



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 802160 - RJ (2023/0043004-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : MARCIO VINÍCIUS AMORIM NOGUEIRA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de MÁRCIO VINÍCIUS AMORIM NOGUEIRA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que denegou a ordem postulada no HC n. 0092515-83.2022.8.19.0000.

Consta dos autos que, em 30/8/2022, o paciente foi denunciado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006. Na mesma oportunidade, o *Parquet* requereu a decretação de sua prisão preventiva (e-STJ fls. 259/263).

Em 8/9/2022, o Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Petrópolis/RJ determinou a notificação, assim como decretou a prisão preventiva do paciente (e-STJ fls. 133/134).

Em 21/11/2022, foi cumprido o mandado de prisão em desfavor do paciente.

Em 2/2/2023, o Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Petrópolis/RJ recebeu a denúncia, nos autos da Ação Penal n. 0011064-07.2022.8.19.0042, e designou a data de 26/5/2023 para a realização de audiência de instrução e julgamento (e-STJ fl. 293).

Inconformada com o decreto construtivo proferido pelo Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Petrópolis/RJ, a defesa impetrou *habeas corpus* perante a Corte de origem, "alegando ausência de pressupostos legais para a decretação da custódia máxima e violação ao procedimento previsto no artigo 226 do CPP referente às regras do reconhecimento fotográfico" (e-STJ fl. 21).

Ao final, requereu, liminarmente, a revogação da prisão e, após, a confirmação da ordem. Em sede subsidiária, pleiteou a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão.

A ordem, contudo, foi denegada pela Corte local, em sessão de julgamento realizada no dia 2/2/2023, em acórdão assim ementado (e-STJ fls. 16/20):

HABEAS CORPUS. ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06. INSURGÊNCIA CONTRA A DECISÃO QUE DECRETOU A PRISÃO PREVENTIVA, ADUZINDO: AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS LEGAIS PARA A DECRETAÇÃO DA CUSTÓDIA MÁXIMA; E RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO EM SEDE POLICIAL EM VIOLAÇÃO ÀS NORMAS PREVISTAS NO ARTIGO 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. REQUER LIMINARMENTE A REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA E SUA POSTERIOR CONFIRMAÇÃO OU A SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS DO ARTIGO 319 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. Em exame aos autos principais, verifica-se que o paciente foi preso em 21/11/2022 (conforme e-doc. 139 dos autos originários, registro de ocorrência 105- 07651/2022 comunicando o cumprimento de mandado de prisão, determinado em acolhimento ao pleito ministerial) em razão de suposta prática do delito descrito no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006. Conforme consta na denúncia ofertada pelo Parquet: “No dia 15 de agosto de 2022, aproximadamente às 21:15h, em uma escadaria existente atrás do Bar da Cida, localizado na Rua Henrique Paixão s/n, Floresta, Petrópolis, RJ, o denunciado, consciente e voluntariamente, sem permissão e contrariando disposições legais e regulamentares, trazia consigo, para fins de tráfico, (I) 73,1g (setenta e três gramas e um decigrama) de cocaína, distribuída em 133 (cento e trinta e três) embalagens constituídas de frasco plástico com tampa articulada, acondicionadas em pequenos sacos de plástico incolor, fechados por dobraduras e grampos metálicos, apresentando retalho de papel de cor branca, com inscrições impressas “MDF – VERA – 10 C.V. MDF”; (II) 25,6g (vinte e cinco gramas e seis decigramas) de cocaína, distribuídos por 27 (vinte e sete) embalagens constituídas de frasco plástico com tampa articulada, acondicionadas em pequenos sacos de plástico incolor, fechados por dobraduras e grampos metálicos, apresentando retalhos de papel de cor branca, com inscrições impressas “FLORESTA ESCAMA DE PEIXE – 30 C.V.”; (III) 60,0g (sessenta gramas) de Cannabis Sativa L., na forma de erva seca, distribuída em 09 (nove) unidades de plástico filme tipo “PVC” e envolto pelo mesmo com etiqueta externa ostentando as inscrições “\$30 – BRABA – C.V.”; (IV) 44,0g (quarenta e quatro gramas) de Cannabis Sativa L., na forma de erva seca, distribuída em 02 (duas) unidades de plástico filme do tipo “PVC” e envolto pelo mesmo com etiqueta externa ostentando as inscrições “\$50 – BRABA – C.V. FLORESTA”, tudo melhor descrito nos laudos de exame de entorpecentes acostados aos autos do inquérito policial que instrui a presente. Na ocasião, os policiais militares Manoel Fernandes Duque e Maicon Vieira de Almeida receberam notícia de populares de que havia dois indivíduos vendendo drogas na escadaria atrás do Bar da Cida. Visando a aferir a veracidade do relato, os agentes procederam até o local e se dividiram, fazendo o cerco, momento no qual visualizaram o ora denunciado, com uma sacola na mão. O denunciado, ao ver os policiais, dispensou a sacola, na qual estava a droga antes descrita, e se embrenhou na mata, evadindo-se dos brigadianos. As circunstâncias da apreensão, quantidade e forma de acondicionamento da droga evidenciam, todos, que o entorpecente se destinava ao tráfico de drogas. Assim agindo, está o denunciado incurso nas sanções do art. 33,

