

HABEAS CORPUS 172.606 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. ALEXANDRE DE MORAES
PACTE.(S) : LEANDRO DE SOUSA PARDINI
IMPTE.(S) : ANDRE NOVAES DA SILVA E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECISÃO

Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), proferido no julgamento do AgRg no HC 501.913/SP, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA.

Consta dos autos, em síntese, que o paciente foi denunciado pela prática do crime de roubo majorado (art. 157, § 2º, incisos I, II e V, do Código Penal), por duas vezes, e associação criminosa (art. 288, parágrafo único, do Código Penal). Ao final da instrução, o paciente foi absolvido, com fundamento no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal (Doc. 17 – fls. 57-62).

O Ministério Público apelou para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu parcial provimento ao recurso para condenar o paciente à pena de 7 anos de reclusão, em regime inicial fechado, pelo cometimento dos delitos de roubo circunstanciado, conforme ementa (Doc. 18 - fl. 124):

Apelação criminal. Roubo qualificado. Associação criminosa. Concurso material. Absolvição pelo Juízo *a quo*. Recurso ministerial postulando a condenação nos termos da denúncia. Conjunto probatório robusto a sustentar a condenação pela prática do crime de roubo majorado.

Recurso parcialmente provido.

Alegando nulidade do acórdão, por considerar que a condenação está lastreada apenas no reconhecimento fotográfico realizado em sede policial, a defesa impetrou *Habeas Corpus* junto ao Superior Tribunal de

HC 172606 / SP

Justiça, ao qual o Ministro Relator negou seguimento, mas concedeu a ordem de ofício para que o paciente e o corréu permanecessem em liberdade até o esgotamento das instâncias ordinárias.

A defesa postulou a reconsideração da decisão. O pedido foi recebido como Agravo Regimental, ao qual se negou provimento, em acórdão assim ementado:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECONSIDERAÇÃO EM *HABEAS CORPUS*. PEDIDO RECEBIDO COMO AGRAVO REGIMENTAL. *WRIT* DECIDIDO MONOCRATICAMENTE. PREVISÃO REGIMENTAL. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Não há previsão legal de pedido de reconsideração, motivo pelo qual, em homenagem ao princípio da economia processual, da instrumentalidade das formas e da fungibilidade, recebo a presente petição como agravo regimental. Precedentes.

2. Conforme dispõe o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (art. 34, inciso XX), deve o relator fazer um estudo prévio acerca da viabilidade do *habeas corpus* e, ao concluir pela inadmissibilidade do *writ*, pode, monocraticamente, decidi-lo. Por outro lado, a parte possui mecanismos processuais de submeter a controvérsia ao Colegiado por meio do competente agravo regimental, o que supera eventual mácula da decisão singular do relator.

3. O Regimento Interno desta Corte prevê, expressamente, em seu art. 258, que trata do Agravo Regimental em Matéria Penal, que o feito será apresentado em mesa, dispensando, assim, prévia inclusão em pauta.

4. Pedido de reconsideração recebido como agravo regimental, ao qual se nega provimento.

Nesta ação, a defesa reitera a tese de nulidade da condenação, porque baseada unicamente no reconhecimento fotográfico. Aduz, em

HC 172606 / SP

síntese: (a) o Paciente foi preso mediante reconhecimento fotográfico, haja vista que não foi realizado o reconhecimento pessoal, mesmo com a recomendação do MP/SP em fl. 159; (b) Na audiência de instrução, as testemunhas não reconheceram o Paciente como o roubador; e (c) Não há elementos concretos para sustentar uma condenação, haja vista que os reconhecimentos pessoais foram negativos na instrução penal. Requer, assim, a concessão da ordem, para que seja reconhecida a nulidade da condenação e determinada a expedição de alvará de soltura em favor do paciente.

É o relatório. Decido.

A *presunção de inocência* exige para ser afastada a existência de um mínimo necessário de provas produzidas por meio de um devido processo legal e está prevista no art. 9º da Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada em 26-8-1789 (“*Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado*”).

A *presunção de inocência* condiciona toda condenação a uma atividade probatória produzida pela acusação e veda, taxativamente, a condenação, inexistindo as necessárias provas, devendo o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio.

Trata-se de um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia processual penal, visando à tutela da liberdade pessoal e possui quatro básicas funções: (a) limitação à atividade legislativa; (b) critério condicionador das interpretações das normas vigentes; (c) critério de tratamento extraprocessual como inocente em todos os seus aspectos; (d) obrigatoriedade de o ônus da prova da prática de um fato delituoso ser sempre do acusador.

