

HABEAS CORPUS Nº 475.528 - SP (2018/0280206-3)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : ADRIANO PROCOPIO DE SOUZA
ADVOGADO : ADRIANO PROCOPIO DE SOUZA - SP0188301
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO HENRIQUE MOTA DOS SANTOS (PRESO)

DECISÃO

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de PAULO HENRIQUE MOTA DOS SANTOS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, pela prática do crime de roubo circunstanciado.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual negou provimento ao recurso em acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL Roubo majorado (Art. 157, § 2º, I, II e V, do CP) PLEITO DE ABSOLVIÇÃO Impossibilidade Materialidade e autoria devidamente comprovadas Validade do reconhecimento fotográfico Causas de aumento demonstradas pela prova oral Desnecessidade de apreensão da arma se houver outros meios de prova, tais como as declarações da vítima Crime praticado contra pessoa maior de 60 anos e contra criança, a configurar a agravante do art. 61, “h”, do CP Pena adequadamente fixada Regime fechado mantido Recurso não provido (fls. 23).

No presente *writ*, sustenta a nulidade da condenação, uma vez que baseado exclusivamente em reconhecimento fotográfico feito sem a observância do art. 226 do Código de Processo Penal.

Requer, assim a absolvição do paciente.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento da impetração, conforme parecer de fls. 40/48.

É o relatório.

Decido.

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo

Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

Da atenta leitura da sentença condenatória e do acórdão que resultante do julgamento da apelação, verifica-se que, diferentemente do afirmado na inicial, o reconhecimento fotográfico não foi a única prova utilizada para se afirmar a autoria dos crimes narrados na denúncia.

O Juízo de primeiro grau destacou que após o reconhecimento por fotografia, as vítimas reconheceram pessoalmente os acusados como autores do delito, tanto na delegacia quanto em juízo, na audiência de instrução. Soma-se a isso, a apreensão de parte da *res furtiva* em poder do adolescente que participou da empreitada criminosa.

Nos termos da jurisprudência consolidada nesta Corte Superior, o art. 226 do Código de Processo Penal, quando não observado, por si só, não induz à nulidade da prova produzida. Tal norma tem caráter de orientação às autoridades que devem velar pelo não induzimento das testemunhas, contudo, a diligência pode ser adaptada às circunstâncias do caso concreto.

Havendo outros meios de prova a corroborar o reconhecimento fotográfico, não há falar em constrangimento ilegal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.[...] ESTUPRO DE VULNERÁVEL E SEQUESTRO PARA FINS LIBIDINOSOS. INOBSERVÂNCIA DAS FORMALIDADES PREVISTAS NO ARTIGO 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DISPOSITIVO QUE CONTÉM MERA RECOMENDAÇÃO LEGAL. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO CORROBORADO POR OUTRAS PROVAS COLHIDAS NO CURSO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. EIVA NÃO CARACTERIZADA.

1. Esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento no sentido de que as disposições insculpidas no artigo 226 do Código de Processo Penal configuram uma recomendação legal, e não uma exigência, cuja inobservância não enseja a nulidade do ato.

Precedentes.

2. Na espécie, ainda que o reconhecimento fotográfico do paciente não tenha observado os ditames do artigo 226 da Lei Penal Adjetiva, o certo é que foi contrastado com os demais elementos de convicção reunidos no curso da instrução criminal, os quais, segundo a instância de origem, são aptos a comprovar a autoria delitiva, o que afasta a ilegalidade suscitada na impetração.

[...].

2. Habeas corpus não conhecido (HC 444.959/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 25/06/2018)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DA REALIZAÇÃO DE PROVA. RECONSTITUIÇÃO DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ABSOLVIÇÃO. ALEGAÇÃO DE QUE A CONDENAÇÃO FUNDAMENTOU-SE, EXCLUSIVAMENTE, NO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. NÃO COMPROVAÇÃO. OUTROS MEIOS PROBATÓRIOS. REVOLVIMENTO PROBATÓRIO. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, sedimentou orientação no sentido de não admitir habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - Não se verifica cerceamento de defesa no indeferimento da reconstituição simulada dos fatos, pois as instâncias ordinárias fundamentaram a sua desnecessidade no caso concreto, afirmando que a finalidade da prova é a de esclarecer a forma pela qual o crime foi praticado, e não o de verificar as características físicas do acusado.

III - Como é cediço, o art. 400, § 1º, do CPP, autoriza o Magistrado a indeferir as provas que considerar irrelevantes, impertinentes ou protelatórias, uma vez que é ele o destinatário da prova. Dessa forma, o indeferimento fundamentado da prova requerida pelo acusado, não revela cerceamento de defesa, quando justificada sua desnecessidade para o deslinde da controvérsia. I

V - Inviável o acolhimento do pedido de absolvição do paciente, pois demandaria o exame aprofundado de todo conjunto probatório, como forma de desconstituir as conclusões das instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, providência inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do habeas corpus, que não admite dilação probatória.

V - O reconhecimento fotográfico não é inválido como meio de prova, pois, conquanto seja aconselhável a utilização, por

analogia, das regras previstas no art. 226 do Código de Processo Penal, as disposições nele previstas são meras recomendações, cuja inobservância não causa, por si só, a nulidade do ato. Precedentes.

VI - In casu, consta que o reconhecimento fotográfico não foi o único elemento de prova a fundamentar a condenação, pois foi corroborado por outros elementos, como "termos de reconhecimento pessoal" e os "relatos efetuados pelos ofendidos em juízo".

Habeas corpus não conhecido (HC 427.051/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 10/04/2018).

PROCESSO PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO. ART. 226 DO CPP. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO RATIFICADO EM JUÍZO. CONDENÇÃO BASEADA EM OUTRAS PROVAS. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. Não há falar-se em nulidade se atesta a Corte local que a condenação não se baseou unicamente no reconhecimento fotográfico do paciente, ademais ratificado em juízo, mas também em outros admitidas elementos a justificar o suporte probatório da autoria.

2. A jurisprudência desta Corte é de que o descumprimento às disposições do art. 226 do CPP constitui irregularidade, exigindo demonstração concreta de prejuízo para o reconhecimento da nulidade.

3. Habeas corpus denegado (HC 414.348/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 21/05/2018).

Ausente, portanto, qualquer constrangimento que justifique a concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, inciso XVIII, alínea *a*, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, não conheço da presente impetração.

Publique-se.

Brasília (DF), 18 de fevereiro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator