em casos de regular processo criminal, exigindo-se excesso ou erro de conduta na condução e nas decisões tomadas em seu curso. Neste sentido, cita-se os precedentes a seguir: **Apelação Cível 1001177-60.2021.8.26.0223**; Relator (a): Marcos Pimentel Tamassia; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro de Guarujá - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 17/01/2023; Data de Registro: 17/01/2023; **Apelação Cível 1001546-16.2020.8.26.0053**; Relator (a): Danilo Panizza; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 1ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 04/11/2022; Data de Registro: 04/11/2022; **Apelação Cível 1005406-69.2021.8.26.0318**; Relator (a): Danilo Panizza; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro de Leme - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 23/08/2022; Data de Registro: 24/08/2022; e **Apelação Cível 0037224-90.2012.8.26.0053**; Relator (a): Marcos Pimentel Tamassia; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 10ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 25/06/2018; Data de Registro: 25/06/2018.

Ocorre que o caso dos autos demanda solução distinta. Isso porque, conforme os elementos de prova acima detalhados, verifica-se que a prisão temporária decretada em desfavor de Flavio Silva Santos fundamentou-se (fls. 140/141) exclusivamente no **reconhecimento fotográfico** realizado pela vítima

(fls. 128/129), no bojo da qual deixou explícito que o autor estava usando máscara, mas que o teria reconhecido pela “*cor dos olhos; tamanho da cabeça; o porte físico; altura; 'bigode ralo' que ficou à mostra*”.

Além disso, ao proceder ao **reconhecimento pessoal** de Flavio (fls. 143/145), a mesma vítima afirmou ter certeza da participação dele no delito, o qual estava usando uma “*touca ninja*”, de forma que “*as aberturas dos olhos eram bem grandes, deixando os olhos e as sobrancelhas bem expostas, e a abertura da boca também era grande, deixando exposto uma barba rala, como um cavanhaque, que não tem dúvidas quanto a participação deste indivíduo no roubo em questão*”.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Assim, não restam dúvidas acerca da fragilidade da prova produzida que fundamentou a decretação da prisão temporária (fls. 140/141) e posterior conversão em prisão preventiva (fls. 156/157). Note-se que, no momento da análise destes elementos probatórios, não existiam indícios suficientes de autoria (conforme exige o artigo 312 do CPP) recaindo sobre o suposto coautor do crime de roubo, tendo a autoridade judicial deixado de analisar de forma cuidadosa e detalhada as razões pelas quais seria devida a prisão processual naquele momento.

Uma vez que os elementos até então colhidos na esfera policial resumiam-se a um reconhecimento fotográfico e um reconhecimento pessoal feitos pela mesma vítima de uma pessoa que se encontrava encapuzada, não basta que o juízo afirme que *“Aliás, ante o quanto carregado no bojo do caderno investigativo, notadamente as características da empreitada criminosa descrita, tornam indispensável a segregação temporária à mingua dos parques rastros deixados pelos criminosos, porquanto encapuzados quando da abordagem, conforme noticiado pela vítima”* (fl. 141) e que *“Os indícios de autoria são fortíssimos, os quais revigoraram-se com o reconhecimento pessoal feito pela vítima”* (fl. 156) para justificar a segregação cautelar.

Vale mencionar que em ambos reconhecimentos acima, do que se pode extrair dos autos em questão e dos depoimentos prestados pelas testemunhas, não observaram o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal. Veja-se que já há algum tempo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem entendido que o procedimento previsto no referido dispositivo legal é obrigatória, de modo que sua inobservância é causa de nulidade da prova:

“(…) 12. Conclusões:

- 1) O reconhecimento de pessoas 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;*
- 2) À vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo;*
- 3) Pode o magistrado realizar, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório, bem como pode ele se convencer da autoria delitiva a partir do exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento;*
- 4) O reconhecimento do suspeito por simples exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

peçoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo.

13. Ordem concedida, para: a) com fundamento no art. 386, VII, do CPP, absolver o paciente Vânio da Silva Gazola em relação à prática do delito objeto do Processo n. 0001199-22.2019.8.24.0075, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Tubarão - SC, ratificada a liminar anteriormente deferida, para determinar a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso; b) reconhecer a causa geral de diminuição relativa à participação de menor importância no tocante ao paciente Igor Tártari Felácio, aplicá-la no patamar de 1/6 e, por conseguinte, reduzir a sua reprimenda para 4 anos, 5 meses e 9 dias de reclusão e pagamento de 10 dias-multa.

Dê-se ciência da decisão aos Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais, bem como ao Ministro da Justiça e Segurança Pública e aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, encarecendo a estes últimos que façam conhecer da decisão os responsáveis por cada unidade policial de investigação.”

(STJ, HC n. 598.886/SC, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 27/10/2020, DJe de 18/12/2020.)

Diversos outros precedentes do Superior Tribunal de Justiça caminharam no sentido apontado (por exemplo: **HC n. 652.284/SC**, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 27/4/2021, DJe de 3/5/2021), citando-se inclusive o tema das falsas memórias e dos erros honestos em situação de reconhecimento de pessoas e coisas (**AgRg no HC n. 730.232/SP**, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 19/12/2022, DJe de 21/12/2022), como parece ser o caso dos autos.

A Resolução CNJ nº 484/2022, com o intuito de estabelecer “diretrizes para a realização do reconhecimento de pessoas em procedimentos e processos criminais e sua avaliação no âmbito do Poder Judiciário” disciplinou as diversas etapas do procedimento (art. 5º), prescrevendo precauções e cautelas para evitar decisões injustas, considerando que “o reconhecimento de pessoas equivocado é uma das principais causas de erro judiciário, conforme demonstrado por ampla produção científica, nacional e internacional, que indica a existência de diversos fatores sensíveis no procedimento de reconhecimento”.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal alinha-se também ao quanto já exposto, conforme se pode verificar do acórdão lavrado por sua 2ª Turma:

“Recurso ordinário no habeas corpus. Conhecimento. A



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

*jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite o manejo excepcional do habeas corpus como substitutivo de revisão criminal, em casos de manifesta ilegalidade. **Condenação fundamentada exclusivamente no reconhecimento fotográfico, embora renovado em Juízo, ambos em desacordo com o regime procedimental previsto no art. 226 do CPP. Superação da ideia de “mera recomendação”.** Tipicidade processual, sob pena de nulidade. 1. O reconhecimento de pessoas, presencial ou por fotografia, deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime e para uma verificação dos fatos mais justa e precisa. 2. A inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita, de modo que tal elemento não poderá fundamentar eventual condenação ou decretação de prisão cautelar, mesmo se 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. Recurso em habeas corpus provido, para absolver o recorrente, ante o reconhecimento da nulidade do reconhecimento pessoal realizado e a ausência de provas independentes de autoria.” (RHC 206846, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 22/02/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 24-05-2022 PUBLIC 25-05-2022) (Destaquei)*

Em recente precedente julgado pelo STJ, nota-se que referida Corte admitiu que mesmo diante da inobservância do procedimento do art. 226 do CPP é possível a condenação de acusado desde que existam outras provas produzidas nos autos: *“Ainda que o reconhecimento fotográfico esteja em desacordo com o procedimento previsto no art. 226 do CPP, deve ser mantida a condenação quando houver outras provas produzidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, independentes e suficientes o bastante, para lastrear o decreto condenatório.”* (STJ. 6ª Turma. AgRg nos EDcl no HC 656.845-PR, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 04/10/2022 (Info 758). Contudo, o presente caso analisado não deixa dúvidas de que inexistiam outros elementos probatórios que justificassem a imputação da autoria a Flavio Silva Santos.

Tanto assim que o Habeas Corpus nº 669987/SP julgado pelo Superior Tribunal de Justiça implicou na anulação do reconhecimento do paciente e na



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

consequente absolvição do ora autor justamente pela fundamentação acima descrita.

Esse Tribunal já enfrentou tema semelhante nos julgados que seguem:

“APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ERRO JUDICIÁRIO. Autor que reclama indenização por danos morais em razão de ter permanecido preso pelo período de 25 meses, após ser acusado da prática do crime de roubo. Prisão que a princípio se deu em caráter temporário e foi convertida em prisão preventiva. Posterior absolvição por falta de provas pelo Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu a nulidade do reconhecimento fotográfico e pessoal realizado na fase de inquérito policial. Superveniente alteração de entendimento da jurisprudência da Corte Superior sobre a matéria, o que ocorreu somente quando o autor já havia sido condenado em Primeira e Segunda Instância. Existência de indícios suficientes da participação do autor no delito, somados ao preenchimento dos demais requisitos legais, que, naquele momento, justificava a segregação cautelar. Prisão mantida de forma regular e consoante a legislação aplicável. Inocorrência de erro judiciário. Ausente a responsabilidade de indenizar do Estado. Precedentes. Manutenção da sentença de improcedência. Recurso não provido.” (TJSP; Apelação Cível 1069380-02.2021.8.26.0053; Relator (a): Eduardo Prata; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 5ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 20/03/2023; Data de Registro: 21/03/2023)

