

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 631.706 - RJ (2020/0327362-1)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
SONIA MARIA ARRUDA GONCALVES - RJ069498
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : JEFFERSON DA SILVA NOGUEIRA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO. CORRUPÇÃO DE MENORES. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO NÃO CONFIRMADO EM JUÍZO. CONDENAÇÃO FUNDADA EXCLUSIVAMENTE EM RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que é possível a utilização das provas colhidas durante a fase inquisitiva - reconhecimento fotográfico - para embasar a condenação, desde que corroboradas por outras provas colhidas em Juízo.

2. 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.

3. Hipótese em que a condenação se fundou unicamente no reconhecimento fotográfico realizado de maneira inadequada na fase inquisitorial e não confirmado pelas vítimas no âmbito judicial, verificando-se manifesta ilegalidade.

4. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, *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.* (HC 598.886/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2020, DJe 18/12/2020)

5. Ordem concedida para, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do CPP, absolver o paciente JEFFERSON DA SILVA NOGUEIRA, nos autos n. 0009064-81.2019.8.19.0028, da 2ª Vara Criminal da Comarca de Macaé - RJ, da prática dos crimes previstos no art. 157, § 2º, incisos I, II e V do Código Penal e no art. 244-B da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder o habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior e Rogério Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr(a). DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, pela parte PACIENTE: JEFFERSON DA SILVA NOGUEIRA

Brasília (DF), 09 de fevereiro de 2021 (Data do Julgamento).

MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Presidente

MINISTRO NEFI CORDEIRO

Relator

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 631.706 - RJ (2020/0327362-1)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
SONIA MARIA ARRUDA GONCALVES - RJ069498
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : JEFFERSON DA SILVA NOGUEIRA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em face de acórdão assim ementado (fls. 19-21):

EMENTA: APELAÇÃO – ROUBO TRIPLAMENTE MAJORADO – ART. 157, § 2º, INCISOS I, II E V DO CP – SENTENÇA CONDENATÓRIA – PENA DE 07 ANOS E 09 MESES DE RECLUSÃO E 15 DIAS-MULTA – PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO QUE SE REJEITA – VALIDADE DO RECONHECIMENTO FEITO EM SEDE POLICIAL, POR FOTOGRAFIA - PARA O ATO, MANEJA-SE O ART. 227, QUE PREVÊ UTILIZAÇÃO DAS REGRAS DO ART. 226, NO QUE FOR APLICÁVEL – NO MÉRITO, MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS – RELEVÂNCIA DAS PALAVRAS DAS VÍTIMAS NOS CRIMES PATRIMONIAIS — VÍTIMA ABORDADA PELO APELANTES E SEUS COMPARSAS AO ABRIR O PORTÃO DA CASA – FAMÍLIA RENDIDA, AMARRADA E PRESA NA LAVANDERIA DA RESIDÊNCIA PELO GRUPO DE ROUBADORES - SUBTRAÇÃO DE VÁRIOS BENS, INCLUSIVE UM AUTOMÓVEL UTILIZADO NA FUGA – VÍTIMAS QUE RECONHECERAM OS AUTORES DO CRIME POUCOS DIAS DEPOIS ATRAVÉS DE UM VÍDEO DE UM ROUBO PRATICADO NA MESMA REGIÃO E RATIFICARAM O RECONHECIMENTO EM SEDE POLICIAL - ELEMENTOS COLHIDOS NA FASE INQUISITORIAL NÃO PODEM SER DESPREZADOS, DEVENDO SEMPRE SER EXAMINADOS COM MINUCIA E PRUDÊNCIA DENTRO DO CONJUNTO PROBATÓRIO, COM O OBJETIVO DE ATINGIR A VERDADE DOS FATOS, AINDA MAIS NO CASO CONCRETO, ONDE A AIJ OCORREU CINCO ANOS E MEIO DEPOIS DO CRIME, SENDO JUSTIFICÁVEL QUE AS VÍTIMAS TIVESSEM DÚVIDAS EM APONTAR O APELANTE COMO AUTOR DO ROUBO – DESNECESSÁRIAS APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA DE FOGO UTILIZADA QUANDO A PROVA TESTEMUNHAL É SEGURA E FIRME - CRIME PATRIMONIAL – CONCURSO DE AGENTES CONFIGURADO - DELITO CONSUMADO – ACERTADA A APLICAÇÃO DO INCISO V - REDUÇÃO DA PENA-BASE – MOTIVOS DA EXASPERAÇÃO SÃO INERENTES ÀS CAUSAS DE AUMENTO, JÁ VALORADAS NA TERCEIRA ETAPA - FRAÇÃO DE ½ PELAS TRÊS CAUSAS DE AUMENTO FOI BASEADA NO FATO DO DELITO TER SIDO PRATICADO EM CONCURSO

