



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 616.546 - SP (2020/0256834-0)

RELATOR : **MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE : MATHEUS HENRIQUE MARINHO E OUTRO
ADVOGADOS : MARIANA PASCON SCRIVANTE GALLI - SP312878
MATHEUS HENRIQUE MARINHO - SP388177
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WENDEL OLIVEIRA ARAUJO DA SILVA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DE PESSOA REALIZADO NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. EXISTÊNCIA DE OUTRAS PROVAS VÁLIDAS E INDEPENDENTES COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. ORDEM DENEGADA.

1. A Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, por ocasião do julgamento do HC n. 598.886/SC, realizado em 27/10/2020, propôs nova interpretação ao art. 226 do CPP, a fim de superar o entendimento, até então vigente, de que o disposto no referido artigo constituiria "mera recomendação" e, como tal, não ensejaria nulidade da prova eventual descumprimento dos requisitos formais ali previstos. Na ocasião, foram apresentadas as seguintes conclusões: 1.1) 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; 1.2) 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; 1.3) 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; 1.4) O reconhecimento do suspeito por simples exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 espécie, ao contrário do que ocorreu no caso analisado no HC n. 598.886/SC (paradigma), é possível ter havido outros elementos probatórios, que não apenas o reconhecimento fotográfico realizado pelas vítimas na fase inquisitiva, que, submetidos à possibilidade de refutação pelo exercício do contraditório pelas partes, também deram amparo à condenação do réu. E, pela instrução deficiente dos autos, não há como se afastar a compreensão das instâncias ordinárias de que há elementos válidos e suficientes o bastante para se concluir pela prática do delito de roubo em relação ao paciente.

3. As demais provas que compuseram o acervo fático-probatório amealhado aos autos – depoimento dos dois policiais militares, conteúdo obtido por meio do acesso ao celular e conteúdo obtido por meio das filmagens registradas no momento da ação delitiva – foram produzidas por fonte independente da que culminou com o elemento informativo obtido por meio do reconhecimento fotográfico realizado na fase inquisitiva, de maneira que, ainda que o reconhecimento haja sido feito em desacordo com o modelo legal e, assim, não possua valor probante pleno, certo é que, ao que tudo indica, houve outras provas, independentes e suficientes o bastante, para lastrear um decreto condenatório.

4. Ordem denegada, com a cassação da liminar anteriormente deferida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, denegar o habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Cassada a liminar anteriormente deferida. Os Srs. Ministros Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 20 de abril de 2021



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 616.546 - SP (2020/0256834-0)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE : MATHEUS HENRIQUE MARINHO E OUTRO

ADVOGADOS : MARIANA PASCON SCRIVANTE GALLI - SP312878

MATHEUS HENRIQUE MARINHO - SP388177

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : WENDEL OLIVEIRA ARAUJO DA SILVA

INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

WENDEL OLIVEIRA ARAUJO DA SILVA alega ser vítima de coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** (Apelação Criminal n. 3017033-19.2013.8.26.0576).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal.

A defesa alega, em síntese, que o réu foi condenado, exclusivamente, com base em reconhecimento fotográfico realizado pelas vítimas na fase extrajudicial e afirma que o ato não foi corroborado por outros elementos probatórios. Pondera que o reconhecimento fotográfico sem observância das regras previstas no art. 226 do CPP não autoriza, por si só, a condenação.

Requer, assim, a concessão da ordem, para que o paciente seja absolvido, com fulcro no art. 386, V, do CPP.

A liminar foi por mim **deferida**, nos termos da decisão de fls. 560-562, "para sobrestar, até o julgamento final deste *writ*, o cumprimento da pena imposta ao paciente nos autos da Apelação Criminal n. 3017033-19.2013.8.26.0576".

Depois de as informações haverem sido prestadas, o Ministério Público Federal manifestou-se pela **concessão da ordem**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 616.546 - SP (2020/0256834-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DE PESSOA REALIZADO NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. EXISTÊNCIA DE OUTRAS PROVAS VÁLIDAS E INDEPENDENTES COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. ORDEM DENEGADA.

1. A Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, por ocasião do julgamento do HC n. 598.886/SC, realizado em 27/10/2020, propôs nova interpretação ao art. 226 do CPP, a fim de superar o entendimento, até então vigente, de que o disposto no referido artigo constituiria "mera recomendação" e, como tal, não ensejaria nulidade da prova eventual descumprimento dos requisitos formais ali previstos. Na ocasião, foram apresentadas as seguintes conclusões:

1.1) 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; 1.2) 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; 1.3) 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; 1.4) 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.

2. Na espécie, ao contrário do que ocorreu no caso analisado no HC n. 598.886/SC (paradigma), é possível ter havido outros elementos probatórios, que não apenas o reconhecimento fotográfico realizado pelas vítimas na fase inquisitiva, que, submetidos à possibilidade de refutação pelo exercício do contraditório pelas partes, também deram amparo à condenação do réu. E, pela instrução deficiente dos autos,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não há como se afastar a compreensão das instâncias ordinárias de que há elementos válidos e suficientes o bastante para se concluir pela prática do delito de roubo em relação ao paciente.

3. As demais provas que compuseram o acervo fático-probatório amealhado aos autos – depoimento dos dois policiais militares, conteúdo obtido por meio do acesso ao celular e conteúdo obtido por meio das filmagens registradas no momento da ação delitiva – foram produzidas por fonte independente da que culminou com o elemento informativo obtido por meio do reconhecimento fotográfico realizado na fase inquisitiva, de maneira que, ainda que o reconhecimento haja sido feito em desacordo com o modelo legal e, assim, não possua valor probante pleno, certo é que, ao que tudo indica, houve outras provas, independentes e suficientes o bastante, para lastrear um decreto condenatório.

4. Ordem denegada, com a cassação da liminar anteriormente deferida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Contextualização

Informam os autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal. Na ocasião, foi-lhe **concedido** o direito de recorrer em liberdade (fl. 31).

O Juiz sentenciante, ao concluir pela condenação do paciente em relação à prática do referido delito, assim fundamentou, no que interessa (fls. 29-30):

A comprovar a materialidade dos fatos **há o auto de exibição e apreensão de fls. 60/61, relativo ao aparelho celular e à mídia contendo imagens registradas durante o assalto que, periciadas (fls. 309/313), apontam a chegada do veículo ocupado pelas vítimas, a presença da motocicleta com dois indivíduos e o movimento do rapaz na garupa, que segura algo na mão esquerda, possivelmente, arma de fogo.**

Ilustra-se, por fim, o objeto roubado na mão do rapaz na garupa da motocicleta e a fuga.

Vistoriado o aparelho celular, registram-se conversas contendo gírias referentes à prática de delitos, cuja execução estaria em combinação (fls. 314/317).

A vítima V.E.C.S. reconheceu, por fotografia, o réu Wendel como o assaltante que ocupava a garupa da motocicleta e segurava arma de fogo (fls. 11).

Na fase policial, exerceu o réu Dionatan a prerrogativa constitucional de permanecer calado e em Juízo aduziu ter executado o roubo com auxílio de colega já morto, **sem participação de Wendel**. Fala Dionatan haver comprado a motocicleta com salário percebido quando funcionário de auto-posto e ter o comparsa exibido revólver às vítimas após o saque dos valores.

O réu Wendel assegurou nunca ter executado delito após a maioridade.

A vítima L.H.B.P. falou do roubo, usando os assaltantes, capacetes, o que impediu a visualização dos rostos,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recordando-se, apenas, de tatuagem no braço do rapaz que ocupava a garupa e estava armado, no caso, Wendel. Explicou o ofendido ter jogado o malote com dinheiro ao roubador por acreditar que este atiraria contra ele.

Importante destacar ter a palavra da vítima valor relevante no conjunto das provas, pois não há interesse desta em incriminar inocentes e sim identificar o causador do mal.

[...]

Os agentes policiais falaram sobre a localização do réu Dionatan na motocicleta utilizada no roubo e dele ouviram que a emprestara a Wendel para a execução do crime, mas não teria recebido parte do dinheiro, conforme combinado. Para os policiais Dionatan aduziu ter comunicado o furto da motocicleta a fim de ocultar o crime de roubo.

Tais testemunhas constatarem várias ligações de Dionatan a Wendel.

Vale lembrar que o fato de policiais que participam de diligências serem testemunhas sobre estas torna o relato apresentado mais rico em detalhes e, por isso, mais digno de fé. No caso em tela, a declaração apresentou-se de forma harmônica e coesa com o restante da prova, razão pela qual não pode ser desconsiderada, inexistindo qualquer motivo para que quisessem os policiais forjar o crime.

[...]

A única conclusão possível ante o conjunto das provas é terem os réus executado o crime tal qual descrito na inicial, ou seja, em concurso de pessoas, pois agiram com comportamento diverso, mas tinham em mente o roubo e realizaram atos passíveis de concretizá-lo.

O réu Dionatan emprestou o veículo na intenção de o réu Wendel efetuar o roubo e este, com comparsa e armado, atemorizou as vítimas a fim de se apossar dos valores.

A defesa, então, interpôs apelação ao Tribunal de origem, que, no entanto, negou provimento ao recurso. Na ocasião, a Corte afastou a pretendida absolvição do réu, com base nos seguintes argumentos (fls. 35-37):

Os reclamos serão apreciados em conjunto.

Sob o crivo do contraditório, DIONATAN confessou ter praticado o crime, mas WENDEL negou (fl. 395 e vídeo anexado ao processo digital).

A prova dos autos, entretanto, revela que, no dia dos acontecimentos, Vitor Eduardo Correa e Luis Henrique Baroni Pereira estavam na via pública, dentro de um veículo, levando consigo dinheiro e cheques de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

propriedade da empresa “J. Mahfuz”, onde trabalham. Nisso, dois indivíduos chegaram numa motocicleta e, mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo, exigiram que eles lhes entregassem o malote contendo os valores, no que foram atendidos. Então, os meliantes fugiram.

Vitor e Luis telefonaram para a Guarda Estadual, relatando o ocorrido e as características da motocicleta e de seus ocupantes. Os milicianos Marcelo Ricardo da Silva e Danilo Nunes Ferreira, ao tomarem conhecimento da ocorrência, deduziram tratar-se de DIONATAN RODRIGUES MARTINS, que é conhecido dos meios policiais. Foram à sua casa, mas receberam a informação de que ele estava na Delegacia noticiando a subtração da sua moto.

Então, os guardas e as vítimas foram até lá, onde Vitor e Luis reconheceram DIONATAN como sendo um dos rapinadores que os atacaram. **Então, o Delegado mostrou um álbum de fotografias de criminosos aos ofendidos, e ambos reconheceram WENDEL como sendo o segundo criminoso. Alguns dias depois, WENDEL foi preso praticando outro delito.**

É isto o que consta de fls. 5/6, 9/13, 117/121, 128/131, 138, 309/313, 321/322, 395/397, cd rom e vídeos anexados ao processo digital.

Quanto ao que disseram os guardas, é importante salientar que as declarações daqueles a quem incumbe a árdua tarefa de lidar com criminosos - indivíduos que são refratários às mais elementares normas de convívio humano -, devem ser tidas em alta conta, e não postas em xeque, principalmente quando não há nenhum motivo concreto para que se duvide do que afirmaram os agentes estatais. E, para que não se prestigie a mais completa inversão de valores, é a palavra dos delinquentes que precisa ser vista com reservas, não a dos milicianos.

Também não há razão para que se duvide da palavra de Vitor e de Luis, pessoas que não conheciam DIONATAN e nem WENDEL e, portanto, não tinham nenhum motivo para incriminá-los gratuita e injustamente.

Diante de tais elementos de prova de absolvição não era mesmo de se cogitar, estando plenamente justificadas as condenações impostas aos réus por roubo duplamente qualificado (emprego de arma e concurso de pessoas).

Em informações prestadas a esta Corte Superior de Justiça, o Juízo de primeiro grau noticiou que a condenação transitou em julgado para o Ministério Público; a defesa, por sua vez, interpôs recursos especial e extraordinários, ambos ainda **em fase de processamento** (fl. 571).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

II. O valor probatório do reconhecimento de pessoas – o avanço da jurisprudência

No que tange ao valor probatório do reconhecimento de pessoas, faço lembrar que a Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, por ocasião do julgamento do **HC n. 598.886/SC** (Rel. Ministro **Rogério Schietti**), realizado em 27/10/2020, **propôs nova interpretação ao art. 226 do CPP**, a fim de **superar** a jurisprudência até então vigente de que o disposto no referido artigo constituiria "mera recomendação" e, como tal, não ensejaria nulidade da prova eventual descumprimento dos requisitos formais ali previstos.

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

Confirmam-se, a propósito, as **conclusões** apresentadas por ocasião do mencionado julgamento (HC n. 598.886/SC):

- 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 mera exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

No referido julgado, assentou-se **a necessidade de se determinar a invalidade de qualquer reconhecimento formal – pessoal ou fotográfico – que não siga estritamente o que determina o art. 226 do CPP**, sob pena de continuar-se a gerar uma instabilidade e insegurança de sentenças judiciais que, sob o pretexto de que outras provas produzidas em apoio a tal ato – todas, porém, derivadas de um reconhecimento desconforme ao modelo normativo – autorizariam a condenação, **potencializando, assim, o concreto risco de graves erros judiciários.**

Para se chegar a essa conclusão, o Ministro relator lançou mão de ensinamentos e de diversos estudos realizados no âmbito da Psicologia moderna, notadamente acerca da falibilidade da memória humana (tópico intitulado "O reconhecimento de pessoas e a memória humana"). Ainda, utilizando-se de dados levantados pela ONG denominada *Innocence Project* – fundada por advogados civilistas, especialistas em pedir indenização ao Estado em decorrência de condenações de pessoas inocentes –, o voto condutor registrou que, nos EUA, aproximadamente 75% das condenações de inocentes se deve a erros cometidos pelas vítimas e por testemunhas ao identificar os suspeitos no ato do reconhecimento, com menção, também, a diversos casos de erros de reconhecimento no Brasil.

Em sessão realizada no dia em 23/3/2021, esta colenda Sexta Turma, por ocasião do julgamento do **HC n. 630.949/SP** (Rel. Ministro **Rogério Schietti**), já seguiu a compreensão anteriormente externalizada e, assim, concedeu a ordem para absolver o acusado, à unanimidade, por ausência de provas acerca da autoria do delito.

Impende destacar, a propósito, que o art. 226 do CPP estabelece um procedimento e requisitos mínimos para que essa importante fonte de informações possa ter valor probatório, mesmo que produzida na fase inquisitorial, **sem, portanto, o contraditório judicial e quase sempre sem o acompanhamento de um advogado ou mesmo do representante do Ministério Público.**

Eis por que **não se pode transigir com a inobservância do procedimento probatório**, indispensável para que esse meio de prova produza seus efeitos no futuro convencimento judicial acerca da autoria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

delitiva.

Mais ainda se revela frágil e perigosa a prova decorrente do reconhecimento pessoal **quando se realiza por exibição ao reconhecedor de fotografia do suspeito**, quase sempre escolhida previamente pela autoridade policial, quer por registros já existentes na unidade policial, quer por imagens obtidas pela internet ou em redes com adaptações, o procedimento indicado no CPP para o reconhecimento presencial. Não há como ignorar que **o caráter estático, a qualidade da foto, a ausência de expressões e de trejeitos corporais e a quase sempre visualização apenas do busto do suspeito comprometem a idoneidade e a confiabilidade do ato.**

III. O caso dos autos – *distinguishing*

A defesa aduz, em síntese, que o paciente foi condenado, exclusivamente, com base em reconhecimento fotográfico realizado por uma das vítimas na fase extrajudicial e afirma que o ato não foi corroborado por outros elementos probatórios, circunstância suficiente, na sua visão, para se proclamar a absolvição do réu.

Não obstante as considerações feitas anteriormente acerca da nova interpretação da jurisprudência desta Corte acerca do art. 226 do CPP, entendo que, **no caso dos autos, ao contrário do que decidido no HC n. 598.886/SC**, não há como se concluir, **com segurança**, que a condenação do paciente haja sido lastreada, **única e exclusivamente**, no ato de reconhecimento fotográfico realizado na fase investigatória por uma das vítimas, senão vejamos.

Os fatos atribuídos ao paciente podem ser sintetizados ao seguinte **panorama**: no dia 5/12/2013, o réu Dionatan Rodrigues Martins teria emprestado uma motocicleta, para que o ora paciente executasse o crime de roubo com o auxílio de indivíduo não identificado. Estaria o paciente na garupa da motocicleta, quando da abordagem às vítimas (funcionários da empresa *J. Mafhuz*), no momento em que elas saíam da agência bancária e ingressavam no veículo pertencente à referida empresa. O paciente, então, teria apontado uma arma de fogo aos ofendidos, exigindo a entrega de malote contendo aproximadamente R\$ 34.000,00 e fugido na sequência.

Registrada a ocorrência pela **vítima Vitor Eduardo Correa da Silva**, ela compareceu à delegacia de polícia, oportunidade em que **reconheceu**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o paciente como sendo um dos autores do referido delito. Confirmam-se, a propósito, os depoimentos prestados por esse ofendido na fase inquisitorial, no que interessa (fl. 70):

Estava juntamente com Luis Henrique, por volta das 16h35 [...] com o malote, tendo saído do HSBC [...] com destino à loja, mais precisamente escritório. No interior do malote, havia aproximadamente dezessete mil reais e mais três cheques, sendo que estes três perfaziam um total de também aproximadamente dezessete mil reais. No trajeto, quase defronte ao estacionamento da empresa [...] foram abordados por uma motocicleta [...] ocupada por dois indivíduos, **ambos com capacete**. O indivíduo da garupa era moreno, com tatuagens em ambos os braços. O que estava no piloto não tem como identificar, somente que era branco. O da garupa, moreno, anunciou o assalto, estando em posse de uma arma de fogo, uma arma grande e escura. Ele exigiu o malote, exigia que abrissem as portas. Ele bateu com a coronha no para brisa do casso. Sentiu muito medo. O declarante, que estava como passageiro no veículo Gol, entregou o malote ao indivíduo. Após, eles se evadiram em alta velocidade, sentido bairro Boa Vista. **Mostrada a fotografia de tatuagens do indivíduo (nome dentro de um pergaminho) que soube posteriormente tratar-se de Wendel, reconhece sem sombra de dúvidas a tatuagem do braço direito dele como sendo idêntica à tatuagem do indivíduo moreno que o assaltou e estava na garupa, em posse de arma de fogo.** Após, comunicou o 190. Nada mais disse nem lhe foi perguntado.

O auto de reconhecimento fotográfico relacionado às vítimas – Vitor Eduardo Correa da Silva e Luis Henrique Baroni Pereira – foi lavrado nos seguintes termos (fl. 173):

[...] os quais, sob compromisso de dizerem a verdade, **foram convidados a descrever o indivíduo** que, junto com outro desconhecido, mediante grave ameaça com uso de arma de fogo, subtraíram um malote carregado com dinheiro e documentos que era transportado pelos reconhecedores. Tal indivíduo possui as seguintes características: cor morena escura, cerca de 1,80 m de altura, com tatuagem no braço direito com a inscrição VALDECIR. **Ato contínuo, lhe foram exibidas fotografias de fls. 35 e 36 dos autos [fotografias do ora paciente]. Os declarantes, observando**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atentamente tais fotografias, informam que, em dúvida, trata-se do indivíduo que apontou-lhes a arma de fogo e bateu no vidro do carro utilizado para transporte do malote, levando consigo este malote. Sendo assim, **RECONHECEM** o indivíduo da fotografia como sendo o meliante que os roubou.

Eis a razão pela qual o Juiz de primeiro grau, em sua sentença condenatória, fez menção ao fato de que "[a] vítima V. E. C. S. reconheceu, **por fotografia**, o réu Wendel como o assaltante que ocupava a garupa da motocicleta e segurava arma de fogo (fls. 11)" (fl. 29), de modo a não deixar dúvidas de que o reconhecimento fotográfico realizado na fase inquisitiva **foi, de fato, um dos elementos sopesados para fins de influenciar o convencimento do julgador acerca da autoria delitiva.**

Também não se discute que essa importante fonte de informações **não seguiu, no caso, o procedimento previsto no art. 226 do CPP**, a evidenciar que esse elemento informativo foi colhido em total desacordo com as regras probatórias.

Da mesma forma, não desconheço o fato de que a vítima Vitor Eduardo Correa da Silva afirmou, perante a autoridade policial, que os assaltantes estavam **de capacete** no momento da prática do delito (fl. 70), circunstância que, por certo, modula a qualidade da identificação e, portanto, não pode ser desconsiderada, pois obviamente **dificulta o reconhecimento** de determinado suspeito acerca da prática de um crime.

No entanto, a leitura da sentença condenatória, do acórdão impugnado e a análise dos documentos trazidos à colação **não permitem concluir, com exatidão**, pela ausência de outros elementos probatórios – colhidos, portanto, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa – que dessem o mínimo de amparo ao reconhecimento.

Com efeito, o policial condutor do indiciado Dionatan Rodrigues Martins até a delegacia, **PM Marcelo Ricardo da Silva**, prestou os seguintes depoimentos perante a autoridade policial (fls. 99-100):

[...] Ao avistar a viatura, empreendeu fuga, sendo irradiado via COPOM, porém conseguiu se evadir. Logo depois, a viatura do depoente recebeu informação via COPOM de que Dionatas estava na Central de Flagrantes, em posse de seu telefone, tendo efetuado denúncia via 190 sobre a subtração da motocicleta, tendo então, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

viatura, dirigido-se a esta unidade. Neste local, deparou-se com Dionatan defronte a Central de Flagrantes, onde, abordado e indagado, **alegou que havia emprestado a motocicleta Flacon para seu amigo Wendel**, tendo permanecido em posse da Titan cor preta dele e, posteriormente, tomado conhecimento de que a Polícia Militar esteve em sua casa, procurando-o, bem como a motocicleta, razão pela qual resolver registrar ocorrência para não se preso, falsamente, sobre a subtração. Informou também que a sua motocicleta Falcon, de sua propriedade, chegou a reavê-la, tendo se encontrado no bairro São Jorge com 'Neguinho', que conhece de vista e entregue-lhe a motocicleta de Wendel, pegando a sua de volta. [...] **Há diversas ligações efetuadas entre Dionatann [...] e Wendel [...]** O telefone foi devidamente apreendido. **As vítimas informaram que o passageiro da motocicleta possuía tatuagens nos braços, sendo-lhe mostradas as fotos de Wendel e, reconhecidas as tatuagens dele, como sendo idênticas às do rapaz da garupa da moto que efetuaram o roubo**

Os depoimentos prestados pelo **PoliciaI Militar Danilo Nunes Ferreira** foram praticamente idênticos aos anteriormente referidos, conforme termo de depoimento em auto de prisão em flagrante delito juntado às fls. 103-104. Ele também ratificou a tese de que o corréu Dionatan teria dito que havia emprestado a motocicleta utilizada na prática do crime de roubo para o ora paciente.

Veja-se, portanto, que os policiais militares afirmaram, perante a autoridade policial, que o acusado Dionatan havia admitido, informalmente, ter emprestado a motocicleta para Wendel (ora paciente), e **o Juiz sentenciante fez menção a esses depoimentos dos policiais para concluir pela autoria do delito**, momento em que consignou: "[o]s agentes policiais falaram sobre a localização do réu Dionatan na motocicleta utilizada no roubo e dele ouviram que a emprestara a Wendel para a execução do crime" (fl. 30).

Em acréscimo, ponderou o Magistrado de primeiro grau que "o fato de policiais que participam de diligências serem testemunhas sobre estas **torna o relato apresentado mais rico em detalhes e, por isso, mais digno de fé**. No caso em tela, a declaração apresentou-se **de forma harmônica e coesa com o restante da prova, razão pela qual não pode ser desconsiderada**, inexistindo qualquer motivo para que quisessem os policiais forjar o crime" (fl. 30).

Na mesma linha argumentativa, a Corte estadual, ao manter a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenação do paciente, ressaltou que "não há razão para que se duvide da palavra de Vitor e de Luis, pessoas que não conheciam DIONATAN e nem WENDEL e, portanto, não tinham nenhum motivo para incriminá-los gratuita e injustamente" (fls. 36-37)

Ademais, embora o Magistrado haja consignado, em sua sentença condenatória, que, "**em Juízo**, [o corréu Dionatan] aduziu ter executado o roubo com auxílio de colega já morto, **sem participação de Wendel** (fl. 29), certo é que **não consta dos autos os depoimentos prestados por essas testemunhas (policiais militares) na fase judicial**, o que impossibilita aferir se os elementos informativos obtidos por meio dos depoimentos por eles prestados na fase inquisitiva foram ou não confirmados em Juízo, com a devida possibilidade de refutação pelo exercício do contraditório pelas partes.

Val dizer, é perfeitamente possível que a alegação feita pelos policiais perante a autoridade policial – de que Dionatan teria admitido que emprestara a motocicleta para o paciente, para fins de execução do delito de roubo – **haja sido devidamente confirmada em juízo**, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, de maneira que, **sem a íntegra desses depoimentos nos autos**, não há como se afirmar, com absoluta certeza, a ausência de provas válidas e suficientes o bastante para proclamar a condenação do réu.

Essa conclusão – de que, **em juízo**, os policiais militares ratificaram a afirmação feita na delegacia de que o corréu Dionatan teria admitido que emprestara a motocicleta para Wendel (ora paciente) – pode ser **inferida** das próprias alegações finais oferecidas pelo Ministério Público, nas quais se aduziu o seguinte (fls. 463-464):

No caso vertente, **as provas colhidas ao longo da persecução penal são convergentes e seguras** a autorizar o decreto condenatório em desfavor dos corréus, **lembrando que os dois não produziram nenhuma prova para dar guarida às versões judiciais**, eximindo-se do ônus que lhes competia (art. 156 do CPP). Não por outro motivo, o PM Marcelo Ricardo da Silva afirmou que foi informado acerca do roubo, obtendo as características e a placa da motocicleta, a qual pertencia ao réu Dionatan, já conhecido por seu envolvimento em outra ocorrência anterior, além de detalhe físico de um dos assaltantes que possuía tatuagem. Disse que o genitor de Dionatan revelou que seu filho havia deixado o local com o réu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Wendel, antes da chegada da viatura, inclusive visualizando os dois em imagens captadas de câmeras instaladas numa residência vizinha, tendo ambos trocado duas motocicletas, uma delas chegou a ser perseguida depois do assalto. **Explicou que, no plantão policial, o réu Dionatan veio a noticiar o furto de sua motocicleta, de forma contraditória, ocasião em que foi abordado e acabou confessando que emprestou o motociclo ao réu Wendel, indivíduo perigoso e integrante do PCC, por medo de represálias, ciente de que ele cometeria um ilícito penal.** A motocicleta foi encontrada em estado abandono e depois reconhecida como a utilizada no roubo, sendo o réu Wendel reconhecido fotograficamente, por sua tatuagem peculiar no antebraço (mídia audiovisual nos autos físicos).

Não foram diferentes neste sentido os relatos do PM Danilo Nunes Ferreira, acrescentando que uma das vítimas reconheceu fotograficamente do réu Wendel, apontando duas tatuagens nos seus antebraços; **tendo o réu Dionatan admitido o empréstimo do motociclo utilizado no assalto ao comparsa Wendel** (mídia audiovisual nos autos físicos).

Ainda, os policiais também afirmaram, perante a autoridade policial, que "há **diversas ligações** efetuadas entre Dionatas [...] e Wendel [...] em seu aparelho celular (do Dionatas), sendo a última por volta das 19h00. O telefone foi devidamente apreendido" (fl. 100).

Em relação a esse ponto, verifico que **o Magistrado também fez menção na sentença condenatória** ao fato de que "há o auto de exibição e apreensão de fls. 60/61, relativo ao aparelho celular e à mídia contendo imagens registradas durante o assalto que, periciadas (fls. 309/313), apontam a chegada do veículo ocupado pelas vítimas, a presença da motocicleta com dois indivíduos e o movimento do rapaz na garupa, que segura algo na mão esquerda, possivelmente, arma de fogo" (fl. 29).

Vale dizer, **esses elementos probatórios – conteúdos do aparelho celular e da mídia contendo as imagens registradas durante o assalto – também foram sopesados pelo Juiz sentenciante** para fins de se concluir pela condenação do paciente em relação ao crime de roubo que lhe foi atribuído.

Não obstante o aparelho celular – no qual se identificaram diversas ligações efetuadas entre o paciente e o corréu Dionatan no dia do evento delituoso – haja sido apreendido e periciado, certo é que o resultado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dessa perícia, que teve como objetivo "identificar os números da agenda e transcrever algum diálogo ou imagem que tenham conteúdo com interesse à investigação" (fls. 187-188), **não consta dos autos**. De igual forma, **também não foi trazido à colação** o resultado da perícia que teve por objetivo "a degravação das imagens relacionadas ao fato" (fl. 177), das quais se permitiria, com maior segurança, identificar a pessoa filmada durante a ação delitiva, sempre, evidentemente, com o apoio de outras provas, ainda que circunstanciais.

Esclareço que toda a instrução – na qual foram ouvidas as vítimas, as duas testemunhas de acusação, as de defesa e os próprios acusados – foi realizada por meio de **sistema audiovisual** (fls. 394, 454) e **a defesa não trouxe aos autos a degravação de tais depoimentos**, ônus que lhe incumbia, haja vista que a via estreita do habeas corpus exige prova pré-constituída das alegações.

Assim, sem essas provas documentais trazidas aos autos, não há como afastar a compreensão de que **esses elementos probatórios, que nada têm a ver com o reconhecimento fotográfico, também podem ter sido decisivos** para se concluir pela participação do paciente no evento delituoso a ele atribuído.

Portanto, ao contrário do que ocorreu no caso analisado no **HC n. 598.886/SC (paradigma)**, entendo que, na hipótese dos autos, **é possível ter havido outros elementos probatórios**, que não apenas o reconhecimento fotográfico realizado pelas vítimas na fase inquisitiva, que, submetidos à possibilidade de refutação pelo exercício do contraditório pelas partes, também deram amparo à condenação do réu. E, **pela instrução deficiente dos autos**, não há como se afastar a compreensão das instâncias ordinárias de que há elementos **válidos e suficientes o bastante** para se concluir pela prática do delito de roubo em relação ao paciente.

