



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000434954

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1507776-65.2022.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante GUILHERME SILVA VIANA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **conheceram do recurso e, no mérito, por v.u. deram-lhe provimento para absolver o réu GUILHERME SILVA VIANA da prática do delito previsto pelo artigo 157, parágrafo 2º, inciso II, e parágrafo 2º-A, inciso I, do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Presidente) E RENATA WILLIAM RACHED CATELLI.

São Paulo, 5 de maio de 2025.

MARCOS ZILLI

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Voto nº 10.042

16ª Câmara de Direito Criminal

Apelação Criminal nº 1507776-65.2022.8.26.0564

Apelante: Guilherme Silva Viana

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de São Bernardo do Campo

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. ABSOLVIÇÃO. FRAGILIDADE PROBATÓRIA. NULIDADE NO ATO DE RECONHECIMENTO PESSOAL. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. PLEITO SUBSIDIÁRIO DE ALTERAÇÃO DE REGIME PRISIONAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. DO CASO EM EXAME. Recurso de apelação interposto pela defesa de Guilherme Silva Viana contra sentença que o condenou à pena de 06 anos e 08 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 16 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, pela prática do crime previsto pelo artigo 157, parágrafo 2º, inciso II, e parágrafo 2º-A, inciso I, do Código Penal. Pretensão recursal de absolvição em razão da fragilidade de provas. Nulidade dos atos de reconhecimento realizados, notadamente por não terem observado o procedimento desenhado pela legislação. Pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita. Pleito subsidiário de fixação do regime prisional aberto.

2. DO FATO SUBMETIDO A JULGAMENTO. Vítima que estava parada na via pública com sua motocicleta, ocasião em que foi abordada pelo acusado e por um segundo agente que trafegavam em um outro motociclo. Réu que, na posição de garupa, empunhou uma arma de fogo e anunciou o roubo, determinando a entrega da motocicleta. Agentes que empreenderam fuga na posse da res. Acusado que teria postado fotografia da motocicleta roubada em suas redes sociais. Veículo que, dias depois, foi encontrado abandonado na via pública por guardas municipais. Acusado que foi reconhecido pela vítima como um dos autores do roubo.

3. DAS RAZÕES DE DECIDIR.

3.1. Concessão da justiça gratuita ao réu. Presunção de

veracidade das alegações de insuficiência de recursos financeiros. Artigo 99, parágrafo 3º, do CPC.

3.2. Materialidade do crime demonstrada. Dúvidas quanto a autoria. Reconhecimento do réu. Procedimento probatório previsto no art. 226 do Código de Processo Penal. Inobservância. Ausência de justificativa dada pelas diferentes autoridades. A par da inobservância estrita dos requisitos legais, não houve apresentação de justificativa quanto à eventual impossibilidade de cumprimento do procedimento probatório. A ausência de justificativa não permite que se infira a impossibilidade material de atendimento dos padrões normativos que conferem ao ato processual o selo da validade.

3.3. O desenho procedimental não constitui mera recomendação cuja observância resida no campo de escolha das autoridades responsáveis pela condução da persecução. Representam mandamentos cujo cumprimento se projeta no campo da imperatividade, salvaguardada situação concreta de impedimento. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Ilegitimidade probatória. Comprometimento de sua capacidade epistêmica.

3.4. Ausência de outros elementos de prova que pudessem vincular o acusado com a prática do roubo. Réu que negou envolvimento nos fatos. Inexistência de imagens da ação criminosa. Acusado que não foi encontrado na posse da motocicleta. Insuficiência para decreto condenatório.

4. DO DISPOSITIVO. Recurso conhecido e provido para absolver o réu GUILHERME SILVA VIANA da prática do delito previsto pelo artigo 157, parágrafo 2º, inciso II, e parágrafo 2º-A, inciso I, do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Legislação Citada: Código Penal, art. 157, §2º, inciso II, e §2º-A, inciso I. Código de Processo Penal, art. 226, art. 386, inciso VII.

Jurisprudência Citada: STJ, HC 598.886/SC, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 27/10/2020. STJ, HC 648.232/SP, Rel. Min. Olindo Menezes, julgado em 18/05/2021.

Trata-se de recurso de apelação interposto pela **defesa** em favor de **GUILHERME SILVA VIANA**, contra a r. sentença proferida pelo **MM. Juiz de**

Direito Edegar de Souza Castro, da 3ª Vara Criminal da Comarca de São Bernardo do Campo, que, julgando procedente a pretensão deduzida na denúncia, condenou o réu à pena de 06 anos e 08 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 16 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, pela prática do crime previsto pelo artigo 157, parágrafo 2º, inciso II, e parágrafo 2º-A, inciso I, do Código Penal (fls. 116/121).

A defesa pugna pela reforma da r. sentença com a absolvição do réu, invocando, para tanto, a fragilidade probatória. Aduz ter o réu negado a prática do delito durante toda a persecução penal. Sustenta que a prova colhida se mostra insuficiente para embasar um édito condenatório. Invoca, ademais, a nulidade dos atos de reconhecimento realizados, notadamente por não terem observado o procedimento desenhado pela legislação. Requer, ademais, a concessão dos benefícios da justiça gratuita. Subsidiariamente, pugna pela fixação do regime prisional aberto (fls. 363/372).

Contrarrazoado o recurso (fls. 379/387), a Douta Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Dr. Saad Mazloun, opinou pelo improvimento do apelo defensivo (fls. 396/402).

É o relatório.

I - Do juízo de admissibilidade recursal

O recurso deve ser admitido.

Estão presentes, na hipótese, os pressupostos recursais objetivos. O recurso é cabível, pois a sentença é recorrível e a defesa se valeu da via impugnativa adequada. Foi interposto tempestivamente, observando-se as formalidades exigidas. Também estão presentes os seus pressupostos subjetivos. A defesa possui legitimidade e interesse recursal, na medida em que almeja a obtenção de provimento diverso daquele obtido em sentença.

II – Da apelação interposta

II.1 - Do pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita

A defesa pleiteia pela concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, alegando que o réu não possui condições financeiras de arcar com as despesas e custas processuais.

Conforme dispõe o §3º, do artigo 99, do Código de Processo Civil, a alegação de insuficiência para custeio das despesas processuais deduzida exclusivamente por pessoa natural deve ser presumida como verdadeira. Assim, considerando a ausência de elementos a infirmar a declaração, de rigor a concessão dos benefícios da justiça gratuita. Aliás, já se decidiu em sentido análogo na presente Câmara:

Finalmente, afasta-se o pagamento das custas processuais, dada a presumível hipossuficiência do apenado, bem como a falta de cominação no Código Penal, pois o gravame teria a natureza de pena e integraria a condenação, se essencial lei substantiva federal houvesse. Além disso, o réu foi representado por Defensor nomeado pelo convênio mantido entre a OAB-PGE, justamente porque não reunia condições financeiras para constituir um advogado. Assim, à falta de prévia cominação legal, impõe-se o cancelamento da condenação nas custas processuais.
(TJSP, Apel. Crim. Nº 0002088-35.2017.8.26.0642, Relator. Des. Osni Pereira, J: 16/10/2019)

II.2 – Breve síntese dos fatos e termos do processo

O réu foi denunciado porque, no dia 06 de março de 2022, por volta das 20:10 horas, na Rua Pedro Brêda, n. 215, na cidade de São Bernardo do Campo, em companhia de outro indivíduo não identificado, agindo com unidade de desígnios e divisão de tarefas, caracterizadoras do concurso de pessoas, subtraiu, para proveito comum, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, uma motocicleta Dafra/NH190, placa GHC-4101, cor cinza, chassi 95VZB1B5LLM000237, pertencente à vítima *Caio Henrique Machado Silva*.

De acordo com o narrado pela denúncia, a vítima estava parada na via

pública com sua motocicleta Dafra/NH190, placa GHC-4101, ocasião em que foi abordada pelo acusado e por um segundo agente que trafegavam em um motociclo da marca Honda XRE, cor preta. Na oportunidade, o réu ocupava a posição de garupa e foi quem, empunhando uma arma de fogo, anunciou o roubo e determinou que a vítima entregasse sua motocicleta. Na sequência, os agentes empreenderam fuga na posse da *res*. Ocorre que, após os fatos, o acusado postou fotografias da motocicleta roubada em suas redes sociais. Já no dia 15 de março de 2022, guarda municipais, em patrulhamento de rotina, foram informados por populares que dois indivíduos teriam abandonado uma motocicleta na Rua Santa Luzia, n. 340, Montanhão, na cidade de São Bernardo do Campo. Chegando ao local indicado, os guardas se depararam com a motocicleta da vítima, sem a placa e com a numeração do chassi suprimida. Na delegacia, o veículo foi reconhecido pelo ofendido através de algumas características peculiares (farol de milha, uma “bolha” no para brisa dianteiro e um adesivo específico no tanque com dizeres “alvarengrau”). O laudo pericial confirmou que a motocicleta era aquela de propriedade da vítima. Ainda em solo policial, esta procedeu ao reconhecimento fotográfico e pessoal do acusado, tendo-o reconhecido, com segurança, como a pessoa que ocupava a garupa do motociclo e que lhe apontou a arma de fogo.

A persecução penal foi instaurada através de portaria da autoridade policial (fls. 08). Recebida a denúncia, foi decretada a prisão preventiva do acusado (fls. 67/71). Durante a ação penal, foi a prisão preventiva substituída por medidas cautelares alternativas, sendo determinada a imediata expedição de alvará de soltura clausulado (fls. 170/171).

II.3 – Das provas produzidas

Em juízo, a vítima *Caio Henrique* confirmou os relatos ofertados em sede preliminar. Reconheceu, ademais, o acusado como um dos autores do roubo. Disse que, por ocasião dos fatos, trafegava com sua motocicleta pela via pública, momento em que foi abordado por dois indivíduos que se aproximaram em outro motociclo. Destacou que o acusado, que ocupava a posição de garupa, empunhou

uma arma de fogo e anunciou o roubo, exigindo a entrega do veículo. Afirmou que cedeu às exigências dos criminosos, tendo eles empreendido fuga na posse da motocicleta. Asseverou que registrou os fatos no distrito policial e postou algumas fotografias do motociclo em suas redes sociais. Recebeu mensagem de pessoas que afirmaram ter visto o veículo na posse de um rapaz, no caso o réu. Na ocasião, inclusive, foi informado sobre as redes sociais do acusado, onde encontrou *posts* dele com uma motocicleta muito semelhante a sua. Afirmou, ademais, que, alguns dias depois, o motociclo foi localizado e apreendido por guardas municipais. Confirmou que reconheceu o acusado como o autor do roubo. Asseverou que, muito embora o réu estivesse de capacete, permaneceu com a viseira aberta durante a empreitada criminosa.

Em audiência, o policial civil Claudinei Cardozo, responsável pela investigação que culminou na identificação do acusado, confirmou o quanto apurou em sede preliminar. Disse que a motocicleta foi apresentada no distrito policial por guardas municipais que a encontraram abandonada na via pública. Através de pesquisas, constatou que o motociclo era produto de roubo ocorrido dias antes. A vítima compareceu à delegacia e reconheceu o veículo. Além disso, a vítima apresentou algumas fotografias retiradas das redes sociais do acusado, onde havia alguns *posts* dele com o motociclo roubado. O réu foi localizado e, durante interrogatório, negou envolvimento nos fatos. Não se recordou se a vítima o reconheceu como um dos autores do crime. A mesma narrativa foi apresentada pelo policial civil Wagner Amorin, em sede preliminar.