Superior Tribunal de Justiça

DE 04 PESSOAS , EMPREGO DE DUAS ARMAS DE FOGO E SUBMISSÃO DAS VÍTIMAS AO PODER DOS CRIMINOSOS POR RAZOÁVEL ESPAÇO DE TEMPO - MAIOR GRAVIDADE CONSTATADA – VERIFICAÇÃO DO EQUILIBRIO ENTRE A DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO SENTENCIANTE E OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE AO DOSAR O QUANTUM DE RESTRIÇÃO IMPOSTA – IMPOSSÍVEL ABSOLVIÇÃO QUANTO À CORRUPÇÃO DE MENORES - O CRIME FORMAL, DE PERIGO ABSTRATO, SENDO DESNECESSÁRIA A PROVA DA EFETIVA CORRUPÇÃO DO ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI - O TIPO PENAL SANCIONA A CONDUTA DE “CORROMPER OU FACILITAR A CORRUPÇÃO”, PUNINDO MESMO AQUELE QUE, DE QUALQUER FORMA, CONTRIBUI PARA O DESAJUSTE MORAL DO MENOR – PARA ESSE DELITO, NÃO HÁ QUALQUER REPARO A SER FEITO NA DOSIMETRIA DA PENA - CORRETA A UTILIZAÇÃO DO CÚMULO MATERIAL - NO CASO CONCRETO TEMOS DUAS AÇÕES: UMA ANTERIOR, DE CORROMPER O MENOR, E , NO MOMENTO SEGUINTE, A DE SUBTRAIR, MEDIANTE GRAVE AMEAÇA, COISA ALHEIA MÓVEL, CONFIGURANDO-SE O CONCURSO MATERIAL - O APELANTE, MEDIANTE MAIS DE UMA CONDUTA PRATICOU DOIS CRIMES - REGIME FECHADO IRREPARÁVEL- INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 381 TJRJ - INVIÁVEL A SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS – REJEIÇÃO DA PRELIMINAR E, NO MÉRITO, PARCIAL PROVIMENTO DO APELO DEFENSIVO, REDUZINDO A PENA PARA 07 ANOS DE RECLUSÃO E 15 DIAS- MULTA.

O paciente foi condenado pelos crimes previstos no art. 157, § 2º, incisos I, II e V do Código Penal e no art. 244-B da Lei 8.069/90, às penas de 7 anos e 9 meses de reclusão e ao pagamento de 16 dias-multa, em regime fechado, tendo sido negado ao acusado o direito de recorrer em liberdade.

Interposta apelação defensiva, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na sessão realizada em 10/11/20, deu provimento parcial ao recurso e redimensionou a pena a 7 anos de reclusão e ao pagamento de 15 dias-multa.

Daí o presente *mandamus* no qual requer a defesa, em síntese, a nulidade do reconhecimento fotográfico, sob a alegação de que ele não foi confirmado em juízo. No mérito, pretende a absolvição do paciente por constrangimento ilegal, pois as vítimas reconheceram o réu, ora paciente, em juízo (fl. 9).