caput, da Lei nº 11.343/2006 c/c artigo 2º da Lei 8.072/1990.” O Ministério Público requereu ainda a decretação da prisão preventiva do ora paciente, o que foi atendido pelo juízo de piso em 08/09/2022 nos autos do processo originário. Em uma análise perfunctória, possível em sede de habeas corpus, vê-se que decisão está devidamente lastreada em elementos concretos, nos termos do art. 93, IX, da CR/88 e art. 315 do CPP. A observar que estão presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, bem como foi apresentada justificativa idônea para a não aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão. O fumus comissi delicti está presente, pois há indícios suficientes de materialidade e de autoria do crime, decorrentes da própria situação em se transcorreram os fatos e em que foi determinada a ordem prisional. O perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado (art. 312 do CPP, sob a nova redação dada pela Lei 13.964/2019) está fundado na garantia da ordem pública, consubstanciado na necessidade de se resguardar o meio social, evitando-se que a sociedade seja novamente lesada pela mesma conduta em tese cometida. Ressalte-se que a gravidade em abstrato do crime não pode servir como fundamento para o decreto da medida extrema. Contudo, o magistrado pode se valer da narrativa em concreto dos fatos imputados para concluir sobre o risco que a liberdade do agente poderia acarretar, o que ocorreu na hipótese em tela. Verifica-se a contemporaneidade da motivação que deu ensejo à prisão preventiva, em razão das próprias circunstâncias em que se desencadearam os fatos; não havendo qualquer alteração no quadro fático desde então, totalmente de acordo com disposto no art. 315, §1º do CPP (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019). Desta forma, tem-se que a prisão preventiva não fere o princípio da presunção de inocência, se imposta de forma fundamentada, como é o caso. Na hipótese, necessária se faz a intervenção coercitiva do Estado, com o intuito de garantir o equilíbrio e a tranquilidade social, razão pela qual afasta-se, excepcionalmente, a intangibilidade da liberdade individual, para a salvaguarda de interesses sociais. No que tange à alegação de que o reconhecimento fotográfico do paciente se deu em desconformidade com as regras do artigo 226 do CPP, tal ponto deve ser afastado. Isto porque houve toda uma investigação prévia por parte da polícia civil para que fosse possível chegar até a identificação do paciente, não havendo que se falar em violação às regras do artigo 226 do Código de Processo Penal. Frise-se que os policiais militares Maicon Vieira de Almeida e Manoel Fernandes Duque, no dia dos fatos narrados na exordial acusatória, chegaram à sede policial fornecendo os dados qualificadores do paciente e, em seguida, o reconheceram por meio de fotografia. Conforme o relatório final de inquérito (e-docs. 25/27 dos autos originários), os policiais militares estiveram no local onde supostamente os fatos ocorreram, por volta das 21:15 h, com o objetivo de verificarem informações de que havia dois indivíduos vendendo drogas na escadaria, após o bar da “Cida”, na Rua Henrique Paixão, s/nº, no bairro Floresta. Ao chegarem ao local, ambos os suspeitos evadiram, mas o paciente foi visto carregando uma sacola, tendo sido identificado pelos agentes, por possuir inúmeros antecedentes criminais, por tráfico de drogas, ameaça, roubo, lesão, injúria, entre outros delitos. Neste ponto, não se desconhece a recente mudança de entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca da importância de se observar o artigo 226 do Código de Processo Penal, imprimindo maior cuidado no que tange aos reconhecimentos feitos em sede policial. Também não se desconhece que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro igualmente vem entendendo a importância de se observar o mencionado dispositivo legal e de se ter especial atenção com os reconhecimentos feitos por meio de fotografia, como se observa no Aviso 2ºVP nº 01/2022. Hígidos, portanto, os motivos que ensejaram a medida excepcional, não sendo suficientes quaisquer das medidas acauteladoras diversas da prisão previstas no art. 319, do CPP. Inexistindo constrangimento