“APELAÇÃO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO JUDICIAL. PRISÃO PREVENTIVA. ABSOLVIÇÃO. DANO MORAL. INOCORRÊNCIA DE DOLO OU ERRO GROSSEIRO. Autor processado como incurso no art. 157, § 2º, I e II, por duas vezes, do Código Penal. Prisão preventiva. Reconhecimento pessoal da vítima. Posterior absolvição. Alegação de prisão injusta. Não caracterização. Presença dos requisitos legais para prisão preventiva. Ausência de erro judiciário. Incabível indenização. RECURSO DESPROVIDO.” (TJSP; Apelação Cível 1001604-13.2020.8.26.0152; Relator (a): Alves Braga Junior; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro de Cotia - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 05/09/2022; Data de Registro: 05/09/2022)

Contudo, o presente caso diferencia-se dos precedentes



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

acima, tendo em vista que **retirado o reconhecimento pessoal e fotográfico feito em absoluta dissonância com o que prescreve o art. 226 do CPP, não havia outros indícios suficientes da participação do autor no delito**. Ou seja, inexistiam os requisitos necessários para a decretação da prisão cautelar.

Vale retomar a sentença proferida nos autos da Ação Penal nº 1504405-16.2019.8.26.0268 para se verificar que a fundamentação apresentada pelo juízo condenatório foi insuficiente, pois baseou a autoria do crime exclusivamente em elemento de prova produzido em sede policial e cujos requisitos legais não haviam sido observados. É digno de nota o fato de ter a defesa de Flávio manifestado ao julgador que o réu havia sido confundido com outra pessoa e preso injustamente (fls. 534/535, fls. 553/554, fls. 561/563 e fls. 611/612 – autos do processo penal), contudo estas alertas – em conjunto com o próprio interrogatório judicial do réu – foram ignorados pelo juízo, que acompanhou a tese acusatória em situação de ausência de provas aptas à condenação.

O acórdão que confirmou a sentença, a seu turno, consignou que a vítima *“(...) viu nitidamente o rosto de um deles: Flávio. Já o conhecia, pois ele sempre jogava bola no Jardim Santa Amélia. Seus funcionários tinham um time e, às vezes, assistia aos jogos. O apelante era um dos frequentadores”*. Ocorre que em nenhum momento, afirmou ter vislumbrado nitidamente o rosto do acusado. O que se tem nos autos é apenas um reconhecimento fotográfico e um reconhecimento pessoal – feitos em dissonância com o art. 226 do CPP – que não denotam certeza a respeito da identidade do autor do delito. Tanto assim, que o próprio acórdão relata ter a vítima afirmado que *“Recorda-se de ter feito apenas o reconhecimento pessoal do apelante. E, por ocasião desse reconhecimento, apenas ele lhe foi apresentado, mas o reconheceria mesmo que ele estivesse ao lado de outras pessoas. Esclareceu que, em determinado momento do crime, o apelante chegou a tirar a touca que usava.”*

Arremata o acórdão com a seguinte conclusão: *“Nada existe para subtrair a credibilidade da prova oral colhida, considerando que ninguém tem interesse em acusar injustamente pessoa inocente. Ainda, sabidamente, em sede de crimes contra o patrimônio, a palavra da vítima, quando coerente, como é o caso dos autos, merece credibilidade.”*

É certo que esta seara não é adequada para a realização de nova análise acerca do conjunto probatório que fundamentou a condenação de Flávio nas instâncias ordinárias, mesmo porque este exame já foi procedido pelo Superior Tribunal de Justiça quando concedeu a ordem de habeas corpus no HC nº 669987/SP. Porém é cristalino que as decisões tomadas no curso da ação penal que implicaram na permanência de Flávio na prisão foram destituídas de fundamentação adequada e simplesmente ignoraram os diversos alertas feitos de que se tratava de pessoa sem qualquer vínculo com o fato delituoso.