Há a necessidade de o Estado-acusador comprovar a culpabilidade do indivíduo mediante o contraditório, que é constitucionalmente presumido inocente, vedando-se o odioso afastamento de direitos e garantias individuais e a imposição de sanções sem o Devido Processo Legal (2ª T, HC 89.501, Rel. Min. CELSO DE MELLO), conforme pacífica e reiterada jurisprudência desta CORTE SUPREMA:

AS ACUSAÇÕES PENAIS NÃO SE PRESUMEM PROVADAS: O ÔNUS DA PROVA INCUMBE, EXCLUSIVAMENTE, A QUEM ACUSA.

- Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete, ao réu, demonstrar a sua inocência. Cabe, ao contrário, ao Ministério Público, comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado

(HC 84.580, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 25/8/2009).

Não se justifica, sem base probatória idônea, a formulação possível de qualquer juízo condenatório, que deve sempre assentar-se - para que se qualifique como ato revestido de validade ético-jurídica - em elementos de certeza, os quais, ao dissiparem ambiguidades, ao esclarecerem situações equívocas e ao desfazerem dados eivados de obscuridade, revelam-se capazes de informar, com objetividade, o órgão judiciário competente, afastando, desse modo, dúvidas razoáveis, sérias e fundadas que poderiam conduzir qualquer magistrado ou Tribunal a pronunciar o *non liquet*.

(HC 73.338, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 13/8/1996).

AS ACUSAÇÕES PENAIS NÃO SE PRESUMEM PROVADAS: O ÔNUS DA PROVA INCUMBE, EXCLUSIVAMENTE, A QUEM ACUSA.

- Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete, ao réu, demonstrar a sua inocência. Cabe, ao contrário, ao Ministério Público, comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes

HC 172606 / SP

autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5). (...) Os princípios democráticos que informam o sistema jurídico nacional repelem qualquer ato estatal que transgrida o dogma de que não haverá culpa penal por presunção nem responsabilidade criminal por mera suspeita.

(HC 88.875, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 7/12/2010).

Inserido na matriz constitucional dos direitos humanos, o processo penal é o espaço de atuação apropriada para o órgão de acusação demonstrar por modo robusto a autoria e a materialidade do delito. Órgão que não pode se esquivar da incumbência de fazer da instrução criminal a sua estratégica oportunidade de produzir material probatório substancialmente sólido em termos de comprovação da existência de fato típico e ilícito, além da culpabilidade do acusado. (...) Incurrendo, assim, numa indisfarçável inversão do ônus da prova e, no extremo, na nulificação da máxima que operacionaliza o direito à presunção de não-culpabilidade: *in dubio pro reu*. Preterição, portanto, de um direito constitucionalmente inscrito no âmbito de tutela da liberdade do indivíduo. 3. Ordem parcialmente deferida (...)

(HC 97.701, Rel. Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 3/4/2012, DJe de 21/9/2012).

Em nosso sistema acusatório, é incontroversa a obrigatoriedade de o ônus da prova ser sempre do Ministério Público e, portanto, para se atribuir definitivamente ao réu qualquer prática de conduta delitiva, são imprescindíveis provas efetivas do alegado, produzidas sob o manto do contraditório e da ampla defesa, sob pena de simulada e inconstitucional inversão do ônus da prova; o que não ocorreu na presente hipótese.

Como bem destacado pelo Professor T.R.S. Allan, da Universidade de Cambridge, “é certo que a acusação deve suportar o fardo de provar culpa sem a assistência voluntária do réu” (*Constitucional Justice*. Oxford:

University Press, 2006).

Constata-se, no presente *habeas corpus*, que, durante a instrução judicial desta ação, o Ministério Público não produziu nenhuma prova sob o crivo do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, como bem destacado na decisão absolutória de 1º grau e no próprio parecer da Procuradoria de Justiça de São Paulo.

O MM. Juiz, ao proferir decisão absolutória, destacou:

Calados na fase inquisitiva (fls. 128, 138, 148 e 158), foram os réus interrogados em Juízo às fls. 702/713, ocasião em que negaram as increpações contidas na denúncia, fazendo, cada qual, referência às circunstâncias das prisões, nas quais nenhum produto de crime foi apreendido em poder dos mesmos.