ilegal suportado pelo paciente, a denegação da ordem é medida que se impõe. Demonstrada a necessidade da custódia cautelar, bem como a higidez da decisão que a determinou, o pedido libertário não tem cabimento. ORDEM DENEGADA.

Daí o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, no qual a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro sustenta, em síntese, a ilegalidade da segregação cautelar, uma vez que os indícios de autoria produzidos nos autos seriam ilegais, tendo o reconhecimento fotográfico não respeitado os procedimentos previstos no art. 226 do CPP.

Sublinha que "não se pode ignorar o fato de que o encontro visual dos policiais militares com o paciente se deu de noite, devendo ser ressaltada a forma como o fugitivo se encontrava vestido com roupas e uma touca preta" (e-STJ fl. 12).

Argumenta, ainda, a ausência de fundamentação idônea para a prisão preventiva, ressaltando que, "Ao contrário do que veio a apontar a autoridade coatora, a forma como subsiste risco à ordem pública, caso o paciente venha a ser solto, é genérica e abstrata, servindo para qualquer caso que envolva tráfico de drogas, o que, por si só, já constituiria nulidade no decreto prisional encampado pela autoridade coatora" (e-STJ fl. 9).

Diante disso, requer, em liminar e no mérito, a revogação da prisão preventiva, com a expedição do respectivo alvará de soltura e a aplicação de medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP se for o caso.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 322/324).

As informações foram prestadas pelo Juízo de primeiro grau (e-STJ fls. 327/336).

O Ministério Público Federal **opinou pela concessão da ordem**, em parecer assim ementado (e-STJ fl. 338):

HABEAS CORPUS COM PEDIDO LIMINAR. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. RECONHECIMENTO FOTOGRAFICO. DESCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS DO ARTIGO 226 DO CPP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.

- O reconhecimento do paciente pelos policiais militares foi realizado exclusivamente por meio de fotografia, sem observar os requisitos do artigo 226 do CPP. Os agentes não descreveram previamente as características físicas do suspeito, tampouco foram apresentadas fotografias de outros elementos, conforme se verifica do auto de reconhecimento acostado aos autos.

- O reconhecimento fotográfico realizado pelos policiais mostra-se frágil e insuficiente para indicar a autoria do delito, diante das circunstâncias dos

fatos, que se deram em período noturno, e com o suspeito que vestia roupa toda preta e gorro preto, que não favoreciam sua identificação precisa.
- O convencimento do magistrado quanto à autoria do delito fundamentou-se exclusivamente no reconhecimento fotográfico realizado pelos policiais, não havendo outros elementos de prova a indicar a participação do paciente nos fatos imputados.
Parecer pela concessão da ordem, para revogar a prisão preventiva do paciente.

Por meio da PET n. 00161160/2023, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro requer preferência no julgamento deste *habeas corpus* (e-STJ fls. 346/348).

É o relatório. **Decido.**

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do País: HC n. 320.818/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe de 27/5/2015; e STF, HC n. 113.890/SP, Relatora Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJe de 28/2/2014.

Mais recentemente: STF, HC n. 147.210-AgR, Relator Ministro EDSON FACHIN, DJe de 20/2/2020; HC n. 180.365-AgR, Relatora Ministra ROSA WEBER, DJe de 27/3/2020; HC n. 170.180-AgR, Relatora Ministra CARMEM LÚCIA, DJe de 3/6/2020; HC n. 169.174-AgR, Relatora Ministra ROSA WEBER, DJe de 11/11/2019; HC n. 172.308-AgR, Relator Ministro LUIZ FUX, DJe de 17/9/2019 e HC n. 174.184-AgR, Relator Ministro LUIZ FUX, DJe de 25/10/2019. **STJ**: HC n. 563.063-SP, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Terceira Seção, julgado em 10/6/2020; HC n. 323.409/RJ, Relator p/ acórdão Ministro FELIX FISCHER, Terceira Seção, julgado em 28/2/2018, DJe de 8/3/2018; HC n. 381.248/MG, Relator p/ acórdão Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Terceira Seção, julgado em 22/2/2018, DJe de 3/4/2018.

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Conforme o relatado, a impetrante sustenta, em síntese, a existência de constrangimento ilegal decorrente da manutenção da prisão preventiva do paciente, afirmando não haver prova concreta da autoria do delito de tráfico de drogas, pois não houve prisão em flagrante e o indiciamento do paciente baseou-se exclusivamente no reconhecimento fotográfico realizado por policiais militares, em inobservância aos procedimentos previstos no art. 226 do CPP.

Como é de conhecimento, *Em revisão à anterior orientação jurisprudencial, ambas as Turmas Criminais que compõem esta Corte, a partir do julgamento do HC n. 598.886/SC (Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz), realizado em 27/10/2020, passaram a dar nova interpretação ao art. 226 do CPP, segundo a qual a inobservância do procedimento descrito no mencionado dispositivo legal torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado em juízo (AgRg no AREsp n. 2.109.968/MG, Relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 18/10/2022, DJe de 21/10/2022).*

Nessa linha de inteligência, destaca-se que:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. VIOLAÇÃO DO ART. 226 DO CPP. TESE DE NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO DE RECONHECIMENTO PESSOAL. EXISTÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS DE PROVA VÁLIDOS E INDEPENDENTES. PRECEDENTE.

1. Para a jurisprudência desta Corte Superior, 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 (HC n. 598.886/SC, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 18/12/2020).

2. O art. 226, antes de descrever o procedimento de reconhecimento de pessoa, diz em seu caput que o rito terá lugar "quando houver necessidade", ou seja, o reconhecimento de pessoas deve seguir o procedimento previsto quando há dúvida sobre a identificação do suposto autor. A prova de autoria não é tarifada pelo Código de Processo Penal.

4. Antes, esta Corte dizia que o procedimento não era vinculante; agora, evoluiu no sentido de exigir sua observância, o que não significa que a prova de autoria deverá sempre observar o procedimento do art. 226 do Código de Processo Penal. O reconhecimento de pessoa continua tendo espaço quando há necessidade, ou seja, dúvida quanto à individualização do suposto autor do fato. Trata-se do método legalmente previsto para, juridicamente, sanar dúvida quanto à autoria. Se a vítima é capaz de individualizar o agente, não é necessário instaurar a metodologia legal.

5. A nova orientação buscou afastar a prática recorrente dos agentes de segurança pública de apresentar fotografias às vítimas antes da realização do procedimento de reconhecimento de pessoas, induzindo determinada conclusão.

6. A condenação não se amparou, exclusivamente, no reconhecimento pessoal realizado na fase do inquérito policial, destacando-se, sobretudo, que uma das vítimas reconheceu o agravante em Juízo, descrevendo a negociação e a

abordagem. A identificação do perfil na rede social Facebook foi apenas uma das circunstâncias do fato, tendo em conta que a negociação deu-se por essa rede social.

7. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AgRg no HC n. 721.963/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 19/4/2022, DJe de 13/6/2022) - negritei.

Como se vê, esta Corte Superior firmou jurisprudência no sentido de que o acusado não pode ser condenado com base, apenas, em eventual reconhecimento falho, ou seja, sem o cumprimento das formalidades previstas no art. 226 do CPP, as quais constituem, em verdade, garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um delito.

Em decorrência desse entendimento, destaco que **não há como manter uma segregação cautelar baseada apenas em reconhecimento falho ou duvidoso, sem a observância do procedimento previsto no art. 226 do CPP.**

Nesse sentido, esta relatoria concedeu a ordem, de ofício, no bojo do HC n. 799.758/SP, e determinou o recolhimento dos mandados de prisão expedidos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo contra três homens acusados de cometer um roubo, tendo em vista que o reconhecimento dos acusados não respeitou os ditames do artigo 226 do CPP, tampouco a jurisprudência do STJ sobre o tema. (Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-fev-14/stj-derruba-ordens-prisao-falha-reconhecimento-suspeitos>).

Pois bem.

Remorando o caso dos autos, consta da denúncia que (e-STJ fl. 260):

No dia 15 de agosto de 2022, aproximadamente às 21:15h, em uma escadaria existente atrás do Bar da Cida, localizado na Rua Henrique Paixão s/n, Floresta, Petrópolis, RJ, o denunciado, consciente e voluntariamente, sem permissão e contrariando disposições legais e regulamentares, trazia consigo, para fins de tráfico, (I) 73,1g (setenta e três gramas e um decigrama) de cocaína, distribuída em 133 (cento e trinta e três) embalagens constituídas de frasco plástico com tampa articulada, acondicionadas em pequenos sacos de plástico incolor, fechados por dobraduras e grampos metálicos, apresentando retalho de papel de cor branca, com inscrições impressas “MDF –VERA –10 C. V. MDF”; (II) 25,6g(vinte e cinco gramas e seis decigramas) de cocaína, distribuídos por 27 (vinte e sete) embalagens constituídas de frasco plástico com tampa articulada, acondicionadas em pequenos sacos de plástico incolor, fechados por dobraduras e grampos metálicos, apresentando retalhos de papel de cor branca, com inscrições impressas “FLORESTA ESCAMA DE PEIXE –30 C. V.”; (III) 60,0g(sessenta gramas) de Cannabis Sativa L., na forma de erva seca, distribuída em 09 (nove) unidades de plástico filme tipo “PVC” e envolto pelo mesmo com etiqueta externa ostentando as inscrições “\$30 –BRABA –C. V.”; (IV) 44,0g (quarenta e quatro gramas) de Cannabis Sativa L., na forma de erva seca, distribuída em 02 (duas) unidades de plástico filme do tipo “PVC” e envolto pelo mesmo com etiqueta externa

ostentando as inscrições “\$50 –BRABA –C. V. FLORESTA”, tudo melhor descrito nos laudos de exame de entorpecentes acostados aos autos do inquérito policial que instrui a presente.

Na ocasião, os policiais militares Manoel Fernandes Duque e Maicon Vieira de Almeida receberam notícia de populares de que havia dois indivíduos vendendo drogas na escadaria atrás do Bar da Cida.

Visando a aferir a veracidade do relato, os agentes procederam até o local e se dividiram, fazendo o cerco, momento no qual visualizaram o ora denunciado, com uma sacola na mão.

O denunciado, ao ver os policiais, dispensou a sacola, na qual estava a droga antes descrita, e se embrenhou na mata, evadindo-se dos brigadianos. As circunstâncias da apreensão, quantidade e forma de acondicionamento da droga evidenciam, todos, que o entorpecente se destinava ao tráfico de drogas. - negritei.

Somado a isso, colhe-se do relatório do inquérito policial que (e-STJ fls.

79/80):

Em síntese, no dia 15/08/2022, os policiais militares viram o nacional MÁRCIO VINÍCIUS AMORIM NOGUEIRA carregando uma sacola plástica que posteriormente verificaram conter 133 pinos contendo pó branco, embalados e etiquetados com a inscrição; "MDF C. V 10", 27 pinos contendo pó branco, embalados e etiquetados com a inscrição; "FLORESTA ESCAMA DE PEIXE C. V 30", 10 embalagens contendo pedras, embaladas e etiquetadas com a inscrição; "MELHOR DA SERRA NEYMAR C. V 20", 2 tabletes contendo erva seca, embalados e etiquetados com a inscrição; "FLORESTA C. V A BRABA 50" e 9 tiras contendo erva seca, embaladas e etiquetadas com a inscrição; "C. V A BRABA 30". Os policiais estiveram no local, por volta das 21:15H, para verificarem informação de populares de que haviam dois indivíduos, vendendo drogas na escadaria após o bar da CIDA, na Rua Henrique Paixão, s/nº, no bairro Floresta, nesta cidade de Petrópolis/RJ. Ambos fugiram, mas MÁRCIO foi visto carregando a sacola e identificado pelos policiais.