Sustenta a ilegalidade na imposição do regime fechado com base em fundamentação inidônea, em mácula ao disposto no verbete da Súmula 440 desta Corte.

Requer, liminarmente, que o paciente aguarde em liberdade o julgamento do presente *writ*, ou ao menos em regime semiaberto e, no mérito, a absolvição do paciente ou, subsidiariamente, seja alterado o regime prisional inicial.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 145-147).

Superior Tribunal de Justiça

Prestadas as informações (fls. 112-126), o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus* (fls. 178-184).

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 631.706 - RJ (2020/0327362-1)

VOTO

O SENHOR MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Como relatado, alega a defesa, em síntese, que não existem provas suficientes para a condenação, com referência à falibilidade do uso do reconhecimento fotográfico para condenação, buscando a absolvição do paciente.

Quanto ao reconhecimento do acusado, o acórdão está assim fundamentado (fls. 28-38):

[...]. O apelante exerceu o direito constitucional de permanecer calado, quando de seu interrogatório em juízo.

Pelos depoimentos das vítimas, razão não assiste à defesa, quando pretende a absolvição por falta de provas, no que se refere ao roubo triplamente circunstanciado.

O fato de as vítimas não terem ratificado o reconhecimento do apelante em juízo está plenamente justificado, diante do longo tempo decorrido entre a data dos fatos (abril de 2014) e a realização da audiência de instrução e julgamento (outubro de 2019), ou seja, cinco anos e meio.

Ademais, como bem destacado no decreto condenatório, é natural haver mudança na compleição física do indivíduo recolhido ao cárcere, como no caso dos autos.

Assim, em que pesem as alegações defensivas, correta a tipificação penal do art. 157, § 2º, incisos I, II e V do CP dada à conduta do apelante e seus comparsas, quando incontestes o porte de arma de fogo, o concurso de agentes e restrição de liberdade das vítimas na ação de subtrair coisa alheia móvel.

Nos crimes de roubo, **as palavras das vítimas**, a quem nada aproveita incriminar falsamente um inocente, têm relevante peso probatório na reconstituição dos fatos, não podendo ser desprezada sem que argumentos contrários, sérios e graves se levantem, conforme pacificado pela doutrina e pela jurisprudência, **ainda mais quando os lesados foram capazes de identificar seus algozes, depois de assistirem a um vídeo onde eles praticavam outro delito, logo após o crime e, posteriormente, em sede policial, sem nenhuma dúvida.**

Os elementos colhidos na fase inquisitorial não podem ser desprezados, devendo sempre ser examinados como minúcia e prudência dentro do conjunto probatório, com o fito de atingir a verdade dos fatos.

[...]

Vejamos o que diz a Procuradoria de Justiça acerca da questão:

“O fato de não ter havido o reconhecimento em sede judicial não afasta a certeza jurídica advinda do reconhecimento fotográfico em sede policial, absolutamente válido conforme já enfrentado no ponto anterior. Isso se deve ao fato de que as

Superior Tribunal de Justiça

vítimas relataram com clareza os fatos delituosos, inclusive o envolvimento do menor Fabrício dos Santos, afirmando que o reconhecimento em sede policial se deu de forma livre. A autoria é, para nós, certa e determinada nos autos.”

Conforme consta da prova oral produzida, houve a inversão da posse dos bens das vítimas, que deixaram de ter a disponibilidade sobre eles, **que, inclusive, não foram recuperados.**

Portanto, as provas são convincentes e determinantes na comprovação da ocorrência do delito e no estabelecimento de sua autoria. A decisão condenatória encontra-se regularmente fundamentada e apoiada na prova coerente e firme contida nos depoimentos, que se coadunam entre si desde a fase policial.

É incontroverso, também, o fato de o apelante e seus comparsas terem intimidado as vítimas ao sacarem armas de fogo, diante dos depoimentos prestados por elas.

Para a configuração do emprego de arma de fogo, não há necessidade de sua apreensão, exigindo-se apenas que um dos agentes porte ostensivamente o material bélico de forma que a vítima a veja, ou até mesmo a utilize para intimidá-la. **É o caso dos autos, principalmente pelo fato de o apelante ter sido indicado como um dos elementos do grupo que portava o material bélico.**

Para corroborar com o entendimento desta Colenda Câmara, devemos observar o HC 96099/RS, do Egrégio Supremo Tribunal Federal, de 19/02/2009, onde se reafirma a desnecessidade de apreensão e perícia da arma de fogo, para caracterizar-se a causa especial de aumento de pena.

Da mesma forma, restou comprovado o concurso de pessoas, que exige a associação de dois ou mais agentes concorrendo para a execução de um evento criminoso.

De acordo com o depoimento das vítimas, Nilson chegava em casa de carro e, ao abrir o portão, foi abordado pelo apelante, o corréu falecido, um elemento não identificado e o adolescente em conflito com a lei, que ingressaram no imóvel, levando 2 (dois) telefones celular, marca Apple, 16gb, 01 (um) celular de marca Samsung Galaxy, modelo Duo de 4; 01 (um) celular de marca Motorola, Nextel; 02 (duas) televisões marca Philips de 47 polegadas; 01 (uma) televisão marca Philips de 40 polegadas; 01 (uma) televisão marca LG de 21 polegadas; 01 (um) notebook marca Asus de 10 polegadas; 01 (um) notebook – 17 marca Samsung, de quatorze polegadas; 01 (um) notebook marca Dell de quatorze polegadas; 01 (um) notebook marca Gateway de 15,6 polegadas; 01 (um) tablet marca Asus de sete polegadas; 01 (um) tablet marca Samsung de 10 polegadas; 01 (uma) câmera filmadora marca Sony; 01 (uma) máquina fotográfica marca Nikon, modelo 3100; 01 (um) vídeo game modelo Xbox; 01 (uma) mochila azul, marca Adidas; 02 (duas) alianças em ouro e ouro branco; 01 (uma) pulseira de ouro; 01 (um) anel em ouro escrito em baixo relevo G12, 01 (um) cordão com um pingente de cruz em ouro; 01 (um) anel em ouro com adereço de laço; diversos anéis e cordões; 02 (dois) relógios marca Casio; 01 (um) relógio marca Technos, 01 (uma) caixa retangular de plástico transparente com broches e símbolos bíblicos e 01 (uma) mochila e diversas bíblias, **levando todo o material subtraído no carro de Nilson, uma caminhonete Hilux, cor preta, placa KWJ 4623/RJ, que foi usado na fuga e também não foi encontrado.**

O conjunto probatório também não deixa qualquer dúvida de que o réu e seus comparsas agiram em comunhão de desígnios e ações, ou seja, que eles tinham a intenção de agir conjuntamente em uma conduta delituosa comum, a saber, o liame subjetivo, devendo ser aplicada a referida majorante.

Vale ressaltar que é sempre mais perigosa conduta daquele que age com o auxílio de outra pessoa, devendo, assim, responder mais gravemente.

[...]

Na hipótese vertente, indubitoso que o **apelante teve participação direta e fundamental no delito, agindo em comunhão de vontades na realização dos atos executórios, não sendo mero coadjuvante do crime.**

Diante do narrado, configurado está o **concurso de pessoas**, ante a participação voluntária do apelante e os demais roubadores na mesma infração penal.

No que tange à **restrição de liberdade sofrida pelas vítimas**, o autor Guilherme de Souza Nucci, em sua obra “Código Penal Comentado”, pág. 947, explica que, “introduzida pela Lei 9.426/96, teve o legislador por finalidade punir mais gravemente o autor do roubo que, além do mínimo indispensável para assegurar o produto da subtração, detém a vítima em seu poder”.

Pelos depoimentos dos ofendidos percebe-se que o apelante e seus comparsas restringiram a liberdade das vítimas por um tempo razoável, até conseguirem arrecadar os bens de valor existentes no imóvel e, antes de sair, ainda trancaram a família na lavanderia da residência, para que não buscassem auxílio.

Assevere-se que os lesados ficaram todo o tempo sob a mira da arma de seus algozes e amarrados, o que ratifica o cerceamento da liberdade dos ofendidos, que foram mantidos em poder do grupo, durante prazo considerável.

Melhor sorte não socorre a defesa, quando pretende a absolvição pelo crime de corrupção de menores, sob a alegação de que não há provas de que o apelante tenha corrompido o adolescente envolvido no roubo.

O crime em comento é formal, de perigo abstrato, sendo desnecessária a prova da efetiva corrupção do adolescente em conflito com a lei.

O tipo penal sanciona a conduta de “corromper ou facilitar a corrupção”, punindo mesmo aquele que, de qualquer forma, contribui para o desajuste moral do menor.

[...]

O Juízo de primeira instância fundamentou a condenação unicamente no reconhecimento fotográfico realizado na fase inquisitorial (fls. 85-90):

[...].**DO CRIME DE ROUBO (art. 157, § 2º, I, II e V do CP)**

[...]

A autoria também ficou devidamente demonstrada pela prova oral colhida em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

A vítima Jane Mabe Nunes Marreto Mendonça narrou em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, de forma clara e harmônica a dinâmica da ação delituosa, esclarecendo que no dia dos fatos seu esposo Nilson tinha acabado de guardar o carro na garagem quando alguém abriu o portão, momento em que quatro indivíduos surgiram dizendo “perdeu” e conduziram a família para a cozinha do imóvel, onde permaneceram sentados sob vigília de dois criminosos, pelo menos um deles armado, enquanto os outros dois assaltantes recolhiam todos os bens de valor que havia na casa, 411 1 inclusive joias e as alianças do casal, as quais possuíam grande valor afetivo.

A ofendida pontou ainda que, ao final da ação criminosa, os criminosos a trancafiaram com sua família na lavanderia e empreenderam fuga do local, levando

todos os bens arrecadados no veículo de seu esposo, não sendo recuperado nenhum dos pertences subtraídos.

Ademais, a depoente detalhou que passados alguns dias viram no noticiário que na região onde moram tinham ocorrido assaltos semelhantes, sendo capturados os autores, oportunidade em que foi mostrada a filmagem dos criminosos, vindo, então, a reconhecer com o seu esposo alguns dos assaltantes, pois durante a empreitada criminosa todos estavam com o rosto à mostra. Assim, compareceu a delegacia, onde fez o reconhecimento fotográfico sem sombra de dúvidas de dois indivíduos que participaram do roubo, um menor e o outro maior de idade, sendo este último identificado como quem portava uma arma de fogo e gerenciava a empreitada criminosa.

No mesmo sentido foi o depoimento da vítima Nilson Barreto Mendonça, que em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, esclareceu que estava guardando seu carro na garagem de casa quando foi surpreendido por um jovem que lhe apontou uma arma e anunciou o assalto, vindo a ingressar no imóvel com seus comparsas, sendo que enquanto o depoente e sua família permaneceram no térreo sob vigília, os outros roubadores arrecadavam joias e eletrônicos do imóvel, colocando-os na sua caminhonete.

O lesado narrou ainda que ao final da empreitada criminosa foi amarrado com sua própria gravata e trancafiado juntamente com sua família dentro de um cômodo utilizado como lavanderia, tendo os criminosos empreendido fuga em seu veículo.

Ressalte-se que a vítima acrescentou que no momento do assalto dois indivíduos estavam armados e muito agressivos, bem como que posteriormente compareceu a delegacia, onde, devido aos fatos serem muito recentes, reconheceu sem sombra de dúvidas dois dos integrantes do grupo criminoso que praticou o assalto em sua residência, dentre eles um maior de idade.