Por fim, é importante destacar que a situação apresentada nestes autos pelo autor Flávio Silva Santos foi objeto de matéria jornalística no programa de televisão “Fantástico”, na rede Globo (<https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2022/06/19/familia-se-une-para-provar-inocencia-de-homem-presos-injustamente.ghtml>), no qual a mesma narrativa foi apresentada. Nesta, é



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

dito que uma das testemunhas identificou Flávio em uma fotografia em redes sociais e posteriormente na delegacia.

Em resumo, configurado erro judiciário na determinação da segregação cautelar do autor desta demanda, a ensejar a responsabilização civil do Estado de São Paulo por danos causados à esfera jurídica do então acusado.

Com efeito, o dano moral é inerente à ofensa por si só, deriva irremissivelmente do próprio fato ofensivo, de tal sorte que, no caso concreto, basta demonstração do resultado lesivo e do seu nexu com o fato causador para a responsabilização cível do ofensor por dano moral, o qual se presume, ou seja, existe *in re ipsa*. Nos dizeres de CARLOS ALBERTO BITTAR:

*“Com efeito, o dano moral repercute internamente, ou seja, na esfera íntima, ou no recôndito do espírito, dispensando a experiência humana qualquer exteriorização a título de prova, diante das próprias evidências fáticas. (...) É intuitivo e, portanto, insuscetível de demonstração, para os fins expostos, como se tem sido definido na doutrina e na jurisprudência ora prevaletentes, pois se trata de *damnum in re ipsa*. A simples análise das circunstâncias fáticas é suficiente para a sua percepção, pelo magistrado, no caso concreto.” (Reparação civil por danos morais, 2.ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, 1994, pp. 70/71).*

Prescinde, portanto, de dilação probatória, pois o dano moral no caso em comento é certo: as determinações de prisão temporária e preventiva de Flávio implicaram em sua permanência por aproximadamente 2 anos e meio no cárcere de forma indevida. Tal situação encarna muito mais do que mero percalço, fugindo à categoria do “*trivial aborrecimento*”, consubstanciando abalo moral suficiente para ensejar indenização. Desnecessário, assim, a prova do dano moral, que se presume, porquanto ínsito ao próprio fato ofensivo.

Consequente, resta analisar sua mensuração.

Considera-se que a reparação do dano moral detém uma dupla função: compensatória - em que se tem em conta a vítima e a gravidade do dano de que ela padeceu, buscando confortá-la, ajudá-la a sublimar as aflições e constrangimentos decorrentes do dano injusto - e punitiva - cujo objetivo, em apertada síntese, é impor uma penalidade exemplar ao lesante, residindo esta na diminuição de seu patrimônio material e na transferência da quantia para a esfera jurídica patrimonial da vítima, de tal modo que a indenização represente advertência, sinal de que a sociedade não aceita seu comportamento. Nos dizeres de Sergio Cavalieri Filho:

“Quanto ao dano moral, a sua indenização não deve constituir meio de locupletamento indevido do lesado e, assim, deve ser arbitrada com moderação e prudência pelo julgador. Por outro lado, não pode, nem deve, ser



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

insignificante, mormente diante da situação econômica do ofensor, eis que não pode constituir estímulo à manutenção de práticas que agridam e violem direitos do consumidor. Assim, entendemos que a indenização pelo dano moral, além de proporcionar ao ofendido um bem-estar psíquico compensatório pelo amargor da ofensa, deve ainda representar uma punição para o infrator, capaz de desestimulá-lo a reincidir na prática do ato ilícito. A sanção, quando de somenos, incorpora aquilo que se denominou de risco da atividade, gerando a tão decantada impunidade, o que, sem dúvida alguma, compromete a efetividade da lei e os seus objetivos. Logo, não se pode olvidar o seu caráter preventivo-pedagógico e, em algumas situações, seu caráter punitivo, pela recalitrância de comportamentos sabidamente ilícitos, e assim já julgados pelo Poder Judiciário, conduta que não atenta, somente, contra os direitos dos consumidores, mas contra a própria autoridade das decisões judiciais”. (in “Programa de Direito do Consumidor”, 3ª Edição, Ed. Atlas, São Paulo, 2011, p. 104/105). (Negritei).

Destarte, considerando a dúplici função ressarcitória-punitiva e as peculiaridades do caso em comento, entendo que o *quantum* indenizatório a ser estabelecido a título de danos morais deve ser o montante de **R\$ 100.000,00 (cem mil reais)**. Trata-se de cifra que não levará a Fazenda estadual à ruína e terá, ao mesmo tempo, o caráter pedagógico perseguido pela lei. Igualmente, encarna valor que, dadas as condições econômico-sociais do demandante, não importará locupletamento sem causa.