Os policiais já chegaram à Delegacia fornecendo os dados de MÁRCIO. Em sede policial, MÁRCIO foi qualificado e RECONHECIDO pelos policiais por FOTOGRAFIA.

[...]

A presente investigação logrou êxito em revelar a prova da existência do crime, materializada no laudo pericial de entorpecentes, além de colher indícios suficientes de autoria, consubstanciados no RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO do autor pelos policiais militares. Preenchido, destarte, o fumus comissi delict. - Negritei.

O auto do reconhecimento do paciente realizado pelos policiais militares Manoel Fernandes Duque e Maicon Vieira de Almeida encontra-se anexado às e-STJ fls. 109/110.

A Corte local, no julgamento do writ originário, manteve a prisão cautelar do paciente e o seguimento da ação penal, sob os seguintes fundamentos (e-STJ fls. 22/37):

Não têm razão o impetrante.

Em exame aos autos principais, verifica-se que o paciente foi preso, em 21/11/2022 (e-doc. 139, dos autos originários, registro de ocorrência 105-

07651/2022 comunicando o cumprimento de mandado de prisão, determinado em acolhimento ao pleito ministerial) em razão de suposta prática do delito descrito no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006).

Assim constou da peça acusatória:

[...]

Ao determinar a notificação do denunciado, em decisão exarada em 08/09/2022, o magistrado de piso decretou, então, a custódia preventiva. A decisão se delineou em seguintes termos, e-docs. 79/80 dos autos originários:

[...]

Na hipótese vislumbra-se, de plano, a presença de requisito objetivo que admite a decretação da custódia cautelar do denunciado na medida em que o delito que lhe é imputado possui pena máxima superior a 4 (quatro) anos, nos termos do artigo 313, I, do CPP. Presente o "fumus comissi delicti" posto que comprovada a materialidade e fortes os indícios da autoria, pelo denunciado, do crime de tráfico de drogas diante dos laudos periciais das drogas apreendidas, dos autos de apreensão, dos depoimentos dos policiais que efetuaram o flagrante e demais elementos informativos. Quanto ao "periculum libertatis", assinale-se que o crime de tráfico de drogas, por si só, abala suficientemente a ordem pública. Note-se que o crime em comento é de extrema lesividade social e afeta diretamente a população, seja por meio da destruição de instituições familiares fundamentais para o desenvolvimento individual e coletivo, seja pela atuação violenta dos narcotraficantes dentro das comunidades carentes da cidade. Ressalte-se, ainda, que o comércio ilegal de drogas é causa de uma série de crimes violentos correlatos, como homicídios, tortura e sequestro, relacionados às dívidas contraídas por usuários e, por óbvio, às disputas pelo controle de pontos de venda de entorpecentes. Ademais, o apurado nos autos denota que o denunciado faz da prática de crimes abominável meio de vida: do relatório de vida pregressa constam inúmeras anotações relativas aos mais diversos e graves crimes, dentre os quais homicídio, roubo, estupro e tráfico de drogas. Finalmente, em atenção ao disposto no artigo 310, II, do CPP, resalto que é inviável a aplicação das medidas cautelares previstas no artigo 319 do CPP uma vez que, diante de todo o acima exposto, nenhuma delas se revela adequada. Dessa forma, acolho a judiciosa promoção ministerial, ora inclusa como razões de decidir e, a fim de garantir a ordem pública, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, DECRETO a prisão preventiva do denunciado na forma dos artigos 312 e 313, I, do CPP. Expeça-se o mandado de prisão. Fixo o prazo de 20 anos para cumprimento."

Em uma análise perfunctória, possível em sede de habeas corpus, vê-se que decisão está devidamente lastreada em elementos concretos, nos termos do art. 93, IX, da CR/88 e art. 315 do CPP. A observar que estão presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, bem como foi apresentada justificativa idônea para a não aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão.

O fumus comissi delicti está presente, pois há indícios suficientes de materialidade e de autoria do crime, decorrentes da própria situação em se transcorreram os fatos e em que foi determinada a ordem prisional.

O perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado (art. 312 do CPP, sob a nova redação dada pela Lei 13.964/2019) está fundado na garantia da ordem pública, consubstanciado na necessidade de se resguardar o meio social, evitando-se que a sociedade seja novamente lesada pela mesma conduta em tese cometida.

Ressalte-se que a gravidade em abstrato do crime não pode servir como fundamento para o decreto da medida extrema. Contudo, o magistrado pode

se valer da narrativa em concreto dos fatos imputados para concluir sobre o risco que a liberdade do agente poderia acarretar, o que ocorreu na hipótese em tela.

Frise-se que a ordem pública também se consubstancia na necessidade de se resguardar o meio social, bem como de preservar a própria credibilidade da Justiça. Senão vejamos:

[...]

Verifica-se a contemporaneidade da motivação que deu ensejo à prisão preventiva, em razão da própria circunstância os fatos se delinearam, não havendo qualquer alteração no quadro fático desde então, totalmente de acordo com disposto no art. 315, §1º do CPP (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

Desta forma, tem-se que a prisão preventiva não fere o princípio da presunção de inocência, se imposta de forma fundamentada, como é o caso.

Na hipótese, necessária se faz a intervenção coercitiva do Estado, com o intuito de garantir o equilíbrio e a tranquilidade social, razão pela qual afasta-se, excepcionalmente, a intangibilidade da liberdade individual, para a salvaguarda de interesses sociais.

Assim se posicionou o Supremo Tribunal Federal:

[...]

No que tange à alegação de que o reconhecimento fotográfico do paciente se deu em desconformidade com as regras do artigo 226 do CPP, tal ponto deve ser afastado.

Isto porque houve toda uma investigação prévia por parte da polícia civil para que fosse possível chegar até a identificação do paciente, não havendo que se falar em violação às regras do artigo 226 do Código de Processo Penal.

Frise-se que os policiais militares Maicon Vieira de Almeida e Manoel Fernandes Duque, no dia dos fatos narrados na exordial acusatória, chegaram à sede policial fornecendo os dados qualificadores do paciente e, em seguida, o reconheceram por meio de fotografia.

Conforme o relatório final de inquérito (e-docs. 25/27 dos autos originários), os policiais militares estiveram no local onde supostamente os fatos ocorreram, por volta das 21:15 h, com o objetivo de verificarem informações de que havia dois indivíduos vendendo drogas na escadaria, após o bar da “Cida”, na Rua Henrique Paixão, s/nº, no bairro Floresta.

Ao chegarem ao local, ambos os suspeitos evadiram, mas o paciente foi visto carregando uma sacola, tendo sido identificado pelos agentes, por possuir inúmeros antecedentes criminais, por tráfico de drogas, ameaça, roubo, lesão, injúria, entre outros delitos.

Neste ponto, não se desconhece a recente mudança de entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca da importância de se observar o artigo 226 do Código de Processo Penal, imprimindo maior cuidado no que tange aos reconhecimentos feitos em sede policial.

Também não se desconhece que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro igualmente vem entendendo a importância de se observar o mencionado dispositivo legal e de se ter especial atenção com os reconhecimentos feitos por meio de fotografia, como se observa no Aviso 2ºVP nº 01/2022.

Hígidos, portanto, os motivos que ensejaram a medida excepcional, não sendo suficientes quaisquer das medidas acauteladoras diversas da prisão previstas no art. 319, do CPP.

Inexistindo constrangimento ilegal suportado pelo paciente, a denegação da ordem é medida que se impõe.

Em razão do exposto, o voto é no sentido de DENEGAR A ORDEM. - Negritei.

Com efeito, verifica-se dos autos que, em razão de atuação policial, foram apreendidos entorpecentes na Rua Doutor Henrique Paixão, bairro Floresta, Petrópolis/RJ, sendo certo que não ocorreu qualquer prisão naquele momento.

Diante do reconhecimento fotográfico, que foi realizado pelos policiais militares responsáveis pela apreensão das substâncias ilícitas, Manoel Fernandes Duque e Maicon Vieira de Almeida, foi realizado o indiciamento do paciente pela suposta prática do crime de tráfico de drogas, sendo posteriormente denunciado pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Atualmente, o paciente está preso preventivamente e figura como réu nos autos da Ação Penal n. 0011064-07.2022.8.19.0042, em curso perante o Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Petrópolis/RJ (cuja AIJ foi designada para o dia 26/5/2023), notadamente ante o reconhecimento fotográfico realizado pelos policiais militares.