Ao término da instrução, nota-se que as vítimas Nilson e Jane reconheceram como suas as assinaturas constantes nos termos de reconhecimento de fls. 11/12 e 25/27 e demonstraram segurança ao narrar que na época tiveram certeza em reconhecer aqueles indivíduos, dentre eles o réu, como sendo os assaltantes.

O não reconhecimento do réu pelas vítimas pessoalmente em juízo é plenamente justificável, devido ao tempo decorrido entre o fato e a audiência de instrução e julgamento, sendo comum que em pouco tempo de cárcere o detento mude a sua fisionomia e compleição física.

Deve-se lembrar que em crimes dessa natureza, a palavra da vítima tem especial relevância para a formação do convencimento do juiz, sobretudo quando as partes não se conheciam antes do delito.

Não há um indício sequer nos autos que aponte para a intenção deliberada dos lesados em incriminar um inocente. Muito ao contrário, o que se percebe é o objetivo único de identificar os verdadeiros autores do crime.

Quanto ao reconhecimento do réu através de foto na delegacia, tal procedimento é válido para a identificação da autoria delitiva.

O reconhecimento realizado em sede policial, sem observância ao disposto do art. 226 do CPP, não inviabiliza a prova, eis que as disposições inculpidas no art. 226, do CPP, configuram uma recomendação legal, e não uma exigência. Tal fato não gera nulidade, nem retira a eficácia jurídico-processual desse meio de prova.

O que não se pode deixar de constatar é que a vítima Nilson, à época dos

fatos, registrou a ocorrência do crime e descreveu a dinâmica delitiva com detalhes, tendo apontado com convicção o acusado, o qual estava com o rosto descoberto durante a prática delitiva, como um dos autores do roubo, sendo que em juízo, apesar de a referida vítima e sua esposa não terem conseguido reconhecer pessoalmente o réu com certeza, o que repise-se, é compreensível devido ao tempo decorrido, as mesmas descreveram os fatos como estão contidos na denúncia, mantendo-se firmes ao ratificar que reconheceram sem dúvida o acusado em sede policial.

Cumpre registrar que diferente seria se as vítimas tivessem reconhecido o réu por foto em sede policial, mas em juízo não demonstrassem certeza quanto ao seu reconhecimento na delegacia, fato este que não aconteceu no presente caso, já que as duas, sob o crivo da ampla defesa e do contraditório, confirmaram que à época dos fatos reconheceram em sede policial o acusado sem nenhuma dúvida, não tendo este ou sua defesa técnica logrado produzir nenhum elemento que ao menos colocasse em dúvida o conjunto probatório trazido aos autos.

Já o acusado Jefferson da Silva Nogueira optou por exercer o seu direito ao silêncio e não foi interrogado, não havendo versão a ser aferida.

Desta feita, diante do seguro acervo probatório a confirmar a conduta criminosa realizada pelo acusado, impõe-se o reconhecimento da autoria delitiva que lhe é imputada.

O crime atingiu seu momento consumativo, na medida em que cessada a grave ameaça e concretizada a inversão da posse dos bens subtraídos das vítimas.

O concurso de pessoas restou configurado, uma vez que as vítimas foram assaltadas por no mínimo quatro pessoas, havendo liame subjetivo na conduta dos agentes e vínculo psicológico que os unia para a prática da mesma infração penal. Assim, não há como afastar a incidência da causa especial de aumento decorrente do concurso de agentes na hipótese vertente (art. 157, §2º, II, do CP).

No que tange à causa de aumento de pena resultante do emprego de arma de fogo, o acervo probatório contempla sólidos elementos de convicção que demonstram o emprego de armas de fogo no momento do delito, merecendo destaque a prova oral colhida em juízo.

