



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 774630 - SP (2022/0311439-7)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : ANA CAROLINA ALBUQUERQUE DE BARROS E OUTROS
ADVOGADOS : AUGUSTO DE ARRUDA BOTELHO NETO - SP206575
ANA CAROLINA ALBUQUERQUE DE BARROS - SP356289
BRUNA ALCOLEA ZAVATARO KWASNIEWSKI - SP455354
ANDRÉ ANTIQUERA PEREIRA LIMA - SP468530
EWERTON DA SILVA CARVALHO - SP435722
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO ANDRADE DA SILVA (PRESO)
CORRÉU : xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em benefício de DIEGO ANDRADE DA SILVA contra acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO proferido no julgamento da Apelação n. 0023612-21.2017.8.26.0050.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 6 anos e 5 meses de reclusão, no regime inicial fechado, pela prática do delito de roubo circunstanciado (art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal).

Inconformada, a defesa interpôs apelação, a qual foi desprovida, nos termos da seguinte ementa:

"APELAÇÃO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. Emprego de arma (crime anterior à Lei nº. 13.654/2018) e concurso de pessoas. Preliminar. Mera recomendação quanto à forma de reconhecimento, algo diverso de exigência. Inteligência do artigo 226 do Código de Processo Penal. Precedentes. Rejeição. Mérito. Materialidade e autoria comprovadas. Seguras declarações da ofendida, que reconheceu os réus nas duas fases da persecução penal. Relatos coesos do Delegado de Polícia e policiais civis. Causas de aumento inquestionáveis, anotada a prescindibilidade da apreensão da arma de fogo ou de exame pericial sobre o artefato, consoante remansosa jurisprudência das Cortes Superiores. Condenação mantida. Pena-base acima do piso face de circunstância desfavorável representada pela acentuada

culpabilidade. Duplicidade de "qualificadoras" delineando dolo exacerbado a justificar incremento superior ao mínimo na terceira etapa da dosimetria. Regime inicial fechado único adequado ao roubo, ainda mais em face das majorantes denotando um plus de reprovabilidade colidente com retiro menos severo. Apelos improvidos." (fl. 752).

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados (fls. 849/853).

Os impetrantes sustentam a existência de constrangimento ilegal à liberdade do paciente, decorrente de condenação baseada, exclusivamente, em reconhecimentos realizados sem a observância do disposto no art. 226 do Código de Processo Penal e das diretrizes fixadas por esta Corte no HC n. 598.886/SC.

Requerem, em liminar e no mérito, a nulidade da condenação.

Indeferido o pedido de liminar e prestadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se em parecer assim ementado:

"Habeas corpus substitutivo de revisão criminal. Descabimento. Pretensão em rediscutir condenação já transitada em julgado. Incompetência do STJ para julgar revisão criminal de julgados de outros Tribunais. Parecer pelo não conhecimento do habeas corpus." (fl. 1.081).

É o relatório.

Decido.

O presente *habeas corpus* não merece ser conhecido, pois foi impetrado em substituição a recurso próprio. Contudo, passo à análise dos autos para verificar a possível existência de ofensa à liberdade de locomoção do paciente, capaz de justificar a concessão da ordem de ofício.

A Sexta Tuma desta Corte, no julgamento do HC n. 598.886/SC, em 27/10/2020, adotou o entendimento de que o reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, deve observar as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal, sob pena de nulidade.

Eis a ementa do julgado:

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DE PESSOA REALIZADO NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. PROVA INVÁLIDA COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. RIGOR PROBATÓRIO. NECESSIDADE PARA EVITAR ERROS JUDICIÁRIOS. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto, para identificar o réu e fixar a autoria delitativa, quando observadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

2. Segundo estudos da Psicologia moderna, são comuns as falhas e os equívocos que podem advir da memória humana e da capacidade de armazenamento de informações. Isso porque a memória pode, ao longo do tempo, se fragmentar e, por fim, se tornar inacessível para a reconstrução do fato. O valor probatório do reconhecimento, portanto, possui considerável grau de subjetivismo, a potencializar falhas e distorções do ato e, conseqüentemente, causar erros judiciais de efeitos deletérios e muitas vezes irreversíveis.