Em solo policial, o réu se limitou a negar envolvimento no roubo. Sob o crivo do contraditório, manteve a negativa. Acrescentou que na noite dos fatos estava em sua casa com sua esposa. Afirmou, ademais, que a motocicleta retratada em suas redes sociais não era aquela objeto do roubo.

II.4 - Dos vícios que cercaram o reconhecimento do acusado

II.4.1 - Do procedimento do reconhecimento de pessoas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Como se sabe, o reconhecimento de pessoas é meio de produção de prova de maior importância, razão pela qual o legislador processual fixou procedimento detalhado de concretização (art. 226, do Código de Processo Penal). A formalidade procedimental, note-se, é requisito de validade do resultado probatório. É, portanto, o selo assecuratório da confiabilidade dos elementos de prova que emanam do reconhecimento. Nesse sentido, converge o credenciado magistério de Aury Lopes Júnior¹:

Trata-se de uma prova cuja forma de produção está estritamente definida e, partindo da premissa de que – em matéria processual penal – forma é garantia, não há espaço para informalidades judiciais. Infelizmente, prática bastante comum na praxe forense consiste em fazer “reconhecimentos informais”, admitidos em nome do princípio do livre convencimento motivado (...)

Tais cuidados, longe de serem inúteis formalidades, constituem condição de credibilidade do instrumento probatório, refletindo na qualidade da tutela jurisdicional prestada e na própria confiabilidade do sistema judiciário de um país.

Por muito tempo, prevaleceu o entendimento que atestava a validade do reconhecimento, mesmo que inobservado o procedimento legal. Na afirmação da validade vigoraram fundamentos inspirados no livre convencimento judicial, assim como na possibilidade de produção de provas atípicas. Recentemente, contudo, o Superior Tribunal de Justiça, por meio de suas duas turmas criminais², pronunciou-se quanto à indispensabilidade de observância de todas as etapas procedimentais estabelecidas pelo legislador.

De fato, consoante entendimento exarado nos autos do *Habeas Corpus* paradigma nº 598.886/SC, de relatoria do Ministro Rogerio Schietti Cruz, julgado em 27 de outubro de 2020, o reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento desenhado pelo art. 226 do Código de Processo Penal. Naquela oportunidade, afirmou-se que o reconhecimento, realizado ao arrepio da norma processual,

¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book, p. 770.

² *Habeas Corpus* nº 598.886/SC, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, J: 27/10/2020; DJe: 18/12/2020 e *Habeas Corpus* nº 652.284/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, J: 27/04/2021, DJe: 03/05/2021.

invalidaria o resultado probatório não se prestando, dessa forma, para o amparo de sentença condenatória. Nesse sentido:

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 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.

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, consequentemente, 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 delitiva. 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 traços corporais e a quase sempre visualização apenas do busto do suspeito

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 consequências 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 judiciários 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 insita 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 conseqüente 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.

Na mesma linha, em Acórdão proferido pela Quinta Turma, nos autos do *Habeas Corpus* nº 652.284/SC, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 27 de abril de 2021, foi acolhida a interpretação proclamada no

Acórdão proferido pela Sexta Turma, ressaltando-se que *“diante da falibilidade da memória seja da vítima seja da testemunha de um delito, tanto o reconhecimento fotográfico quanto o reconhecimento presencial de pessoas efetuado em sede inquisitorial devem seguir os procedimentos descritos no art. 226 do CPP, de maneira a assegurar a melhor acuidade possível na identificação realizada”*. Além disso, consignou-se que *“diante da ressalva prevista no art. 226, inciso II, do Código de Processo Penal, a colocação de pessoas semelhantes ao lado do suspeito será feita sempre que possível, devendo a impossibilidade ser devidamente justificada, sob pena de invalidade do ato”*. A ilustrar o supracitado entendimento, destaco os seguintes e recentes julgados:

HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. NEGATIVA DE AUTORIA. RECONHECIMENTO PESSOAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. SUPORTE PROBATÓRIO INSUFICIENTE À CONDENAÇÃO EM 2º GRAU. CERTEZA NÃO DEMONSTRADA. NULIDADE RECONHECIDA. ABSOLVIÇÃO QUE DEVE SER RESTABELECIDADA. WRIT CONCEDIDO.

1. Acerca do instituto processual do reconhecimento de pessoas, previsto no art. 226 do CPP, entendia esta Corte que as disposições contidas no art. 226 do Código de Processo Penal configuram uma recomendação legal, e não uma exigência absoluta, não se cuidando, portanto, de nulidade quando praticado o ato processual (reconhecimento pessoal) de forma diversa da prevista em lei (AgRg no AREsp n. 1.054.280/PE, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 13/6/2017).

2. Entretanto, no julgamento do HC 598.886/SC, da relatoria do Min. Rogério Schietti Cruz, a interpretação foi revista pela Sexta Turma, no sentido de que se determine, doravante, 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.

3. Hipótese em que o reconhecimento pessoal do réu, ora paciente, não obedeceu aos ditames do precedente mencionado - HC 598.886/SC - e, mais grave ainda, da própria norma processual em apreço (art. 226/CPP), porquanto a vítima não descreveu a pessoa suspeita do ilícito, mas, tão somente, a reconheceu através

de uma viseira aberta de seu capacete, acessório que usava no momento do fato, destacando-se, da sentença absolutória, que [a] vítima Ingrid, certamente dificultada pela visibilidade e pelo uso de capacetes, não foi nada assertiva no reconhecimento pessoal em juízo. E ainda, como já se disse, o procedimento de apuração relacionado a outro fato, em que são investigados Cláudio e o tal Marcos Vinícius, não foi utilizado pela acusação, neste processo, para amparar a pretensão condenatória de Cláudio, de modo que o que há, neste momento, é uma prova muito frágil da autoria imputada a Cláudio.

4. A despeito de o paciente ser suspeito da prática de outros roubos, isso não significa dizer que, de igual modo, tenha cometido o delito em debate, até porque (no caso) não foi condenado nos termos do art. 71 do Código Penal - crime continuado.

5. Como observado no HC 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. Pode a sentença 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, o que, na espécie, não ocorreu, haja vista inexistirem outras provas nesse sentido, afirmando o julgado que não só o réu Jeferson deve ser absolvido, por absoluta ausência de qualquer elemento que embase a autoria que lhe é imputada, mas também o acusado Cláudio, cujos elementos que serviriam para embasar uma condenação são todos por demais frágeis.

7. Habeas corpus concedido para reconhecer a nulidade em relação ao reconhecimento pessoal do paciente e restabelecer a sentença na qual foi absolvido.

(STJ, HC 648.232/SP, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 18/05/2021, DJe 21/05/2021)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA EM RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ANTERIOR COMETIMENTO DE DELITOS. ARGUMENTO INIDÔNEO. FRAGILIDADE PROBATÓRIA. ART. 386, INCISO VII, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. Na hipótese, a prova utilizada para fundamentar a condenação do Paciente - reconhecimento fotográfico em sede policial - é de extrema fragilidade, haja vista a inobservância das recomendações legais dispostas no art. 226 do Código de Processo Penal, as quais, inclusive, também não foram observadas em juízo.

2. As instâncias ordinárias, ao fundamentarem a condenação do Paciente, consignaram que o reconhecimento fotográfico foi utilizado juntamente com a prova testemunhal para determinar a autoria do delito. Entretanto, o depoimento prestado pelo Policial Civil em juízo limitou-se a, tão somente, afirmar que o reconhecimento fotográfico na fase investigativa de fato existiu, não acrescentando nenhum elemento sobre a autoria do crime ocorrido. Assim sendo, é evidente que a condenação imposta ao Paciente foi baseada unicamente no reconhecimento fotográfico, que nem sequer foi confirmado judicialmente.

3. Salienta-se que a única vítima ouvida em juízo apenas ratificou o que já havia afirmado em sede policial, não tendo sido observadas as formalidades mínimas previstas no aludido art. 226 do Código de Processo Penal, nos termos da interpretação conferida a tal preceito por esta Corte.

4. Dessa forma, não há como concluir, como o fez o Tribunal de origem, pela manutenção da condenação, valendo ressaltar, ainda, que "a longa ficha de furtos e roubos praticados pelo apelante", a que se refere aquele Sodalício, não é fundamento idôneo para se impor ao Paciente uma nova condenação, se não houver provas robustas para tanto.

5. Ordem de habeas corpus concedida para absolver o Paciente condenado pela prática do crime previsto 157, § 2.º, incisos I e II, do Código Penal, com fundamento no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal e, por conseguinte, determinar a expedição de alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso.

(STJ, HC 545.118/ES, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2020, DJe 18/12/2020)

Os Acórdãos proferidos pelo Tribunal Superior evidenciam uma clara mudança de rota na interpretação do artigo 226 da lei processual. Com efeito, o desenho procedimental deixou de representar “mera recomendação”³ para assumir a natureza de garantia individual. Galga, dessa forma, o patamar da “*condição de credibilidade do instrumento probatório*”⁴. Ou seja, quando do reconhecimento de pessoas devem ser observados os procedimentos desenhados em lei ou, na impossibilidade, hão de ser indicadas as razões que impossibilitam o cumprimento daquelas exigências. O descumprimento, seguido da omissão na apresentação das justificativas, remete a prova para o campo da ilegitimidade. Trata-se, dessa forma, de nulidade do ato probatório que afeta, por consequência, o seu efeito processual

³ Nesse sentido: STF, RHC nº 125026 AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, J: 23/06/2015, DJe: 12-08-2015; STJ, HC nº 182.344/PR, Rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, J: 28/05/2013, DJe: 17/06/2013; STF, RHC nº 119439, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, J: 25/02/2014, DJe: 04-09-2014.

⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book, p. 770.

que é o próprio elemento de prova que dele advém.

II.4.2 - Do caso posto a julgamento. Da absolvição do réu

Conforme se vislumbra dos autos, os atos de reconhecimento realizados durante a persecução penal não atenderam ao procedimento desenhado pelo legislador processual.

Com efeito, as autoridades policial e judiciária não questionaram a vítima sobre as características físicas da pessoa a ser reconhecida. O réu, por sua vez, não foi colocado ao lado de outros indivíduos quando do reconhecimento.

A par da inobservância estrita dos requisitos legais, não houve apresentação de justificativa quanto à eventual impossibilidade de cumprimento do procedimento probatório. A ausência de justificativa não permite que se infira a impossibilidade material de atendimento dos padrões normativos que conferem ao ato processual o selo da validade. Afinal, o desenho procedimental não constitui mera recomendação cuja observância resida no campo de escolha das autoridades responsáveis pela condução da persecução. A bem da verdade, são mandamentos cujo cumprimento reside no campo da imperatividade, salvaguardada situação concreta de impedimento.

A inobservância do procedimento e, sobretudo, a ausência de qualquer justificativa para o seu não atendimento compromete a validade do resultado do meio de prova.

Dessa forma, forçoso reconhecer que os atos de reconhecimento pessoal realizados durante a persecução penal não obedeceram às formalidades previstas pelo artigo 226 do Código de Processo.

Não há, por outro lado, provas autônomas e independentes que permitam a afirmação da responsabilidade do acusado que, por sua vez, não admitiu a prática do delito nas oportunidades em que formalmente ouvido durante a

persecução penal.

Com efeito, não há imagens do crime. O réu não foi preso em poder da motocicleta roubada. Os policiais, de outra feita, não presenciaram os fatos. Por outro lado, o *post* retirado das redes sociais do réu (fls. 17) e que foi apresentado pela vítima em solo policial, não permite concluir que a motocicleta ali retratada fosse, de fato, aquele objeto do roubo. Tanto é assim que a vítima, ao visualizar referido *post*, afirmou apenas a semelhança daquele veículo com o seu. Não há, ademais, como se afirmar que o motociclo apreendido pelos guardas municipais e que estava abandonado na via, era aquele retratado na fotografia postada pelo acusado. Por fim, ainda que assim não fosse, o fato de o réu ter sido fotografado na posse do motociclo subtraído, por si só, não faria dele o autor do delito.

O cenário, portanto, é de dúvidas, sendo a absolvição do acusado medida imperativa.

Ora, nunca é por demais lembrar envolver a persecução penal uma atividade de reconstrução histórica que é materializada pela instrução. Durante esta fase, aos sujeitos parciais assiste o direito de trazerem ao processo os elementos probatórios reputados necessários à demonstração de suas teses.

A bem da verdade, almejam estruturar, na mente do julgador, um estado subjetivo, que, todavia, pode ser variável entre a dúvida, a certeza positiva e a certeza negativa. As duas primeiras tornam a absolvição imperiosa. A dúvida pela incerteza, sempre favorável ao acusado, sobre a ocorrência do fato material ou de sua autoria. A certeza negativa, por sua vez, pela convicção segura de que a conduta imputada na denúncia não ocorreu ou de não ter o réu qualquer vínculo com ela.

Diante de tal quadro, somente a certeza positiva quanto ao fato e a autoria pode dar azo à prolação de uma sentença condenatória. Nesse sentido, digno de nota é o magistério de Nicola Malatesta⁵:

...não sendo a certeza senão a percepção da realidade indubitável,

⁵ *A lógica das provas em matéria criminal*. V.1, Bookseller, 1996, pp. 64-65.

como a crível o é da realidade possível, segue-se que a certeza, por sua vez, inclui a credibilidade. O certo não pode deixar de ser crível; é o próprio axioma dos lógicos, transferido do mundo da realidade para o do conhecimento. (...) Relativamente a um fato, o espírito pode encontrar-se no estado de ignorância, ausência de qualquer conhecimento; no estado de dúvida em sentido restrito, ou seja, de conhecimento alternativo, incluindo igualmente o sim e o não; no estado de probabilidade, prevalência do conhecimento afirmativo; no estado de certeza, conhecimento afirmativo triunfante. A dúvida e a probabilidade não são, muitas vezes, senão duas etapas para se passar das escuras regiões da ignorância à região luminosa da certeza. (...) Nas noções que demos sobre a certeza e a probabilidade, vimos que a certeza não tem mais motivos divergentes da crença, dignos de serem considerados; que a probabilidade, ao mesmo tempo com maiores motivos convergentes à crença, tem menores motivos divergentes da crença, dignos todos de serem considerados. Pois bem, senhores, quando há paridade entre os motivos convergentes e divergentes, dá-se a dúvida em sentido específico que chamamos de mera credibilidade.

Não é possível, dessa forma, fundar um juízo condenatório com base, exclusivamente, nas provas produzidas. Ainda que tenham sido suficientes para conferir a necessária justa causa quando do oferecimento da ação penal nos termos imputados não o são para o reconhecimento de culpa.

III – Do Voto

Posto isto, **conheço do recurso e, no mérito, dou-lhe provimento para absolver o réu GUILHERME SILVA VIANA da prática do delito previsto pelo artigo 157, parágrafo 2º, inciso II, e parágrafo 2º-A, inciso I, do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.**

MARCOS ZILLI
Relator(a)
Assinatura Eletrônica