Ressalte-se que, dentre as diversas correntes sobre o tema, me filio a que sustenta que o bem jurídico tutelado pela norma do art. 157, §2º, I, do Código Penal realmente é a integridade física da vítima, sendo, por isso, necessária para a incidência O da causa de aumento a prova de que realmente foi utilizada arma de fogo.

No entanto, o que distingue essa corrente das demais é a circunstância de se admitir que a comprovação da utilização da arma de fogo seja obtida por outros meios de prova além da perícia. Isto é, se a prova oral colhida apontar para a utilização inequívoca de uma arma de fogo no crime, a apreensão da arma e seu exame técnico são desnecessários.

Em verdade, afirma-se que, uma vez provado o emprego de uma arma no delito, caberia à defesa o ônus de demonstrar a alegada ausência de potencial lesivo.

Isso porque, como é cediço, inúmeros fatores podem tornar tal prova impossível à vítima ou à acusação. Ademais, a regra é que uma arma possua potencial lesivo. Logo, se a Defesa alega o contrário, é dela o ônus da prova dessa situação excepcional (art. 156 do CPP).

Trata-se de simples aplicação do princípio da carga dinâmica da prova com vistas à promoção da isonomia processual.

Superior Tribunal de Justiça

[...]

No caso em exame, o conjunto probatório coligido aos autos demonstra a utilização de pelo menos duas armas de fogo durante a ação criminosa pelos assaltantes, tendo a vítima Nilson esclarecido que os dois criminosos que comandavam a ação estavam com as armas em punho.

Por todo o contexto, não há como afastar a incidência da circunstância majorante do art. 157, §2º, I, do CP (redação antiga).

De igual modo, ficou configurada a causa de aumento de pena prevista no inciso V do art. 157, §2º do CP, uma vez que os criminosos mantiveram as vítimas em seu poder, restringindo-lhes a liberdade, por tempo juridicamente relevante, tendo, inclusive, as trancafiado dentro da lavanderia do imóvel, afim de evitar que os lesados pudessem noticiar rapidamente a ocorrência do crime, buscando ajuda de policiais.[...].

Como se vê, o Tribunal de Justiça utilizou a sentença como parâmetro, constatando-se que a condenação fundou-se unicamente no reconhecimento feito pelas vítimas, primeiro durante ao noticiário que mostrou a prisão em flagrante do réu e seus comparsas em roubo realizado na região com similar *modus operandi*. Após, as vítimas compareceram na delegacia e realizaram o reconhecimento fotográfico, que não foi confirmado em juízo.

Ressalte-se que não foi juntada aos autos nem a cópia com a filmagem onde houve o reconhecimento ou quaisquer outras provas de roubos com mesmo *modus operandi*, ou quaisquer outras provas emprestadas de outros autos.

Assim, as provas que embasam a condenação não se mostram suficientemente robustas, impondo-se a absolvição do Paciente, notadamente porque não foram observadas as formalidades mínimas previstas no art. 226 do Código de Processo Penal, que assim estabelece:

Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;

IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

Parágrafo único. O disposto no no III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.

Sendo assim, inexistindo outros elementos suficientes, mormente porque *no sistema*

Superior Tribunal de Justiça

acusatório adotado no processo penal brasileiro, é ônus da Acusação provar que o denunciado praticou as elementares do tipo penal (AgRg no AREsp 1345004/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/3/2019, DJe 29/3/2019), cabível a absolvição, consoante a jurisprudência desta Corte. A propósito:

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

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

Superior Tribunal de Justiça

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, conseqüentemente, causar erros judiciários 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 trejeitos corporais e a quase sempre visualização apenas do busto do suspeito 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 conseqüências 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 ínsita 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 consequente 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. (HC 598.886/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2020, DJe 18/12/2020)

RECURSO EM HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA ARMADA (ART. 288, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP). ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ART. 157, § 2º, II, V E VI, E § 2º-A, DO CP). RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO REALIZADO EXCLUSIVAMENTE PELO ENVIO DE FOTOGRAFIAS DOS ACUSADOS AO TELEFONE CELULAR DAS VÍTIMAS POR APLICATIVO DE MENSAGENS. AUSÊNCIA DE CORROBORAÇÃO POSTERIOR. OFENSA AO ART. 226 DO CPP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. DEMAIS VÍCIOS NO INQUÉRITO POLICIAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. No caso, verifica-se que o reconhecimento fotográfico foi realizado por meio do envio, pela polícia, de fotografias dos suspeitos às vítimas por meio de aplicativo de mensagens - uma vez que o crime foi praticado contra turistas argentinos que visitavam o litoral catarinense e retornaram ao país de origem no dia seguinte ao roubo.

2. Não obstante a conclusão da Corte estadual tenha sido no sentido de que o reconhecimento fotográfico não foi ato isolado no caso em comento, destacando-se que ele apenas teria confirmado as diligências investigativas empreendidas pela polícia, não ficou demonstrado que o ato realizado na fase do inquérito policial tenha sido corroborado por outros elementos de prova amealhados no feito.

3. Segundo os autos, no momento dos fatos, os acusados estavam com rostos parcialmente cobertos, não sendo possível ver totalmente suas faces, apenas detalhes de cor de pele, olhos, compleição física. Sendo certo, ainda, que, quanto ao ora recorrente, a despeito do seu histórico criminal, consta apenas a apreensão de um cartão bancário em seu nome no local onde foi realizada diligência que resultou na prisão de um dos corréus e o suposto vínculo de afetividade do ora acusado com algumas pessoas que lá residiam, já tendo uma delas, inclusive, relacionado-se com o réu.

4. **O reconhecimento fotográfico com inobservância das regras procedimentais do art. 226 do Código de Processo Penal, realizado exclusivamente pelo envio de fotografias ao telefone celular das vítimas por aplicativo de mensagens - WhatsApp - não corroborado posteriormente por mais elementos capazes de demonstrar o envolvimento do recorrente aos fatos, não é suficiente para validar a custódia cautelar que lhe foi imposta.**

Superior Tribunal de Justiça

5. As demais alegações de vícios no inquérito policial, como ausência de assinatura do boletim de ocorrência pelas vítimas, inadequação na perícia realizada e armazenamento das provas, não foram debatidas pelo Tribunal a quo, o que impede a análise por esta Corte, sob pena de supressão de instância.

6. Recurso em habeas corpus parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido para revogar a prisão preventiva decretada em desfavor do recorrente, na ação penal de que tratam os presentes autos, salvo se por outra razão estiver preso e ressalvada a possibilidade de haver decretação de nova prisão, caso se apresente motivo novo e concreto para tanto.

(RHC 133.408/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2020, DJe 18/12/2020)

Ressalte-se, por fim, que a presente questão constitui reavaliação jurídica de fato incontroverso pelas instâncias ordinárias, situação que, por não demandar o reexame detalhado de fatos ou provas, é plenamente admitida na via do *writ*.

Ante o exposto, voto por conceder *habeas corpus*, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do CPP, absolver o paciente JEFFERSON DA SILVA NOGUEIRA, nos autos n. 0009064-81.2019.8.19.0028, da 2ª Vara Criminal da Comarca de Macaé - RJ, da prática dos crimes previstos no art. 157, § 2º, incisos I, II e V do Código Penal e no art. 244-B da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e, por conseguinte, determinar a expedição do alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2020/0327362-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 631.706 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00090648120198190028 90648120198190028

EM MESA

JULGADO: 09/02/2021

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ANA BORGES COELHO SANTOS**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
SONIA MARIA ARRUDA GONCALVES - RJ069498
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : JEFFERSON DA SILVA NOGUEIRA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, pela parte PACIENTE:
JEFFERSON DA SILVA NOGUEIRA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu o habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior e Rogério Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.