3. O reconhecimento de pessoas deve, portanto, observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se vê na condição de suspeito da prática de um crime, não se tratando, como se tem compreendido, de "mera recomendação" do legislador. Em verdade, a inobservância de tal procedimento enseja a nulidade da prova e, portanto, não pode servir de lastro para sua condenação, ainda que confirmado, em juízo, o ato realizado na fase inquisitorial, a menos que outras provas, por si mesmas, conduzam o magistrado a convencer-se acerca da autoria delitativa. Nada obsta, ressalve-se, que o juiz realize, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório.

4. O reconhecimento de pessoa por meio fotográfico é ainda mais problemático, máxime quando se realiza por simples exibição ao reconhecedor de fotos do conjecturado suspeito extraídas de álbuns policiais ou de redes sociais, já previamente selecionadas pela autoridade policial. E, mesmo quando se procura seguir, com adaptações, o procedimento indicado no Código de Processo Penal para o reconhecimento presencial, não há como ignorar que o caráter estático, a qualidade da foto, a ausência de expressões e trejeitos corporais e a quase sempre visualização apenas do busto do suspeito podem comprometer a idoneidade e a confiabilidade do ato.

5. De todo urgente, portanto, que se adote um novo rumo na compreensão dos Tribunais acerca das conseqüências da atipicidade procedimental do ato de reconhecimento formal de pessoas; não se pode mais referendar a jurisprudência que afirma se tratar de mera recomendação do legislador, o que acaba por permitir a perpetuação desse foco de erros judiciais e, conseqüentemente, de graves injustiças.

6. É de se exigir que as polícias judiciárias (civis e federal) realizem sua função investigativa comprometidas com o absoluto respeito às formalidades desse meio de prova. E ao Ministério Público cumpre o papel de fiscalizar

a correta aplicação da lei penal, por ser órgão de controle externo da atividade policial e por sua ínsita função de custos legis, que deflui do desenho constitucional de suas missões, com destaque para a "defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (art. 127, caput, da Constituição da República), bem assim da sua específica função de "zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos [inclusive, é claro, dos que ele próprio exerce] [...] promovendo as medidas necessárias a sua garantia" (art. 129, II).

7. Na espécie, o reconhecimento do primeiro paciente se deu por meio fotográfico e não seguiu minimamente o roteiro normativo previsto no Código de Processo Penal. Não houve prévia descrição da pessoa a ser reconhecida e não se exibiram outras fotografias de possíveis suspeitos; ao contrário, escolheu a autoridade policial fotos de um suspeito que já cometera outros crimes, mas que absolutamente nada indicava, até então, ter qualquer ligação com o roubo investigado.

8. Sob a égide de um processo penal comprometido com os direitos e os valores positivados na Constituição da República, busca-se uma verdade processual em que a reconstrução histórica dos fatos objeto do juízo se vincula a regras precisas, que assegurem às partes um maior controle sobre a atividade jurisdicional; uma verdade, portanto, obtida de modo "processualmente admissível e válido" (Figueiredo Dias).

9. O primeiro paciente foi reconhecido por fotografia, sem nenhuma observância do procedimento legal, e não houve nenhuma outra prova produzida em seu desfavor. Ademais, as falhas e as inconsistências do suposto reconhecimento - sua altura é de 1,95 m e todos disseram que ele teria por volta de 1,70 m; estavam os assaltantes com o rosto parcialmente coberto; nada relacionado ao crime foi encontrado em seu poder e a autoridade policial nem sequer explicou como teria chegado à suspeita de que poderia ser ele um dos autores do roubo - ficam mais evidentes com as declarações de três das vítimas em juízo, ao negarem a possibilidade de reconhecimento do acusado.

10. Sob tais condições, o ato de reconhecimento do primeiro paciente deve ser declarado absolutamente nulo, com sua consequente absolvição, ante a inexistência, como se deflui da sentença, de qualquer outra prova independente e idônea a formar o convencimento judicial sobre a autoria do crime de roubo que lhe foi imputado.

11. Quanto ao segundo paciente, teria, quando muito - conforme reconheceu o Magistrado sentenciante - emprestado o veículo usado pelos assaltantes para chegarem ao restaurante e fugirem do local do delito na posse dos objetos roubados, conduta que não pode ser tida como determinante para a prática do delito, até porque não se logrou demonstrar se efetivamente houve tal empréstimo do automóvel com a prévia ciência de seu uso ilícito por parte da dupla que cometeu o roubo. É de se lhe reconhecer, assim, a causa geral de diminuição de pena

prevista no art. 29, § 1º, do Código Penal (participação de menor importância).

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 pessoal 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.

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

Esse novo entendimento passou a ser seguido por esta Quinta Turma, conforme se verifica dos seguintes precedentes:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. NULIDADE.

RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. INOBSERVÂNCIA. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. INVALIDADE DA PROVA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O habeas corpus não se presta para a apreciação de alegações que buscam a absolvição do paciente ou a desclassificação da conduta, em virtude da necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via eleita. Precedente.

2. Esta Corte Superior inicialmente entendia que "a validade do reconhecimento do autor de infração não está obrigatoriamente vinculada à regra contida no art. 226 do Código de Processo Penal, porquanto tal dispositivo veicula meras recomendações à realização do procedimento, mormente na hipótese em que a condenação se amparou em outras provas colhidas sob o crivo do contraditório.

3. Em julgados recentes, ambas as Turmas que compõe a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça alinham a compreensão de que "o reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto, para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

4. Dos elementos probatórios que instruem o feito, verifica-se que a autoria delitiva do crime de roubo cometido tem como único elemento de prova o reconhecimento fotográfico em delegacia e, posteriormente, confirmado em juízo. Por conseguinte, tendo em vista a falta de outros elementos probatórios para sustentar a condenação do paciente no roubo, de rigor sua absolvição.

5. Como o observado no HC n. 598.886/SC, "[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".

6. Agravo desprovido.

(AgRg no HC n. 769.347/RJ, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 28/11/2022, DJe de 2/12/2022.)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO. RECONHECIMENTO PESSOAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. SUPORTE PROBATÓRIO INSUFICIENTE À CONDENAÇÃO. CERTEZA NÃO DEMONSTRADA. NULIDADE RECONHECIDA. ABSOLVIÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, por ocasião do julgamento do HC n. 598.886/SC (Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz), realizado em 27/10/2020, propôs nova interpretação do art. 226 do CPP, segundo a qual a inobservância do procedimento descrito no mencionado dispositivo legal torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo. Confirmam-se, a propósito, as conclusões apresentadas por ocasião do mencionado julgamento (HC n. 598.886/SC): (i) 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; (ii) 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; (iii) 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; (iv) O reconhecimento do suspeito por mera 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 pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo.

2. Na hipótese, não há certeza sobre a autoria do delito, fundada unicamente em questionável reconhecimento fotográfico e pessoal feito pelas vítimas em sede policial, sem o cumprimento do rito processual previsto em lei. Dos elementos probatórios que instruem o feito, verifica-se que a autoria delitiva do crime de roubo cometido tem como único elemento de prova o reconhecimento em delegacia, sem observância das disposições do art. 226 do CPP, prova que não restou sequer confirmada em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Em conclusão, o Juízo condenatório proferido pelo Tribunal a quo, fundado tão somente no reconhecimento fotográfico e pessoal que não observou o devido regramento legal - portanto, dissociado de outros elementos probatórios suficientes para lastrear idoneamente a condenação -, está em desconformidade com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 1.954.785/RS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 28/9/2021, DJe de 4/10/2021.)

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal:

Recurso ordinário no habeas corpus. Conhecimento. A 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)

No caso, por volta das 12h do dia 9/1/2017, dois indivíduos em uma motocicleta, usando capacetes, subtraíram uma bolsa e dinheiro da vítima, a qual havia acabado de sair de uma casa de câmbio. Um deles desceu da motocicleta, apontou a arma para a vítima e exigiu a entrega dos bens. Visando apurar a autoria do delito, foi instaurado o IP n. 16/2017, perante a 1ª Delegacia do Patrimônio do Departamento Estadual de Investigações Criminais - DEIC, onde já havia investigação relacionada a delitos com características semelhantes.

Durante as investigações, a autoridade policial solicitou, à 11ª DP, a remessa de fotos de duas pessoas, xxxxxxxx e xxxxxxxxx, presos em flagrante por roubo praticado

com o mesmo *modus operandi*, a fim de possibilitar o reconhecimento fotográfico em outros casos, dentre eles o ora em análise. **xxxxxx** foi apontado pela vítima do delito em questão como sendo a pessoa que pilotava a motocicleta, conforme os autos de reconhecimento fotográfico (fl. 124) e pessoal (fl. 129).

A vítima, xxxxxxxxxxxxxxxx, de nome social xxxxxx, acessou, por conta própria, a página do *facebook* de xxxxxxxxxxxx e identificou um dos seus amigos, **Diego Andrade**, ora paciente, como sendo a pessoa que colocou a arma em sua cabeça e ordenou a entrega do dinheiro. Diante dessa informação, os investigadores também acessaram a referida página e utilizaram uma das fotos ali existente no reconhecimento fotográfico (fl. 131). Após, o paciente compareceu à delegacia, onde foi reconhecido pessoalmente (fl. 135).

Oferecida a denúncia, o processo seguiu os trâmites previstos, com a realização de novo reconhecimento pessoal, oitiva da vítima, dos investigadores e do delegado de polícia. Ao final, foi reconhecida a participação do paciente no delito, com fundamento, **exclusivamente**, no reconhecimento pessoal realizado pela vítima. A condenação foi mantida pelo Tribunal *a quo*, o qual asseverou que o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal - CPP configura **mera recomendação** (fl. 36), entendimento, conforme demonstrado acima, já superado por esta Corte.

Embora os investigadores e o delegado de polícia tenham prestado depoimento em juízo, afirmando que os atos de reconhecimento seguiram o procedimento legal, sobretudo com a apresentação do paciente junto a outras pessoas e exibição de outras fotografias, tais circunstâncias não constam dos Autos de Reconhecimento fotográfico e pessoal de fls. 131 e 135. Em ambos, falta a descrição das características físicas do paciente, o qual aparece sozinho, em desconformidade com os incisos I e II do art. 226 do CPP, os quais assim dispõem:

"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;

III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;

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.

Parágrafo único. O disposto no n. III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento."

Conforme asseverado no HC n. 598.886/SC, "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**", hipótese dos autos. Nesse sentido: AgRg no AgRg no AREsp n. 2.182.905/MG, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 28/2/2023, DJe de 9/3/2023.

A propósito, confirmam-se os seguintes trechos da sentença condenatória:

"[...]

A testemunha Rogério Alves, investigador de polícia, relatou que se recorda da ocorrência. [...]Ela (xxxx) reconheceu sem sombra de dúvidas o réu xxxxxxxx, mas não reconheceu xxxxxxxx. Logo após o reconhecimento, a vítima conseguiu acessar o Facebook de xxxxxx. Uma das pessoas que faziam parte do círculo de amizade foi reconhecida pela vítima como sendo o segundo roubador. Ela (xxxx) entrou em contato com o depoente e narrou os fatos. **Como o Facebook dele (xxxxxxxxxxx) era aberto, conseguiram acessar, extraíram as fotos e chamaram novamente a vítima para fazer o reconhecimento fotográfico.** A vítima reconheceu com cem por cento de certeza o outro roubador, Diego.

[...]

A testemunha Roberto José Alves, investigador de polícia, relatou que se recorda da ocorrência. [...] **Presenciou os dois reconhecimentos.** Foi muito seguro. Em relação ao corréu Diego, foi ela (xxxx) quem levou a informação por meio de redes sociais e os policiais foram atrás. Ela era muito firme. No reconhecimento feito pela vítima estavam xxxxxxxx, xxxxxxxx e Diego. Quando começou dois foram presos. Posteriormente, chamaram xxxx. Depois disso, **xxxx fez os reconhecimentos e disse que tinha achado outro no Facebook.** Colocam mais pessoas para que não fiquem apenas dois. Acredita que tenham colocado quatro ou cinco pessoas para que ela (xxxxxx) fizesse o reconhecimento. Diego foi inquirido para prestar depoimento. Quando Diego chegou à delegacia perguntaram se ele conhecia os dois (xxxxxxxxxx e xxxxxxxxx) e ele disse que eram amigos de futebol. xxxxxxxx confirmou que eles eram amigos. **No reconhecimento de Diego também havia outras pessoas, é procedimento.**

[...]

A vítima, xxxx, reconheceu em juízo o acusado Diego e afirmou que foi ele quem colocou a arma

contra sua cabeça. O relato judicial está em perfeita consonância com o reconhecimento fotográfico feito mais de um ano antes na delegacia, em que atribuiu a mesma conduta ao réu Diego (fls. 42). A vítima contou que quando ele estava de frente para a depoente e com a arma em seu rosto, **ele estava com um aparelho com borrachas azuis.** O acusado de fato utiliza aparelho ortodôntico. Não merece prosperar a afirmação defensiva de que na data dos fatos o réu utilizava borrachas de cor transparente, pois não se pode atestar a data em que a fotografia de fls. 403 foi tirada, além de ser notório que a troca dos referidos objetos pode ser feita em poucos minutos. A vítima xxxx esclareceu em juízo que fazia o reconhecimento do réu com a necessária certeza.

[...]

O delegado de polícia Rogerio Barbosa Thomaz relatou que xxxxxxxx foi reconhecido pela xxxx fotograficamente e posteriormente foi feito reconhecimento pessoal. xxxxxx compareceu e efetuou o reconhecimento pessoal de xxxxxxxx. **A partir do reconhecimento de xxxxxxxx, a vítima reconheceu Diego por meio do Facebook. Então xxxxx compareceu novamente à delegacia e fez o reconhecimento pessoal de Diego, identificando-o como autor do roubo.** O delegado contou que não percebeu nenhuma dúvida da vítima xxxx com relação ao reconhecimento dos réus xxxxxxxx e Diego.

[...]

O réu Diego em juízo foi colocado ao lado do réu xxxxxx e mais dois réus presos. Estava portanto ao lado de outras três pessoas, e foi reconhecido com certeza pela vítima xxxxx. A vítima não conhecia detalhes do processo e não sabia qual réu estava solto e qual réu estava preso. Ela foi bastante firme em apontar o réu Diego como sendo o roubador que a abordou em poder da arma de fogo. Como ficaram próximos, pode reconhecê-lo com certeza. Não há nenhuma evidência de que a vítima foi influenciada pelo fato do réu não estar trajando o uniforme dos presos, ainda mais porque o reconhecimento em juízo não foi o único realizado pela vítima, que também reconheceu o réu pessoalmente na delegacia de polícia (fls. 49).

[...]

Como se vê, não restam dúvidas sobre a materialidade e a autoria delitiva em relação a ambos os réus. A vítima reconheceu os dois acusados, por diversas vezes, como sendo os autores do delito.

[...]

O fato de o auto de reconhecimento fotográfico de fls. 13 não ter sido assinado por duas testemunhas não macula os demais reconhecimentos realizados, em especial o que foi realizado em juízo. Neste sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: A jurisprudência desta Corte é no sentido de que eventuais vícios ocorridos no inquérito policial não maculam a ação penal dele derivada (HC 285.952/ES, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em

19/10/2017, DJe 25/10/2017).

Além disto, ao reconhecimento fotográfico não se aplicam as regras do artigo 226 do Código de Processo Penal, as quais se referem ao reconhecimento pessoal.

O réu Diego em juízo foi colocado ao lado do réu xxxxxxxx e mais dois réus presos. Estava portanto ao lado de outras três pessoas, e foi reconhecido com certeza pela vítima xxxxx. A vítima não conhecia detalhes do processo e não sabia qual réu estava solto e qual réu estava preso. Ela foi bastante firme em apontar o réu Diego como sendo o roubador que a abordou em poder da arma de fogo. Como ficaram próximos, pode reconhecê-lo com certeza. Não há nenhuma evidência de que a vítima foi influenciada pelo fato do réu não estar trajando o uniforme dos presos, ainda mais porque o reconhecimento em juízo não foi o único realizado pela vítima, que também reconheceu o réu pessoalmente na delegacia de polícia (fls. 49). [...]" (fls. 71/79)

O reconhecimento pessoal do paciente, portanto, mostra-se **inválido**.

Prosseguindo na **valoração** das demais provas consideradas na sentença e no acórdão impugnado, verifico que a testemunha xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx alegou ter se encontrado com o paciente na residência dele no dia e horário dos fatos, entre 11h30 e 12h. Tal depoimento está em consonância com as declarações do paciente, o qual negou a prática do delito desde o início, afirmando que estava em sua casa com o filho, saindo à noite para trabalhar na empresa Ação Positiva, após férias coletivas. A testemunha xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx confirmou ter trabalhado com o ora paciente no período noturno, como dedetizador da referida empresa, ressaltando o fato de estarem voltando de férias coletivas, conforme consta da sentença condenatória:

"[...]

*A testemunha xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx relatou que não é parente dos réus. Conhece Diego desde pequeno. **Estava de férias coletivas. No dia que aconteceu (roubo), depoente e réu trabalharam à noite. Trabalha como dedetizador. Não lembra para qual empresa prestou serviço naquela noite, pois faz serviços para várias empresas. Mas era uma garagem de ônibus. Trabalhou até às 5h30min (cinco e meia). Das 20h30min às 5h30min. Após esse horário não viu mais Diego. Trabalha na empresa há seis anos. Diego quem me indicou este serviço. Nada sabe que o desabone. A empresa onde trabalha chama **Ação Positiva**. Não se recorda onde fez o serviço. Foi uma garagem de ônibus, fez associação pela data. Continua no mesmo trabalho. Não se lembra onde trabalhou no dia 08/03. Confiscou (consultou) os dados na empresa Ação Positiva. Vão até a casa do proprietário da empresa xxxxxx e xxxxxxxxxxxx. Eles colocam os horários e os funcionários só assinam. É amigo de Diego no Facebook. Conhece o réu xxxxxxxxxxxx. Eles se***

conhecem do futebol. Eles (Diego e xxxxxxxxxxxxxx) moram próximos. Não sabe se xxxxxxxx já teve problemas com a justiça.

[...]

A testemunha xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx relatou, que não é parente dos réus. A mãe dele (Diego) contou a depoente que ele estava sendo acusado de um roubo. Conhece Diego há mais de 10 (dez) anos. São vizinhos. Diego é uma boa pessoa. Diego não está envolvido com a prática de ilícitos. No dia dos fatos, estava em sua casa. Chegou uma correspondência. Esta correspondência não era da depoente, era de Diego. Foi entregar na casa de Diego. Ele estava lá com uma criança que é o filho dele. Entre 11h30min para meio dia. Nada sabe que o desabone. Sempre foi trabalhador.

[...]