Ocorre que, conforme destacado pela combativa Defensoria Pública, não existiu um profícuo labor investigativo que permitiu o reconhecimento fotográfico do paciente, porquanto, consoante o depoimento do policial militar Manoel Fernandes Duque (e-STJ fls. 104/105), que é similar ao do policial Maicon Vieira de Almeida (e-STJ fls. 102/103), não houve descrição física do paciente, mas somente que a atividade estatal se deu de noite, quando então teriam visto uma pessoa negra, vestida com roupas pretas e com touca preta.

No auto do reconhecimento fotográfico (e-STJ fls. 109/110), apesar de mencionar a observância do disposto no artigo 226, inciso I, Código de Processo Penal, não há a descrição física nos autos, bem como não há indicação de que outras fotografias vieram a ser apresentadas no momento do reconhecimento fotográfico.

Ademais, ressalta-se da inicial deste *mandamus* que: "O paciente, conforme a única foto colacionada nos autos no momento do reconhecimento fotográfico, é um negro, o que fragiliza ainda mais a verossimilhança a presença do *fumus comissi delicti*, podendo mesmo indiciar a presença de um racismo estrutural que teima em existir na sociedade brasileira" (e-STJ fl. 13).

Nesse viés, colhe-se do parecer do Ministério Público Federal, que adoto como razões de decidir (e-STJ fls. 340/341):

No caso dos autos, o reconhecimento do paciente pelos policiais militares foi realizado exclusivamente por meio de fotografia, sem observar os requisitos do artigo 226 do CPP. Os agentes não descreveram previamente as

características físicas do suspeito, tampouco foram apresentadas fotografias de outros elementos, conforme se verifica do auto de reconhecimento acostado aos autos (e-STJ Fls. 67/68)

Vale destacar que a diligência que resultou na apreensão da droga foi realizada no período noturno (por volta das 21:15 hs) e o suspeito, que supostamente seria o paciente, “vestia roupa toda preta e toca preta”, conforme descrito no inquérito policial.

Com efeito, o reconhecimento fotográfico realizado pelos policiais mostra-se frágil e insuficiente para indicar a autoria do delito, diante das circunstâncias dos fatos, que se deram em período noturno, e com o suspeito utilizando vestimenta que não favorecia sua identificação precisa.

Ademais, ressalta-se que o convencimento do magistrado quanto à autoria do delito fundamentou-se exclusivamente no reconhecimento fotográfico realizado pelos policiais, não havendo outros elementos de prova a indicar a participação do paciente nos fatos imputados.

Portanto, diante da fragilidade dos elementos probatórios quanto à autoria delitiva, em vista do questionável reconhecimento fotográfico feito pelos policiais, sem a observância dos procedimentos previstos no artigo 226 do CPP, a decisão que decretou a prisão preventiva deve ser cassada.

Assim, imperiosa a concessão da ordem, de ofício, para determinar a imediata soltura do paciente, decretada com base exclusivamente em reconhecimento fotográfico realizado por policiais militares sem a observância das disposições do art. 226 do Código de Processo Penal.

Por fim, cumpre ressaltar que este *decisum* não implica no trancamento da ação penal na origem, visto que, pode haver, no curso da instrução processual, a realização de maiores esclarecimentos sobre as circunstâncias em que se deu o reconhecimento do paciente, além da realização de novas diligências.

Ante o exposto, **não conheço** do presente *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício, para, em conformidade com o parecer do Ministério Público Federal, determinar a imediata soltura do paciente, MÁRCIO VINÍCIUS AMORIM NOGUEIRA, réu nos autos da Ação Penal n. 0011064-07.2022.8.19.0042, em trâmite perante o Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Petrópolis/RJ.

Comunique-se, com urgência, ao Tribunal impetrado e ao Juízo de primeiro grau, encaminhando-lhes o inteiro teor da presente decisão.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Intimem-se.

Brasília, 14 de março de 2023.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator