

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – RELATOR
DO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 216.248 – 2ª TURMA –
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

RHC 216.248

Agravante: Valcir de Oliveira

VALCIR DE OLIVEIRA, já devidamente qualificado nos autos, vem, respeitosamente, à presença de V. Exa., por intermédio do Defensor Público-Geral Federal, por meio do Defensor designado, conforme Portaria 233, de 14 de março de 2019, interpor recurso de **AGRAVO**, previsto no artigo 317 do RISTF, em face de decisão monocrática que negou provimento ao **RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 216.248**, interposto contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça que denegou a ordem ao HC 581.963/SC.

Requer seja recebido, conhecido e provido o recurso, rogando, ainda, caso não exercido o juízo de retratação, seja ele levado à Turma para que esta lhe dê provimento.

COLEDA TURMA

1. BREVE RELATO DOS FATOS

O recorrente foi condenado como incurso no artigo 157, §2º, inciso II, do CP, à pena privativa de liberdade de 5 anos e 4 meses, a ser cumprida em regime semiaberto, mais o pagamento de 12 dias-multa. Ele teria praticado o roubo em coautoria com outro rapaz, este de nome Orley Bruno Corrêa.

Em face da referida sentença, a defesa interpôs recurso de apelação, requerendo a nulidade do reconhecimento fotográfico realizado em descordo com as regras previstas do código de processo penal e a consequente absolvição do

recorrente, dada a inexistência de outras provas de autoria. No entanto, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina negou provimento ao recurso.

Diante da permanência do constrangimento ilegal, foi impetrado habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça. Este, no entanto, teve sua ordem denegada pela Sexta Turma, com base no fundamento de que a condenação não teria sido embasada apenas no reconhecimento por fotografia.

Em face dessa decisão, foi interposto o presente recurso ordinário em habeas corpus, pleiteando a absolvição do recorrente por ausência de provas válidas para a condenação (CPP, art. 386, V), uma vez que o reconhecimento fotográfico, não corroborado por outras provas produzidas sob contraditório, não permite a condenação do paciente.

Em sede de decisão monocrática, no entanto, o Ministro Relator negou provimento ao recurso, sob o fundamento de que não teria ocorrido, no caso concreto, condenação com base exclusivamente em reconhecimento fotográfico.

Todavia, a mencionada decisão não deve prevalecer, como será a seguir demonstrado.

2. DA TEMPESTIVIDADE DO PRESENTE AGRAVO

A Defensoria Pública-Geral da União foi intimada eletronicamente em 20 de junho de 2022, segunda-feira.

A parte está assistida pela Defensoria Pública, o que impõe a contagem em dobro dos prazos processuais, na forma do art. 44, I, da Lei Complementar nº 80/1994.

Portanto, o prazo final para a interposição do recurso pertinente é o dia 30 de junho de 2022, quinta-feira.

3. DAS RAZÕES RECURSAIS

Cumprido pontuar, com a devida licença, que a decisão recorrida não analisou, de maneira aprofundada, o caso concreto. A referida decisão se limitou basicamente a colacionar o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, afirmando que *“a condenação do Paciente pelo crime de roubo circunstanciado foi embasada não apenas em reconhecimento por fotografia”*, asseverando que dissenter desta conclusão demandaria reexame do conjunto fático-probatório.

Ocorre que tal decisão, baseada na equivocada premissa de que haveria outras provas de autoria que embasam a condenação, aliada à argumentação de impossibilidade de reexame fático-probatório, não merece prosperar.

No que se refere ao reexame fático-probatório, essa Corte já firmou entendimento de que nada impede que o julgador analise as provas e documentos que já estão nos autos. O que não se admite em sede de habeas corpus é apenas a dilação probatória. Se assim não fosse, não haveria qualquer motivo para que o impetrante apresentasse provas quando do ajuizamento do habeas corpus.

É exatamente nesse sentido o trecho abaixo transcrito do voto condutor proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do RHC 206846:

“De igual modo, não há impedimento para determinada incursão fático-probatória em sede de habeas corpus, como já decidiu a Segunda Turma desta Corte.

Em habeas corpus, não é possível se proceder à dilação probatória, mas nada impede que o julgador analise as provas e documentos que já estão nos autos. Se não for possível examiná-los, de nada adianta exigir do impetrante que “apresente prova pré-constituída” no momento da impetração. Nesse sentido:

“Agravo regimental no habeas corpus. 2. No habeas corpus, é vedada a dilação probatória, devendo o impetrante instruí-lo com provas préconstituídas, nas quais fundamenta seu pedido. Possibilidade de reexame, que não se confunde com dilação probatória. 3. Concessão da ordem de ofício diante de manifesta e ululante ilegalidade. Possibilidade. 4. Agravo regimental não provido.” (AgR no

HC 174.977, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 12.2.2020)

Ademais, existem temas que inerentemente demandam análise de elementos que constem nos autos. Por exemplo, como se pode examinar a existência de *fumus commissi delicti* para uma prisão preventiva sem verificar os fundamentos fáticos que a legitimam?

Portanto, a análise em sede de habeas corpus possui uma cognição limitada ao Tribunal ad quem. Não se trata de vedar, abstratamente, qualquer reexame fático ou probatório. Contudo, a via estreita do habeas corpus permite um contato limitado com a situação fática do caso concreto. Essa ação constitucional tem como objetivo tutelar direitos fundamentais do imputado, que coloquem em risco a sua liberdade ainda que indiretamente.

Nesses termos, a partir dos elementos juntados aos autos e, especialmente, dos fundamentos assentados nas decisões dos juízos anteriores, deve-se verificar a ocorrência de ilegalidade de modo a garantir-se a proteção efetiva dos direitos fundamentais no processo penal.” (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) (grifo nosso)

Assim sendo, imperioso que esse Egrégio Tribunal analise os autos do presente recurso, o que possibilitará que se profira decisão com base no caso concreto em discussão. Há que se rememorar que cada habeas corpus representa a vida de uma pessoa e um possível cerceamento ilegal à sua liberdade.

No caso concreto, o constrangimento ilegal encontra-se consubstanciado na condenação do ora recorrente sem provas válidas de autoria, uma vez que foi lastreada unicamente em um reconhecimento fotográfico inequivocamente nulo.

Conforme se verifica nos autos, a vítima, em sua declaração perante o delegado de polícia, afirmou que “*foi abordado por ORLEY BRUNO CORREA e mais*

um indivíduo” e que este “outro indivíduo era entroncado, de estatura baixa, loiro e de pele clara” (e-STJ Fl. 23):

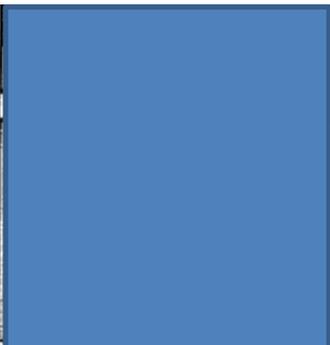
em dinheiro que estava no bolso; **QUE o outro indivíduo era entroncado, de estatura baixa, loiro e de pele clara;** QUE neste ato foi apresentada fotografia de VALCIR DE OLIVEIRA, vez que o depoente reconhece com toda a certeza como sendo o outro indivíduo que lhe roubou juntamente

Posteriormente, sem nenhuma razão, foi apresentada à vítima fotografia de VALCIR, momento em que a vítima o reconheceu como sendo o outro indivíduo envolvido no roubo. Já em juízo, a vítima foi ouvida reafirmando seu posicionamento da delegacia, de que havia reconhecido ambos os acusados.

Com base nesse testemunho da vítima, que apenas visou corroborar o reconhecimento fotográfico incontestavelmente nulo, Valcir foi condenado pelo crime de roubo, sem qualquer outra prova de sua autoria.

Veja-se que além de não ter sido respeitado o procedimento previsto no artigo 226 do CPP, o que por si só já é apto a gerar a nulidade do reconhecimento fotográfico, este foi totalmente aleatório, uma vez que as características apontadas pela vítima perante a autoridade policial em NADA se assemelham às características do recorrente.

Valcir é magro, de estatura mediana, pardo e de cabelos escuros (vide imagem e-STJ Fl.24 e 25), ou seja, o completo oposto da descrição realizada pela vítima quando deu sua declaração na delegacia, na qual afirmou que se tratava de sujeito “*entroncado, de estatura baixa, loiro e de pele clara*”. Colacionam-se abaixo as características de Valcir (e-STJ Fl. 25):

	Sangue NÃO INFORMADO - NÃO INFORMADO	Compleição <u>MAGRO</u>
	Cabelo <u>PRETO - LISO</u>	Boca NORMAL
	Sobrancelhas SEPARADAS - GROSSA	Nariz PEQUENO
	Testa CURTA - NORMAL	Cúttis <u>PARDA</u>
	Olhos CASTANHO - PEQUENO	Rosto OVALADO
	Orelhas NORMAL - ABERTAS	Barba RASPADA
	Lábios FINOS - NORMAIS	Bigode RASPADO
	Pescoço NORMAL - NORMAL	Altura <u>1,65</u>

Ora, não se desconhece o posicionamento dessa Suprema Corte de que, havendo outras provas, a nulidade do reconhecimento fotográfico não ocasionaria a absolvição do acusado. No entanto, para se aplicar tal entendimento é imprescindível que se analise o caso concreto e se verifique se de fato existem outras provas que embasam a condenação, e não unicamente o reconhecimento fotográfico nulo.

O que se verifica é que o testemunho da vítima, que supostamente seria a prova independente do reconhecimento fotográfico nulo, encontra-se maculada pelos vícios do referido reconhecimento. Insta ressaltar que a repetição do reconhecimento não é garantia de maior precisão ou confiabilidade, especialmente se a primeira vez foi realizada de modo a induzir a falsas memórias.

Além disso, esse Egrégio Tribunal firmou entendimento de que é imprescindível que o reconhecimento pessoal se dê de forma a observar as formalidades do artigo 226 do CPP e seja ancorado em provas judiciais, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Assim, nota-se que há uma tendência de *overruling*, passando o artigo 226 do CPP a ter o caráter cogente que não deveria ter deixado de ter.

É notória a jurisprudência pacífica e recém-assentada por este Supremo Tribunal Federal de que o mero reconhecimento fotográfico de pessoa realizado no inquérito policial, ainda que reafirmado em juízo, não é capaz de lastrear condenação criminal por incidir em manifesta inobservância do procedimento inscrito no artigo 226 do CPP. Neste sentido:

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,



DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
DEFENSORIA PÚBLICA-GERAL DA UNIÃO

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) (grifo nosso)

NULIDADE – CERCEAMENTO DE DEFESA – DEFENSOR PÚBLICO – NOMEAÇÃO. A nomeação de defensor público, ocorrida ante a inércia da defesa constituída e após a regular intimação do acusado para que indicasse novo advogado, não constitui cerceamento de defesa a implicar nulidade. RECONHECIMENTO PESSOAL – ARTIGO 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – VALOR PROBATÓRIO. O valor probatório do reconhecimento pessoal há de ser analisado considerado o atendimento às formalidades do artigo 226 do Código de Processo Penal, **bem assim o confronto da descrição fornecida com os atributos físicos da pessoa**



DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
DEFENSORIA PÚBLICA-GERAL DA UNIÃO

identificada, de modo que a discrepância da narrativa com as verdadeiras características do acusado reduz significativamente a relevância probatória do reconhecimento. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO – FUNDAMENTO – DECISÃO CONDENATÓRIA. A utilização do reconhecimento fotográfico na condenação pressupõe existirem outras provas, obtidas sob o crivo do contraditório, aptas a corroborá-lo, revelando-se desprovida de fundamentação idônea decisão lastreada, unicamente, nesse meio de prova. (HC 157007, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 11/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-233 DIVULG 21-09-2020 PUBLIC 22-09-2020) (grifo nosso)

Apesar da decisão denegatória no caso em exame, o Superior Tribunal de Justiça tem se mostrado cada vez mais rigoroso no que respeita à exigência correta de cumprimento do artigo 226 do CPP. O objetivo é nobre e em muito ultrapassa as meras formalidades: busca evitar condenações de inocentes com base em falsas memórias, preconceitos e mentiras. Sim, vítimas mentem e testemunhas também, pelo que um mínimo de segurança é essencial ao acusado (vide o RHC 209.412, rel. Ministro Edson Fachin, julgado pela Segunda Turma do STF, em que a vítima afirmou ter sofrido roubo, descrevendo o suposto assaltante, sendo depois desmentida pelas câmeras de segurança que mostraram tratar-se de furto).

São inúmeras as decisões do STJ na lista buscada no presente agravo, transcrevem-se ementas de julgados emanados das duas Turmas Criminais da Corte:

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. NEGATIVA DE AUTORIA. RECONHECIMENTO PESSOAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. SUPORTE PROBATÓRIO INSUFICIENTE. CERTEZA DA AUTORIA NÃO DEMONSTRADA. NULIDADE RECONHECIDA. 1. **Nos termos da atual jurisprudência desta Corte "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**



DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
DEFENSORIA PÚBLICA-GERAL DA UNIÃO

do Código de Processo Penal e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa". (HC n. 598.886/SC, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe de 18/12/2020). 2. O Tribunal de Justiça entendeu que "a regra prevista no artigo 226 do Código de Processo Penal não é absoluta, tanto que consta do mencionado dispositivo que a pessoa que se pretende reconhecer será colocada, "se possível", ao lado de outras que com ela tiverem semelhança; recomendação esta que, caso não seguida, não tem o condão de invalidar o ato". **3. No limite, o paciente foi condenado, exclusivamente, com base em reconhecimento fotográfico realizado pelas vítimas em nível policial e sem nenhuma outra prova para embasar o édito condenatório, não se tendo nos autos a demonstração sequer razoável da autoria delitiva.** 4. **Habeas Corpus concedido para reconhecer a nulidade ocorrida em relação ao reconhecimento fotográfico e, por consequência, absolver o acusado da imputação constante da denúncia (art. 386, VII - CPP),** determinando-lhe a soltura incontinenti, se por outro motivo não estiver preso.(HC n. 721.933/SP, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), **Sexta Turma**, julgado em 14/6/2022, DJe de 20/6/2022.) (grifo nosso)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO. **RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. SUPORTE PROBATÓRIO INSUFICIENTE. CERTEZA NÃO DEMONSTRADA. NULIDADE RECONHECIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.** **1. Ambas as Turmas que compõe a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça alinharam 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**



DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
DEFENSORIA PÚBLICA-GERAL DA UNIÃO

contraditório e da ampla defesa" (HC 652.284/SC, desta Relatoria, DJe 3/5/2021). 2. No caso em tela, o reconhecimento fotográfico do agravado não obedeceu aos ditames do precedente mencionado (HC 598.886/SC) e, mais grave ainda, da própria norma processual em causa (art. 226 - CPP). Além disso, as demais provas apresentadas, sobretudo as extraídas do telefone celular esquecido na residência da vítima, não se revelam suficientes para a condenação. Aliás, consta da sentença que, decretada a quebra do sigilo telefônico do referido celular, nada de relevante foi encontrado. 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp n. 1.990.928/MG, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, **Quinta Turma, julgado em 26/4/2022, DJe de 29/4/2022.) (grifo nosso)**

Aliás, ao apreciar o HC 581.963, a Ministra relatora no STJ afirmou, repetindo o TJSC, que a vítima conhecia os dois acusados, o agravante (Valcir) e o outro (Orley). Ora, se a vítima conhecia o ora agravante, por que disse que ele seria loiro, entroncado e de pele clara, quando, na verdade, o agravante Valcir tem cabelo preto, é magro e pardo? Em suma, ele errou completamente a descrição de Valcir, o que aniquila a credibilidade de sua fala. Pior, a vítima foi a única pessoa ouvida em juízo a presenciar o fato.

A sentença condenatória sequer nega o completo desrespeito ao artigo 226 do CPP:

“Não há informações de que a autoridade policial conseguiria dispor, naquele momento, de outros indivíduos com características semelhantes aos réus para que o procedimento de reconhecimento seguisse à risca as regras referidas, sobretudo em um município como Campos Novos com uma população relativamente baixa.

Ainda, eventual inobservância do procedimento formal previsto no artigo 226 do Código de Processo Penal em relação ao reconhecimento dos réus não implica a nulidade prevista no artigo 564, inciso IV, do Código de Processo Penal, pois não se considera elemento essencial do ato, vez que tal situação pode ser comprovada, como de fato foi, de outras formas, a exemplo da testemunhal.”

De qual forma foi comprovada a autoria, cumpre indagar? Através da oitiva da vítima, que disse que o autor do fato seria pessoa loira, forte e de pele clara?

Está acostado ao presente o documento contendo as declarações prestadas pela vítima na polícia, para facilitação da consulta. Após a vítima falar que o outro acusado (o agravante) era entroncado, de estatura baixa, loiro e de pele clara, a polícia apresentou a ela foto do agravante Valcir, que teria sido então reconhecido. Valcir é pardo e tem cabelos pretos. Antes da foto a vítima falava em um homem loiro de pele clara.

Extrai-se do relatório da sentença:

“Não sendo caso de absolvição sumária, o feito ingressou na fase de instrução, oportunidade em que foi ouvida a **vítima**, colhidas as declarações de um **informante**, bem como **interrogados os réus** (fls. 79 – sistema audiovisual).”

De qual testemunha estaria falando o Douto Magistrado para dizer que sua oitiva dispensaria a observância ao artigo 226 do CPP, no primeiro trecho acima transcrito? O rol apresentado pelo Ministério Público na denúncia só incluiu o nome da vítima, vale destacar.

E mais, afirmou-se que não haveria informação de que a polícia conseguiria reunir pessoas com características semelhantes? Caso se consolide tal entendimento, o reconhecimento poderá ser feito de qualquer modo, data venia.

Como se vê, os casos analisados pelos precedentes em muito se assemelham ao presente caso concreto, no qual se procedeu a um reconhecimento que foi realizado em desconformidade ao artigo 226 do CPP, de modo totalmente aleatório, sem que as características da pessoa na fotografia sequer fossem as mesmas descritas pela vítima.

Ademais, reitera-se que o testemunho da vítima em juízo não pode ser considerado prova independente e não contaminada para condenação do recorrente, uma vez que a vítima apenas ratificou o reconhecimento fotográfico nulo.

Assim sendo, imperioso que seja reconhecida a nulidade do reconhecimento fotográfico realizado e, conseqüentemente, seja o réu absolvido por falta de provas de sua autoria.

4. SUSTENTAÇÃO ORAL

O Defensor Público subscritor, desde já, manifesta seu desejo de proferir **sustentação oral no julgamento do agravo**, nos termos do disposto no artigo 7º, §2º-B, VI, da Lei 8906/1994, alterada pela Lei 14365/2022.

5. CONCLUSÃO

Ante o exposto, requer seja exercido o juízo de retratação por Vossa Excelência, com o conhecimento do recurso e a concessão da ordem para reconhecer a nulidade do reconhecimento fotográfico realizado em fase inquisitorial e, por conseguinte, a absolvição do recorrente.

Caso mantida a decisão agravada, seja o presente agravo levado à Turma em destaque, permitindo-se a realização de sustentação oral para que esta dê provimento ao recurso e conceda a ordem.

Pugna, ainda, pela intimação pessoal da Defensoria Pública-Geral da União para a sessão de julgamento do *writ*.

Nestes termos,
Pede deferimento.

Brasília, 30 de junho de 2022.

Gustavo de Almeida Ribeiro
Defensor Público Federal