A correção monetária remontará à **data do arbitramento** realizado (Súmula 362 do STJ), que correspondente à publicação deste acórdão, e os juros moratórios fluirão do **evento danoso** (28.11.2019 – data do cumprimento do mandado de prisão), consoante entendimento igualmente sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça no Enunciado de nº 54 (“*Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual*”).

Com relação aos danos materiais, verifica-se que o autor postulou as seguintes quantias: (i) R\$ 29.150,00 relativos a honorários advocatícios devidos em razão do exercício de sua defesa no curso da persecução penal; (ii) R\$ 20.300,00 correspondentes a despesas com sua manutenção no cárcere (envio de “jumbos” – produtos de higiene, alimentos, vestuário, etc.); e (iii) R\$ 58.266,00 referentes a lucros cessantes, uma vez que o requerente teria deixado de trabalhar como prestador de serviços e de receber sua respectiva remuneração.

Nessa medida, quanto aos honorários advocatícios despendidos por Flávio para o exercício de sua defesa técnica no curso do inquérito policial, ação penal, recursos e até mesmo habeas corpus, trata-se de quantia devida, pois a ilegal conduta do Estado deu ensejo à necessidade de o investigado contratar os profissionais para se defender das acusações formuladas.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Em que pese alguns comprovantes de transferência terem sido acostados junto com a petição inicial (fls. 258/294), a condenação ao ressarcimento deverá consistir somente nos valores comprovadamente transferidos aos causídicos, quantia esta que deverá ser apurada em sede de liquidação de sentença.

Relativamente às despesas que Flavio Silva Santos teve durante o período que permaneceu indevidamente encarcerado, tal pedido não comporta procedência. Isso porque caso estivesse em liberdade, também haveria a necessidade de despender recursos com estas matérias, visto que alimentação, higiene, vestuário e gastos desta natureza são inerentes à própria sobrevivência, de forma que a prisão indevida não causou dano patrimonial neste ponto.

Quanto aos lucros cessantes, argumenta o apelante que recebia renda mensal média de R\$ 1.992,00 trabalhando como prestador de serviços junto à empresa Focal Service. Em que pese não possuir vínculo trabalhista propriamente dito, tal circunstância não pode prejudicá-lo, uma vez que juntou aos autos declaração assinada pelo sócio-diretor da empresa (fl. 79) informando que ele recebia o valor de R\$ 498,00 por semana trabalhada.

Adicionalmente, o autor apresentou diversos recibos de pagamento (fls. 80/103) emitidos pela Focal Service em seu favor e que retratam a remuneração percebida nos períodos ali discriminados, razão pela qual a indenização material relativa aos lucros cessantes deverá corresponder ao valor então percebido por Flavio, a ser apurada em sede de liquidação de sentença também.

A correção monetária tem por termo inicial a data do efetivo prejuízo, nos termos da **Súmula nº 43 do STJ** (“*Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo*”) e computar-se-ão os juros de mora a partir do evento danoso, nos moldes disciplinados pela **Súmula nº 54 do STJ** (“*Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual*”).

Em conclusão, a r. **sentença deve ser reformada** para condenar a Fazenda Pública do Estado de São Paulo ao pagamento, em favor de Flavio Silva Santos de: (i) indenização por danos morais no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais); e (ii) indenização por danos materiais relativos aos honorários advocatícios despendidos pelo autor para o exercício de sua defesa técnica no curso da persecução penal e relativos aos lucros cessantes que ele deixou de auferir enquanto encontrou-se preso, valores que serão apurados em sede de liquidação de sentença.

Diante da inversão dos ônus sucumbenciais, de rigor que sejam arbitrados honorários advocatícios sucumbenciais a serem pagos pelo ente público em favor dos patronos da parte autora no valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), já considerada a majoração decorrente do trabalho desempenhado nesta segunda instância (art. 85, §11, CPC).

De resto, para facultar eventual acesso às vias especial e



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

extraordinária, considera-se prequestionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional, observando a remansosa orientação do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, na hipótese de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão colocada tenha sido decidida.

Ante o exposto, meu voto é pelo **PARCIAL PROVIMENTO** do recurso voluntário interposto, nos termos acima detalhados.

MARCOS PIMENTEL TAMASSIA
Relator