Por fim, faço menção ao fato de que essas demais provas que compuseram o acervo fático-probatório amealhado aos autos – depoimento dos dois policiais militares, conteúdo obtido por meio do acesso ao celular e conteúdo obtido por meio das filmagens registradas no momento da ação delitiva – foram produzidas por **fonte independente** da que culminou com o elemento informativo obtido por meio do reconhecimento fotográfico realizado na fase inquisitiva, de maneira que, ainda que o reconhecimento haja sido feito em desacordo com o modelo legal e, assim, não possua valor probante pleno, certo é que, ao que tudo indica, **houve outras provas, independentes e suficientes o bastante**, para lastrear o decreto condenatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IV. Pendência de análise do recurso especial

Por último, mas não menos importante, é imperioso salientar que, em informações prestadas a esta Corte Superior de Justiça, o Juízo de primeiro grau noticiou que a condenação transitou em julgado para o Ministério Público; **a defesa, por sua vez, interpôs recursos especial e extraordinários, ambos ainda em fase de processamento** (fl. 571).

Relembro, por oportuno, que, por ocasião do julgamento do **HC n. 482.549/SP** (Rel. Ministro **Rogério Schietti**, DJe 3/4/2020), a **Terceira Seção** desta Corte Superior de Justiça discutiu a possibilidade de interposição do recurso cabível contra o ato impugnado e a impetração de habeas corpus, **de forma concomitante**, para igual pretensão, ocasião em que decidiu:

[...] a interposição do recurso cabível contra o ato impugnado e a contemporânea impetração de habeas corpus para igual pretensão somente permitirá o exame do writ se for este destinado à tutela direta da liberdade de locomoção ou se traduzir pedido diverso em relação ao que é objeto do recurso próprio e que reflita mediatamente na liberdade do paciente. Nas demais hipóteses, o habeas corpus não deve ser admitido e o exame das questões idênticas deve ser reservado ao recurso previsto para a hipótese, ainda que a matéria discutida resvale, por via transversa, na liberdade individual.

Assim, uma vez que, contra o acórdão de apelação, a defesa impetrou este habeas corpus e, **de forma contemporânea**, também interpôs recurso especial (ainda pendente de julgamento), não há dúvidas de que, na hipótese de o objeto do recurso especial ser idêntico ao deste *writ*, seria o caso de nem sequer permitir o prosseguimento deste remédio heroico, diante da opção específica, pelo legislador, de prever o recurso próprio como meio regular de se impugnarem decisões expressamente previstas no âmbito de cabimento do recurso. O habeas corpus, nesse caso, estaria sendo nitidamente utilizado **de forma desvirtuada**, como meio de contornar as especificidades de tramitação do recurso especial, usualmente mais demorado.

Apenas se o recurso especial, por qualquer motivo, não fosse conhecido, é que seria possível a utilização de habeas corpus para sanar eventual constrangimento ilegal advindo do acórdão de apelação. Contudo, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

utilização do *writ*, nessa situação, de **caráter subsidiário**, somente deveria ser **permitida depois** de proferido o **juízo negativo de admissibilidade do recurso especial pelo Tribunal *ad quem***, visto serem indevidas a subversão do sistema recursal e a avaliação, enquanto não exaurida a prestação jurisdicional pela instância de origem, de tese defensiva na via estreita do habeas corpus.

Portanto, uma vez que não há, no ato aqui impugnado, manifesta ilegalidade, perceptível *primus ictus oculi*, não vejo como se proclamar, **pela via estreita do habeas corpus**, a absolvição do paciente.

V. Dispositivo

À vista do exposto, **denego a ordem**, cassando, por conseguinte, a liminar anteriormente deferida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2020/0256834-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 616.546 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20200000061785 3017033192013 30170331920138260576

EM MESA

JULGADO: 20/04/2021

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ ADONIS CALLOU DE ARAÚJO

Secretária

Bela. GISLAYNE LUSTOSA RODRIGUES

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MATHEUS HENRIQUE MARINHO E OUTRO
ADVOGADOS : MARIANA PASCON SCRIVANTE GALLI - SP312878
MATHEUS HENRIQUE MARINHO - SP388177
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WENDEL OLIVEIRA ARAUJO DA SILVA
CORRÉU : DIONATAN RODRIGUES MARTINS
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, denegou o habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Cassada a liminar anteriormente deferida.

Os Srs. Ministros Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.