Ao ser interrogado judicialmente, o acusado **Diego Andrade da Silva**, relatou que a acusação não é verdadeira. No dia (do crime) estava em casa, pois **estava de férias coletivas**. Iria trabalhar dia 09. Seu filho mora em Itaquaquecetuba e no final do ano fica sob sua guarda. Naquele dia iria trabalhar à noite, 21 horas. **Acordou por volta das 11 horas. Como iria trabalhar à noite, passou o dia em casa, com seu filho, para descansar.** Usa aparelho (ortodôntico) desde os 22 (vinte e dois) anos de idade. Tem 30 (trinta) anos de idade. Usa o aparelho por estética. Está muito triste. Trabalha desde os 17 anos de idade. Limpava banheiro, depois trabalhou em uma garagem de ônibus, na obra e na **Ação Positiva**, uma dedetizadora. Vai fazer 08 (oito) anos que trabalha na dedetizadora. Indicou 05 (cinco) pessoas para trabalhar nesta empresa. O futebol e a música o afastaram das coisas erradas. É cantor de funk. Faz letras de música que passam mensagens conscientes. Joga bola. Conhece bastante gente. Sempre quis as coisas certas. Não é porque conhece quem faz coisa errada que é errado. Tem muito amigo no Facebook. Já jogou bola com time de policial. Cada um faz o que quer da vida.

[...]” (fls. 72/74).

Os depoimentos estão harmônicos entre si e apresentam, quando sopesados em conjunto, considerável grau de confiabilidade e valor probatório, não existindo, nos autos, provas suficientes para um juízo condenatório, o que atrai a incidência do art. 386, VII, do Código de Processo Penal, ou seja, do princípio do "*in dubio pro reo*".

Ressalto que, nas condições acima delineadas, mesmo que o reconhecimento pessoal do paciente fosse válido, a condenação seria temerária, visto que esse ato não possui "*força probante absoluta, de sorte que não pode induzir, por si só, à certeza da autoria delitiva, em razão de sua fragilidade epistêmica*" (HC n. 712.781/RJ, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe de 22/3/2022).

Nesse mesmo sentido, o seguinte julgado da Terceira Seção:

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. DEPOIMENTO DA VÍTIMA. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO E PESSOAL. ÚNICOS ELEMENTOS DE PROVA. CONTRADIÇÕES E INCONSISTÊNCIAS AFERÍVEIS, PRIMO ICTU OCULI. DESNECESSIDADE DE REEXAME DO ACERVO PROBATÓRIO. DÚVIDA RAZOÁVEL. IN DUBIO PRO REO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Desde que respeitadas as exigências legais, o reconhecimento de pessoas pode ser valorado pelo Julgador. Isso não significa admitir que, em todo e qualquer caso, a afirmação do ofendido de que identifica determinada pessoa como o agente do crime seja prova cabal e irrefutável. Do contrário, a função dos órgãos de Estado encarregados da investigação e da acusação (Polícia e Ministério Público) seria relegada a segundo plano. O Magistrado, por sua vez, estaria reduzido à função homologatória da acusação formalizada pelo ofendido.

2. Consoante jurisprudência desta Corte, o reconhecimento positivo, que respeite as exigências legais, portanto, "é válido, sem, todavia, força probante absoluta, de sorte que não pode induzir, por si só, à certeza da autoria delitiva, em razão de sua fragilidade epistêmica" (STJ, HC n. 712.781/RJ, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 15/3/2022, DJe de 22/3/2022).

3. O reconhecimento de pessoas que obedece às disposições legais (o que não as observa é nulo, consoante jurisprudência pacífica desta Corte) não prepondera sobre quaisquer outros meios de prova (confissão, testemunha, perícia, acareação, etc.); ao contrário, deve ser valorado como os demais.

4. Há diferentes graus de confiabilidade de um reconhecimento. Se decorrido curto lapso temporal entre o crime e o ato e se a descrição do suspeito é precisa, isenta de contradições e de alterações com o passar do tempo - o que não ocorre no caso em tela - a prova, de fato, merece maior prestígio. No entanto, em algumas hipóteses o reconhecimento deve ser valorado com maior cautela, como, por exemplo, nos casos em que já decorrido muito tempo desde a prática do delito, quando há contradições na descrição declarada pela vítima e até mesmo na situação em que esse relato porventura não venha a corresponder às reais características físicas do suspeito apontado.

5. A confirmação, em juízo, do reconhecimento fotográfico extrajudicial, por si só, não torna o ato seguro e isento de erros involuntários, pois "uma vez que a testemunha ou a vítima reconhece alguém como o autor do delito, há tendência, por um viés de confirmação, a repetir a mesma resposta em reconhecimentos futuros, pois sua memória estará mais ativa e predisposta a tanto" (STJ, HC n. 712.781/RJ, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 15/3/2022, DJe de 22/3/2022).

6. No caso, é incontroverso nos autos que (i) a

condenação do Paciente encontra-se amparada tão somente no depoimento da Vítima e nos reconhecimentos realizados na fase extrajudicial e em juízo; (ii) não foram ouvidas outras testemunhas de acusação; (iii) a res furtiva não foi apreendida em poder do Acusado; (iv) o Réu negou a imputação que lhe foi dirigida.

7. Constata-se, *primo ictu oculi* e sem a necessidade de *incurião* aprofundada no acervo probatório, que há diversas inconsistências e contradições nas descrições feitas pela Vítima a respeito dos aspectos fisionômicos do suspeito, o que indica a possibilidade de reconhecimento falho, dado o risco de construção de falsas memórias.

O fenômeno não está ligado à ideia de mentira ou falsa acusação, mas sim a de um erro involuntário, a que qualquer pessoa pode ser acometida.

8. Em audiência, a Ofendida nem mesmo afirmou que havia reconhecido o Paciente, em sede policial, com absoluta certeza. Ao contrário, alegou que, naquela ocasião, após visualizar as fotos, apenas sinalizou que possivelmente o Réu seria o autor do crime.

9. Não se desconhece que, na origem, o Paciente responde por dezenas de acusações relativas à suposta prática de roubo. A própria Defesa, com nítida boa-fé, enuncia tal fato na inicial, porém alerta que "em vários deles já foi absolvido em razão de vícios do ato de reconhecimento e de falta de certeza quanto à autoria delitiva" (fl. 34). O alerta defensivo é corroborado pelo substancioso estudo anexado aos autos pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa - Márcio Thomaz Bastos, informando que o Paciente já foi absolvido "em 17 ações penais, nas quais o próprio Ministério Público opinou pela improcedência e, por isso, também não interpôs recurso" e que o "principal motivo das absolvições foi a ausência de ratificação, em Juízo, do reconhecimento policial". Portanto, as graves incongruências no reconhecimento do ora Paciente não podem ser sanadas apenas em razão quantidade de vezes em que este foi reconhecido em outros feitos.

10. Considerando que o decreto condenatório está amparado tão somente nos reconhecimentos formalizados pela Vítima e, ainda, as divergências e inconsistências na referida prova, *aferíveis de plano* e sem a necessidade de *incurião* no conjunto fático-probatório, concluo que há dúvida razoável a respeito da autoria delitiva, razão pela qual é necessário adotar a regra de julgamento que decorre da máxima *in dubio pro reo*, tendo em vista que o ônus de provar a imputação recai sobre a Acusação.

11. Ordem de habeas corpus concedida para absolver o Paciente, com fundamento no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Concedido habeas corpus *ex officio* para determinar a soltura imediata do Paciente em relação a todos os processos, cabendo aos Juízos e Tribunais, nas ações em curso, e aos Juízos da Execução Penal, nas ações transitadas em julgado, *aferirem se a dinâmica probatória é*

exatamente a mesma repelida nestes autos. Determinada a expedição de ofício comunicando a íntegra desse julgado à Corregedoria de Polícia do Estado do Rio de Janeiro para apuração de eventuais responsabilidades.

(HC n. 769.783/RJ, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 10/5/2023, DJe de 1/6/2023.)

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, para declarar a invalidade do reconhecimento pessoal do paciente e, com base no art. 386, VII, absolvê-lo.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 20 de junho de 2023.

JOEL ILAN PACIORNIK
Relator