Durante a instrução criminal, foram inquiridas as vítimas Wesley (fls. 543/547) e Jefferson (fls. 548/552), as quais, se bem descreveram a dinâmica dos roubos, **textualmente asseveraram em Juízo que os acusados, submetidos a reconhecimento pessoal sob o crivo do contraditório, não foram reconhecidos dentre os roubadores.**

Convém observar que na fase investigativa, Wesley e Jefferson reconheceram, por intermédio de fotografia, somente o acusado Rosival (fls. 65 e 178).

Mas não mantiveram o mesmo posicionamento em Juízo, como acima assinalado.

A vítima Iury foi quem reconheceu todos os denunciados, a teor de fls. 62.

Contudo, o fez na forma dos demais, fotograficamente.

É pacífico o entendimento jurisprudencial, bem como o doutrinário, no sentido de reconhecer como temerário o reconhecimento fotográfico.

Nesse contexto, no qual se verifica que os réus negaram a participação nos eventos criminosos, incluso o preexistente, formação de quadrilha ou bando para o cometimento de crimes violentos contra o patrimônio, ausentes apreensão desses ilícitos com os denunciados que tampouco foram reconhecidos de forma cabal como sendo os autores de tais condutas, cumpre

reconhecer o “non liquet”, com o fito de absolvê-los, consignando-se, por derradeiro que a autoridade policial de fls. 493/495 fez referência, tão somente ao reconhecimento fotográfico extraído de álbum da repartição policial, enquanto as testemunhas defensórias de fls. 553/560 teceram considerações abonadoras acerca dos denunciados.

Da mesma maneira, não obstante a interposição de recurso ministerial contra a decisão de 1ª instância, o DD. Procurador de Justiça atuante perante o Tribunal de Justiça salientou em seu parecer (Doc. 18 – fls. 101-107):

Interrogados em sede policial, calaram-se **Rosival Marques de Carvalho** (fs. 128), **Márcio Luiz da Silva** (fs. 138), **Leandro de Sousa Pardini** (fs. 148) e **Clebson Bezerra dos Santos** (fs. 158).

Em juízo, negaram, todos, os crimes que lhes são atribuídos. Segundo o relato comum, estavam, cada qual em sua casa, quando os policiais apareceram e disseram que estavam presos, porque teriam sido reconhecidos por fotografia por vítimas de roubo. Nada tinham consigo e, depois, não foram submetidos a reconhecimento pessoal (fls. 702/704, 705/707, 708/710 e 711/713).

Ouvidos sob o crivo do contraditório, reafirmaram os ofendidos Wesley, Jefferson e Iury os roubos de que foram vítimas. Mas não reconheceram qualquer dos acusados, explicando que, em sede policial, apenas os apontaram por fotografia.

Por isso, e a despeito do relato do Delegado de Polícia Guilherme Sabino Corrêa, que apenas reafirmou detalhes da investigação e as versões das vítimas, entendeu o douto Julgador devesse absolver os acusados, por considerar insuficiente a prova coligida em seu desfavor.

Pese o respeito pela zelosa Promotora de Justiça, estamos que a r. sentença deve ser mantida.

Com efeito, comprovada, embora, a materialidade dos

crimes de roubo, é forçoso reconhecer que a prova quanto à autoria, construída de maneira indiciária em sede policial, não se confirmou em juízo. Ao revés, os ofendidos não reconheceram qualquer dos réus, e ainda apontaram alguma incerteza nos reconhecimentos fotográficos.

De outro giro, não há testemunhas das ocorrências e nenhuma das coisas subtraídas foi encontrada em poder de qualquer dos réus.

Diante de todo o exposto, e respeitado o entendimento da dedicada Promotora de Justiça, o parecer é pelo desprovimento do apelo.

O Acórdão do STJ manteve a decisão do Tribunal de Justiça estadual, que sustentou a condenação dos pacientes com suporte exclusivo no reconhecimento fotográfico realizado durante a investigação policial.

É certo que os elementos colhidos na fase extrajudicial podem ser adotados na sentença, mas desde que estes elementos não sejam os únicos a embasar o decreto condenatório. Conforme determina o art. 155 do Código de Processo Penal, *“o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”*.

Sobre o tema, ensina o professor GUILHERME DE SOUZA NUCCI, Desembargador do TJ paulista:

“(...) a meta é a formação da convicção judicial lastreada em provas produzidas sob o crivo do contraditório, não podendo o magistrado fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos trazidos da investigação, mormente a policial, que constitui a maior parte dos procedimentos preparatórios da ação penal. (...) O Julgador jamais pode basear sua sentença, em especial condenatória, em elementos colhidos unicamente do inquérito policial (...). Porém, o juiz sempre se valeu das provas colhidas na fase investigatória, desde que confirmadas,

posteriormente, em juízo, ou se estivessem em harmonia com as coletadas sob o crivo do contraditório (...) Ademais, se a decisão judicial fosse proferida com base única em fatores extraídos do inquérito policial, por exemplo, seria, no mínimo, inconstitucional, por não respeitar as garantias do contraditório e da ampla defesa” (Código de Processo Penal Comentado, 14ª ed., Rio de Janeiro: Forense, p 375-376).

No mesmo sentido, destaco a farta jurisprudência desta CORTE:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO CRIMINAL. ELEMENTOS INFORMATIVOS COLHIDOS NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. POSSIBILIDADE DE VALORAÇÃO NA SENTENÇA. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE. ORDEM DENEGADA. O art. 155 do Código de Processo Penal não impede que o juiz, para a formação de sua livre convicção, considere elementos informativos colhidos na fase de investigação criminal, mas apenas que a condenação se fundamente exclusivamente em prova da espécie. (...). Ordem denegada.

(HC 105.837, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 8/5/2012).

HABEAS CORPUS. PENAL. PACIENTE CONDENADO PELA PRÁTICA DE ATENTADO VIOLÊNTO AO PUDOR. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA CONDENAÇÃO POR ESTAR BASEADA EXCLUSIVAMENTE EM PROVAS COLHIDAS NO INQUÉRITO POLICIAL. OCORRÊNCIA. DECISÃO FUNDADA ESSENCIALMENTE EM DEPOIMENTOS PRESTADOS NA FASE PRÉ-JUDICIAL. NULIDADE. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA. I – Os depoimentos retratados perante a autoridade judiciária foram decisivos para a condenação, não se indicando nenhuma prova conclusiva que pudesse levar à responsabilidade penal do

paciente. II - A tese de que há outras provas que passaram pelo crivo do contraditório, o que afastaria a presente nulidade, não prospera, pois estas nada provam e são apenas indícios. III - O acervo probatório que efetivamente serviu para condenação do paciente foi aquele obtido no inquérito policial. Segundo entendimento pacífico desta Corte não podem subsistir condenações penais fundadas unicamente em prova produzida na fase do inquérito policial, sob pena de grave afronta às garantias constitucionais do contraditório e da plenitude de defesa. Precedentes. IV - Ordem concedida para cassar o acórdão condenatório proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e restabelecer a sentença absolutória de primeiro grau.

(HC 103.660, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 30/11/2010).

I. Habeas corpus: falta de justa causa: inteligência. 1. A previsão legal de cabimento de habeas corpus quando não houver "justa causa" para a coação alcança tanto a instauração de processo penal, quanto, com maior razão, a condenação, sob pena de contrariar a Constituição. 2. Padece de falta de justa causa a condenação que se funde exclusivamente em elementos informativos do inquérito policial. II. Garantia do contraditório: inteligência. Ofende a garantia constitucional do contraditório fundar-se a condenação exclusivamente em testemunhos prestados no inquérito policial, sob o pretexto de não se haver provado, em juízo, que tivessem sido obtidos mediante coação.

(RE 287.658, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 16/9/2003).

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - MATÉRIA CRIMINAL - (...)- O INQUERITO POLICIAL CONSTITUI MERO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO, DE CARÁTER INVESTIGATORIO, DESTINADO A SUBSIDIAR A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. TRATA-SE DE PEÇA INFORMATIVA CUJOS ELEMENTOS INSTRUTORIOS -

PRECIPUAMENTE DESTINADOS AO ÓRGÃO DA ACUSAÇÃO PÚBLICA - HABILITA-LO-AO AO INSTAURAR A PERSECUTIO CRIMINIS IN JUDICIO. - A UNILATERALIDADE DAS INVESTIGAÇÕES DESENVOLVIDAS PELA POLICIA JUDICIÁRIA NA FASE PRELIMINIAR DA PERSECUÇÃO PENAL (INFORMATIO DELICTI) E O CARÁTER INQUISITIVO QUE ASSINALA A ATUAÇÃO DA AUTORIDADE POLICIAL NÃO AUTORIZAM, SOB PENA DE GRAVE OFENSA A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO CONTRADITORIO E DA PLENITUDE DE DEFESA, A FORMULAÇÃO DE DECISÃO CONDENATÓRIA CUJO ÚNICO SUPORTE SEJA A PROVA, NÃO REPRODUZIDA EM JUÍZO, CONSUBSTANCIADA NAS PECAS DO INQUERITO. - A INVESTIGAÇÃO POLICIAL - QUE TEM NO INQUERITO O INSTRUMENTO DE SUA CONCRETIZAÇÃO - NÃO SE PROCESSA, EM FUNÇÃO DE SUA PROPRIA NATUREZA, SOB O CRIVO DO CONTRADITORIO, EIS QUE E SOMENTE EM JUÍZO QUE SE TORNA PLENAMENTE EXIGIVEL O DEVER DE OBSERVANCIA AO POSTULADO DA BILATERALIDADE E DA INSTRUÇÃO CRIMINAL CONTRADITORIA. A INAPLICABILIDADE DA GARANTIA DO CONTRADITORIO AO PROCEDIMENTO DE INVESTIGAÇÃO POLICIAL TEM SIDO RECONHECIDA TANTO PELA DOUTRINA QUANTO PELA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS (RT 522/396), CUJO MAGISTERIO TEM ACENTUADO QUE A GARANTIA DA AMPLA DEFESA TRADUZ ELEMENTO ESSENCIAL E EXCLUSIVO DA PERSECUÇÃO PENAL EM JUÍZO. - NENHUMA ACUSAÇÃO PENAL SE PRESUME PROVADA. ESTA AFIRMAÇÃO, QUE DECORRE DO CONSENSO DOUTRINARIO E JURISPRUDENCIAL EM TORNO DO TEMA, APENAS ACENTUA A INTEIRA SUJEIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO AO ONUS MATERIAL DE PROVAR A IMPUTAÇÃO PENAL CONSUBSTANCIADA NA DENUNCIA.

(RE 136.239, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Primeira

HC 172606 / SP

Turma, julgado em 7/4/1992).

Na espécie, o controverso reconhecimento fotográfico realizado durante a investigação policial seguiu procedimento pouco ortodoxo, não tendo sido confirmado por subsequente reconhecimento pessoal na Polícia – apesar da insistência da Promotoria de Justiça –, nem durante a instrução processual perante a autoridade judicial.

Há, inclusive, sérias dúvidas sobre a validade do procedimento realizado durante o inquérito policial, seja pelas contradições apresentadas no relatório final da autoridade policial, seja pelo desmentido realizado pela testemunha Jefferson José da Silva, em juízo.

Com efeito, consta do Relatório Final de Inquérito Policial (Doc. 7 – fls. 5-18) que

[...] convidada a comparecer a esta Unidade de Polícia Judiciária para efetuar reconhecimento fotográfico de indivíduos suspeitos constantes no álbum desta Distrital, a vítima, **após observar a face de vários indivíduos que já haviam sido autuados e flagrante delito ou apenas indiciados pela prática de crimes patrimoniais**, prontamente reconheceu as pessoas identificadas como MÁRCIO LUIZ DA SILVA, ROSIVAL MARQUES DE CARVALHO, CLEBSON BEZERRA DOS SANTOS e LEANDRO DE SOUSA PARDINI como sendo os autos [sic] do delito.

Estranhamente, todavia, o paciente foi reconhecido como um dos roubadores, embora não conste de sua folha de antecedentes qualquer anotação referente à prática de crimes contra o patrimônio (Doc. 8 – fl. 14).

Além disso, quando ouvidos em juízo, os ofendidos não reconheceram os réus como autores do delito (Doc. 13 – fls. 15-24). Embora conste do auto de reconhecimento fotográfico que as vítimas foram colocadas “diante de diversas fotografias” (Doc. 3 – fls. 34 e 37 e Doc. 6 – fl. 50), a vítima Jefferson afirmou em seu depoimento que o

reconhecimento dos réus na fase inquisitorial se deu com base em fotos publicadas na rede social Facebook.

Para sanar esse problema, a Promotoria de Justiça reiterou a necessidade da realização do reconhecimento pessoal, no que, porém, não foi atendida pela digna autoridade policial (Doc. 7 – fl. 21-22).

Em juízo, igualmente, não houve confirmação do reconhecimento dos acusados pelas vítimas:

VÍTIMA

JEFFERSON JOSÉ DA SILVA

J.: Você sabe como a polícia fez para identificar o Rosival, o Leandro, o Márcio e o Clebson?

D.: **Foi pelo Facebook.**

[...]

J.: Jefferson, você olhou para indivíduos, né?

D.: Sim.

J.: Primeiro para o Leandro e o Clebson e depois você olhou o Márcio e o Rosival. Algum deles é o assaltante ou não?

D.: **Pelo que eu vi não.**

VÍTIMA

WESLEY RIBEIRO DOS SANTOS

J.: Esse reconhecimento primeiro foi por foto ou foi já pessoal?

D.: Não, eu vi na foto assim, **mas eu não tenho certeza, eu vi mais ou menos.**

J.: Wesley, você fez reconhecimento pessoal?

D.: **Não, pessoal não.**

J.: Você teria condição de reconhecer aquele indivíduo que te tirou da Fiorino e estava armado?

D.: **Eu não consegui ver ele, porque na hora que eu saí, ele falou: "Fica olhando para baixo, não olha para mim".** Aí eu saí do carro, eu estava dirigindo e ele entrou pelo lado direito e empurrou Jefferson para o lado. Aí na hora que ele falou para

sair, ele saiu primeiro e falou: "Não olha para mim". Ele saiu e quando você sair, você sai olhando para baixo. Aí eu saí olhando para baixo e eu só consegui ver a frente do carro, foi quando eu reconheci que era o carro que tinha me fechado alguns quilômetros para trás. Eu só olhei e falei aquele carro, mas eu não consegui nem olhar. Eu ainda levantei e ele falou: "Não olha para mim", aí eu não consegui ver.

No acórdão condenatório, não há nenhuma prova produzida durante o devido processo legal, sob o crivo dos princípios do contraditório e da ampla defesa, que corroborem a versão apresentada pelo Ministério Público na denúncia, como, reiterar-se, a própria Procuradoria de Justiça de São Paulo concluiu.

Não bastasse isso, também não há qualquer elemento seguro obtido mesmo na fase inquisitorial que afaste *qualquer dúvida razoável* no tocante a imputação realizada contra os pacientes.

A condenação somente se baseia em prova produzida durante a fase inquisitorial e cuja veracidade e certeza não foram comprovadas na fase judicial, levando a concluir pela ausência de elementos de prova com a mínima robustez para corroborar o descrito na peça acusatória e afastar a dúvida razoável sobre a ausência de culpabilidade.

As provas, portanto, precisam ser incontestáveis, não se admitindo condenações com base em "*dúvida razoável*", como destacado pelo DECANO da SUPREMA CORTE, Ministro Celso de Mello:

"nenhuma acusação penal se presume provada. Esta afirmação, que decorre do consenso doutrinário e jurisprudencial em torno do tema, apenas acentua a inteira sujeição do Ministério Público ao ônus material de provar a imputação penal consubstanciada na denúncia. Com a superveniência da Constituição de 1988, proclamou-se, explicitamente (art. 5º, LVII), um princípio que nem sempre existira, de modo imanente, em nosso ordenamento positivo: o princípio da não culpabilidade"(AP 858/DF, Pleno, trecho do voto do Min. Celso de Mello. Acórdão publicado no *DJe* de 7-

11-2014).

O Estado de Direito não tolera meras conjecturas e ilações como fundamento condenatório em ação penal, pois a prova deve ser robusta, consistente, apta e capaz de afastar a odiosa insegurança jurídica, que tornaria inviável a crença nas instituições públicas.

A *presunção de inocência*, em um Estado de Direito, exige, para ser afastada, um mínimo necessário de provas produzidas por meio de um devido processo legal. No sistema acusatório brasileiro, o ônus da prova é do Ministério Público, sendo imprescindíveis provas efetivas do alegado, produzidas sob o manto do contraditório e da ampla defesa, para a atribuição definitiva ao réu de qualquer prática de conduta delitiva, sob pena de simulada e inconstitucional inversão do ônus da prova.

A inexistência de provas produzidas pelo Ministério Público na instrução processual ou de confirmação em juízo de elemento obtido na fase inquisitorial e apto a afastar *dúvida razoável* no tocante à culpabilidade do réu não possibilita a manutenção de decreto condenatório.

Diante do exposto, com base no art. 192, *caput*, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, CONCEDO A ORDEM DE *HABEAS CORPUS* para ABSOLVER o paciente, determinando a imediata soltura, com extensão dos efeitos da decisão aos demais corréus na ação penal de origem, ante a identidade de situações jurídicas (art. 580 do CPP), nos termos da decisão de 1ª instância (Ação Penal 0104061-97.2016.8.26.0050 – 23ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo).

Comunique-se, **com urgência**.

Publique-se.

Brasília, 31 de julho de 2019.

MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES

RELATOR

Documento assinado digitalmente