

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Apelação n.º 0503753-89.2020.8.05.0001 – Comarca de Salvador/BA Apelante: Apelante: Defensor Público: Dr. Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia Promotor de Justiça: Dr. Origem: 13ª Vara Criminal da Comarca de Salvador/BA Procurador de Justiça: Dr. Relatora: Desa. ACÓRDÃO APELAÇÕES CRIMINAIS. ROUBO MAJORADO (ART. 157, § 2º, II, DO CÓDIGO PENAL). PRELIMINAR de NULIDADE DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. ALEGATIVA DE QUE A AUDIÊNCIA FOI FEITA POR VIDEOCONFERÊNCIA. INACOLHIMENTO. ASSENTADA REALIZADA EM OBSERVÂNCIA À RESOLUÇÃO Nº 329/2020 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA e AO decreto judiciário nº 276/2020 desta corte. CONJUNTURA EXCEPCIONAL DE CRISE SANITÁRIA PROVOCADA PELA PANDEMIA POR COVID-19 QUE AUTORIZA A REALIZAÇÃO DE ATOS PROCESSUAIS (TAIS COMO, SESSÕES DE JULGAMENTO E AUDIÊNCIAS) POR SISTEMA AUDIOVISUAL. NÃO DEMONSTRADA A OCORRÊNCIA DE EFETIVO PREJUÍZO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. arguição DE INOBSERVÂNCIA AO PROCEDIMENTO DE RECONHECIMENTO DOS réuS, realizado por fotografia na fase policial em desacordo com o art. 226 do código de processo penal. INALBERGAMENTO. não configuração de procedimento inadequado em face dos apelantes. distinguish em relação aos precedentes do superior TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONDENAÇÃO LASTREADA NO RECONHECIMENTO JUDICIAL E em OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. MATERIALIDADE e autoria DELITIVAS COMPROVADAS DE FORMA INEQUÍVOCA NO CONJUNTO PROBATÓRIO. DOSIMETRIA DAS PENAS. MANTIDAS AS SANÇÕES CORPORAIS. RETIFICADAS, DE OFÍCIO, AS Penas PECUNIÁRIAS, QUE DEVEM GUARDAR SIMETRIA COM AS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE. Rejeitada a preliminar. APELOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS. De ofício, REDIMENSIONADAS AS PENAS DE MULTA dos Apelantes, cada uma para 13 (treze) dias-multa, no valor unitário mínimo, mantendo-se os demais termos da sentença VERGASTADA. I – Cuida-se de Recursos de Apelação interpostos por e , por intermédio da Defensoria Pública do Estado da Bahia, insurgindo-se contra a sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 13ª Vara Criminal da Comarca de Salvador/BA, que condenou cada um deles às penas de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 87 (oitenta e sete) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do delito tipificado no art. 157, § 2º, inciso II, c/ c o art. 65, III, d, ambos do Código Penal, negando-lhes o direito de recorrer em liberdade. II – Narra a exordial acusatória (ID. 25906051), in verbis, que “no dia 17 de março do ano em curso, por volta das 17 h:45 min, no interior do ônibus da empresa INTEGRAL, linha Fazenda Coutos X Vista Alegre, quando o veículo transitava no Vale do Canela, os denunciados, agindo mediante prévio ajuste e em comunhão de ações, fazendo o uso de simulacro de arma de fogo, tipo pistola, subtraíram de um aparelho celular, Moto G-7, Plus, cor azul, no valor de R\$1.800,00 (hum mil e oitocentos reais). Infere-se dos autos que os denunciados ingressaram no coletivo no Vale do Canela e, logo em seguida, anunciaram o assalto, estando YURE na posse do simulacro, por ele apontado contra a cabeça de , após abraçá-lo pelas costas, enquanto o 2º denunciado abordava e subtraía os pertences de outros passageiros. Consumadas as subtrações, os denunciados deixaram o veículo no ponto seguinte, onde já os aguardava um terceiro indivíduo, não identificado, com uma sacola, fugindo os três em desabalada carreira. Segundo apurado, a vítima acionou uma motopatrulha da Polícia Militar, fornecendo-lhe as características dos indivíduos, e, quando já se encontrava em sua residência, recebeu uma ligação da delegacia, para onde se dirigiu e reconheceu, com absoluta certeza, os indivíduos presos, ora denunciados, como autores do roubo,

sendo-lhe então restituído o aparelho celular, localizado em poder de , consoante auto de apreensão de fl. 05. [...]”(sic). III – Irresignados, os Sentenciados interpuseram Recursos de Apelação (IDs. 25906165, pág. 01 e 25906225, pág. 01), postulando , em suas razões (ID. 25906165, págs. 02/09), preliminarmente, a nulidade da instrução processual, uma vez que a audiência foi realizada por videoconferência, em flagrante violação aos preceitos legais e garantias constitucionais que regem o ato, além de asseverar que o poder normativo do Conselho Nacional de Justiça e deste Tribunal se restringe a questões atinentes à organização administrativa e financeira do Poder Judiciário, não podendo inovar na ordem jurídica, como fizeram com a audiência virtual, pois a competência para a edição de norma processual é privativa da União. No mérito, requer a absolvição por insuficiência probatória quanto à autoria delitiva, sob a alegativa de que a confissão extrajudicial foi realizada sob tortura e que os fatos foram negados em Juízo, salientando que o policial ouvido na fase instrutória não presenciou o ocorrido; que o reconhecimento fotográfico feito em sede inquisitiva não observou os ditames do art. 226 do Código de Processo Penal; bem assim que as declarações da vítima devem ser vistas com reserva, pois possui interesse no desfecho da ação. Por sua vez, também pleiteia, em suas razões (ID. 25906225, pág. 02/07), a absolvição por falta de provas suficientes de autoria delitiva, tecendo os mesmos argumentos expostos pela Defesa de . IV – Não merece albergamento a preliminar de nulidade da instrução processual em razão de a audiência ter sido realizada por videoconferência. A respeito do tema, a jurisprudência dos Tribunais Superiores tem decidido que a realização de audiências por videoconferência decorre do cenário pandêmico instaurado pela Covid-19, diante da necessária adoção de medidas que garantam a continuidade da prestação jurisdicional e a saúde pública. A conjuntura de crise sanitária mundial é excepcional, autorizando a realização de atos processuais (tais como, sessões de julgamento e audiências) por sistema audiovisual sem que isso configure cerceamento de defesa. Outrossim, em tema de nulidade de ato processual, vigora o princípio *pas de nullité sans grief*, segundo o qual, o reconhecimento de nulidade exige a comprovação de efetivo prejuízo (art. 563 do Código de Processo Penal), o que não ocorreu na hipótese sob exame. Digno de registro que o Juiz singular, ao proferir a sentença, afastou a preliminar de nulidade processual arguida pela Defesa do Réu Vitor Hugo, aludindo aos fundamentos já expostos de forma minudente quando do indeferimento da mesma impugnação, formulada durante a audiência instrutória. V – Em recente decisão proferida no Habeas Corpus n.º 199.109/RJ (em 19/03/2021), destacou a Eminente Relatora, Ministra , que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se consolidou no sentido da legalidade do interrogatório do Réu e da inquirição de testemunhas por videoconferência, acrescentando que, pela Resolução n.º 329/2020, o Conselho Nacional de Justiça, invocando expressamente e por analogia as disposições constantes do § 2º do art. 185 e do § 3º do art. 222 do Código de Processo Penal, estabeleceu a possibilidade de realização de audiências em processos penais por videoconferência durante a pandemia por Covid-19. VI – Nesse viés, não há que se falar em inconstitucionalidade formal ou material da referida Resolução, tampouco do Decreto Judiciário n.º 276/2020 deste Tribunal, editado em conformidade com os ditames preconizados pelo CNJ, pois tais normativos não inovam em matéria processual penal. Ademais, consoante destacado pelo Magistrado de origem, além de o Código de Processo Penal possibilitar a realização da audiência por videoconferência (art. 217 do CPP), bem como ser cabível proceder às

intimações por meio eletrônico, é certo que esta Corte de Justiça disponibilizou ferramenta apropriada (aplicativo Lifesize) para feitura das assentadas virtuais, por meio da qual se possibilita entrevista reservada entre o acusado e seu defensor, salientando, ainda, o Juiz singular que as testemunhas são devidamente identificadas pela exibição dos respectivos documentos e que são adotadas as medidas cabíveis, como ampliação do campo de visão da câmera, para assegurar a incomunicabilidade dos participantes, garantia essa que também não é absoluta quando o ato é presencial. VII – Ainda acerca da matéria, ao proferir decisão nos autos do Habeas Corpus n.º 197.985/RS (datada de 08/03/2021), o Ministro não acolheu a arguição de nulidade da audiência de instrução por videoconferência, sob o fundamento de que o estado da pandemia assim a aconselha, nos termos da própria Recomendação do Conselho Nacional de Justiça. Confira-se trecho do mencionado decisio: “[...] quanto à alegação de nulidade em razão da realização da audiência de instrução por videoconferência, não verifico possibilidade de acolhimento. Isso porque o atual estado pandêmico assim a aconselha, nos termos da própria Recomendação do CNJ”. Portanto, rejeita-se a sobredita preliminar. VIII – No mérito, razão não assiste às Defesas quanto aos pleitos absolutórios. A alegativa de insuficiência de provas quanto à autoria delitiva por conta de o reconhecimento fotográfico dos Réus ter ocorrido no âmbito policial em desacordo com o art. 226 do Código de Processo Penal não encontra amparo nos autos. Sobre o tema do reconhecimento de pessoas, o E. Superior Tribunal de Justiça possuía tradicional posição firmada no sentido de que as disposições insculpidas no art. 226 do CPP configurariam mera recomendação legal e não uma exigência absoluta, sendo, portanto, válido o ato de reconhecimento quando realizado de forma diversa da prevista em lei. Indica-se, a título de exemplo, o seguinte julgado: STJ, AgRg no AREsp 1002962/SE, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 16/03/2017. IX – Com paradigmático Acórdão, proferido em 27/10/2020 no bojo do HC 598.886, também relatado pelo Ministro , a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça reformulou jurisprudência própria, assentando novo entendimento no sentido de que a inobservância do artigo 226 do Código de Processo Penal invalida o reconhecimento do acusado feito na polícia, não podendo servir de base para a sua condenação. Tal entendimento, posteriormente, também foi acolhido pela Quinta Turma daquela Corte Superior, na oportunidade do julgamento do HC 652.284, sob relatoria do Ministro . Dadas as situações concretas de cada um dos casos referenciados, em que o procedimento de reconhecimento fotográfico/pessoal configurava prova exclusiva da autoria, restaram absolvidos os pacientes nos referidos Habeas Corpus. Na situação analisada nestes autos, todavia, há indubitosa situação de distinguish em relação aos mencionados precedentes da Corte Superior, uma vez observada a ocorrência de dados probatórios não verificados nas situações paradigmas. X – Isso porque, no caso em comento, a materialidade e a autoria delitivas encontram-se suficientemente comprovadas no conjunto probatório coligido aos fólios, merecendo destaque o Auto de Prisão em Flagrante (ID. 25906052, pág. 02); o Auto de Exibição e Apreensão do celular subtraído, bem assim do simulacro de pistola utilizado para a consecução do crime (ID. 25906052, pág. 05); as declarações do ofendido , prestadas em ambas as fases da persecução penal (IDs. 25906052, págs. 08/09 e 25906120); o depoimento judicial da testemunha de acusação SD/PM , agente policial que participou da prisão dos Recorrentes (ID. 25906120 e PJe Mídias); além dos demais elementos de convicção constantes dos autos. XI – A vítima, em

consonância ao declarado em sede extrajudicial, foi categórica ao relatar em Juízo o modus operandi empregado pelos Réus na empreitada delitiva e detalhar a participação de cada um deles, devidamente reconhecidos e singularizados sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, destacando que se encontrava em um ônibus e que os agentes o abordaram pelas costas, sendo que foi o responsável por subtrair o seu celular, mediante grave ameaça empreendida com uma pistola apontada para o seu pescoço, posteriormente identificada como sendo um simulacro, enquanto recolhia objetos de outros passageiros. O ofendido asseverou ainda que, após descerem do transporte coletivo sentido Campo Grande, os acusados foram detidos por policiais que passavam pelo local em motopatrulhas, acionadas pelos passageiros, encontrando-se na posse de Yuri o celular subtraído, que foi restituído. XII – Nos delitos patrimoniais, a palavra da vítima assume relevante valor probatório, até porque foi ela quem interagiu diretamente com o autor do crime e vivenciou os fatos, razão pela qual pode narrá-los com maior clareza e riqueza de detalhes, carecendo do interesse de, falsamente, acusar inocentes. In casu, como visto, as declarações do ofendido apresentam-se sólidas e coerentes, não se vislumbrando qualquer circunstância que comprometa a credibilidade dos seus relatos ou indício a justificar, por parte dele, uma falsa acusação. XIII – Corroboram os relatos da vítima o depoimento judicial do SD/PM, no sentido de que a patrulha foi acionada por transeuntes em razão da ocorrência do roubo, ao que empreenderam diligências e localizaram os agentes pelas características informadas, sendo encontrado com um dos acusados um simulacro de arma de fogo e o celular do ofendido, o qual reconheceu o bem e procedeu ao desbloqueio do aparelho. Logo, embora o referido agente policial não tenha presenciado o momento delitivo, como aduzem as Defesas, tem-se que o testemunho por ele prestado é harmônico ao quanto narrado pela vítima, não se observando nenhum indício de que tenha veiculado falsos relatos a respeito dos fatos, com intenção de prejudicar os Sentenciados, até porque afirmou durante a instrução probatória que não os conhecia antes daquela abordagem. Oportuno registrar que a simples qualidade de policial não afasta a credibilidade dos depoimentos prestados, mormente quando se apresentam consonantes com os demais elementos e circunstâncias colhidos dos autos, e quando oferecidos em Juízo, sendo oportunizado o contraditório. XIV – Outrossim, conquanto os ora Apelantes tenham se retratado em Juízo da confissão feita perante a Autoridade Policial (IDs. 25906052, págs. 10/13 e 25906120), quando asseveraram ter comprado um simulacro com o propósito de assaltar o primeiro ônibus que passasse, é certo que a alegação de que não se encontravam juntos no momento da abordagem e foram torturados pelos policiais para confessar a prática delitiva não encontra guarida no arcabouço probatório, sobretudo porque consta nos respectivos Laudos Periciais que “Ao exame a perita não observou lesões de interesse médico-legal” (IDs. 25906083/25906084 e 25906138/25906139). Saliente-se, inclusive, que nenhuma testemunha de defesa foi ouvida na instrução criminal, a fim de corroborar a versão apresentada pelos Réus. XV – Portanto, diante das provas amealhadas, apesar de a vítima ter afirmado em Juízo que o reconhecimento extrajudicial dos agentes foi realizado por meio de fotografias apresentadas no celular dos policiais, nas quais constavam apenas imagens dos dois Réus, tem-se que a ausência de cumprimento, na fase preliminar, de todas as formalidades constantes no art. 226 do CPP não tem o condão de infirmar a autoria do evento criminoso nas pessoas dos Apelantes, uma vez que eles foram reconhecidos pelo

ofendido em contraditório judicial, sem sombra de dúvidas, não tendo havido qualquer impugnação defensiva, durante a audiência, nos moldes em que o reconhecimento foi realizado, cumprindo ressaltar, ademais, o dado objetivo de que, quando os Réus foram alcançados pelos policiais, o Recorrente Yuri ainda se encontrava na posse da res furtiva, bem assim do simulacro de arma de fogo utilizado na execução do crime. XVI – Nesse cenário, considerando que o reconhecimento fotográfico realizado em sede policial não consubstancia a única prova da autoria delitiva, a qual, ao revés, está demonstrada pelo reconhecimento judicial e também por outros elementos reveladores da prática criminosa narrada pela acusação, não há que se falar em aplicação do princípio in dubio pro reo, restando afastada a tese absolutória por insuficiência de provas. Dessarte, ratifica-se a condenação dos ora Recorrentes pelo delito de roubo majorado pelo concurso de pessoas na forma consumada, consoante devidamente fundamentado em sentença. XVII – No que tange à dosimetria das penas, ainda que não tenha havido irresignação defensiva quanto ao referido capítulo da sentença, mister proceder, ex officio, a pequeno reparo no que concerne à sanção pecuniária. Na primeira fase, à luz do art. 59 do Código Penal, o Magistrado singular valorou negativamente apenas o vetor relativo à culpabilidade, fixando, para cada um dos Réus, as penas-base de 4 (quatro) anos e 09 (nove) meses de reclusão e 53 (cinquenta e três) dias-multa, o que fica mantido, uma vez que evidenciada maior reprovabilidade das condutas, pois apontar um simulacro de pistola para o pescoço da vítima, sem dúvida, causa maior intimidação e impossibilidade de resistência do que a grave ameaça inerente ao delito de roubo, conforme bem ponderado pelo Juiz a quo, especialmente considerando que o ofendido afirmou só ter ciência de que a arma se tratava de um simulacro na Delegacia, quando foi realizar a ocorrência. Nesse viés, vide STJ, HC n. 433.404/SP, relator Ministro , Quinta Turma, julgado em 3/4/2018, DJe de 9/4/2018. XVIII – Avançando à segunda etapa, não havendo agravantes, o Sentenciante reconheceu a incidência da atenuante da confissão espontânea, pois os acusados admitiram a prática delitiva em sede policial e tal circunstância foi utilizada para fundamentar a condenação, e diminuiu as reprimendas na fração de 1/6 (um sexto), estabelecendo as penas intermediárias no mínimo legal para cada um deles, qual seja, 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, o que ora se ratifica. XIX – Na terceira fase, ausentes causas de diminuição, o Magistrado majorou as penas, de forma idônea, no patamar mínimo de 1/3 (um terço), diante da existência da causa de aumento referente ao concurso de pessoas, já que restou comprovado que ambos os Réus concorreram para a prática delitiva. Assim, fixou como definitivas, para cada um dos sentenciados, a sanção corporal de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, que ora se mantém, além de 87 (oitenta e sete) dias-multa. Contudo, tendo em vista o quantum de aumento realizado, bem assim que a pena pecuniária deve guardar simetria com a pena privativa de liberdade, fica aquela redimensionada, de ofício, para 13 (treze) dias-multa, no valor unitário mínimo, em relação a cada Apelante. XX – Finalmente, ratifica-se o regime semiaberto para inicial cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal, como também a negativa do direito de recorrer em liberdade, uma vez que a prisão preventiva foi mantida de maneira escorreita pelo Juízo de origem, para garantia da ordem pública, diante da gravidade concreta do delito, além de ponderar que os Réus permaneceram presos durante a instrução processual. XXI – Parecer da douta Procuradoria de Justiça pelo conhecimento e provimento dos Apelos, para que os acusados sejam

absolvidos, uma vez que o reconhecimento não foi realizado na forma do art. 226 do Código de Processo Penal. XXII – Rejeitada a preliminar. APELOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS. De ofício, REDIMENSIONADAS As PENAS DE MULTA dos Apelantes, cada uma para 13 (treze) dias-multa, no valor unitário mínimo, mantendo-se os demais termos da sentença VERGASTADA. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n.º 0503753-89.2020.8.05.0001, provenientes da Comarca de Salvador/BA, em que figuram, como Apelantes, e , e, como Apelado, o Ministério Público do Estado da Bahia. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Colenda Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em rejeitada a preliminar, conhecer e NEGAR PROVIMENTO aos Apelos, e, DE OFÍCIO, redimensionar as penas de multa dos Apelantes, cada uma para 13 (treze) dias-multa, no valor unitário mínimo, mantendo-se os demais termos da sentença vergastada, e assim o fazem pelas razões a seguir expostas no voto da Desembargadora Relatora. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Unanimidade Salvador, 9 de Agosto de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Apelação n.º 0503753-89.2020.8.05.0001 – Comarca de Salvador/BA Apelante: Apelante: Defensor Público: Dr. Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia Promotor de Justiça: Dr. Origem: 13ª Vara Criminal da Comarca de Salvador/BA Procurador de Justiça: Dr. Relatora: Desa. RELATÓRIO Cuida-se de Recursos de Apelação interpostos por e , por intermédio da Defensoria Pública do Estado da Bahia, insurgindo-se contra a sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 13ª Vara Criminal da Comarca de Salvador/BA, que condenou cada um deles às penas de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 87 (oitenta e sete) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do delito tipificado no art. 157, § 2º, inciso II, c/c o art. 65, III, d, ambos do Código Penal, negando-lhes o direito de recorrer em liberdade. Em observância aos princípios da celeridade, da efetividade e da economia processual, e considerando ali se consignar, no que relevante, a realidade processual até então desenvolvida, adota-se, como próprio, o relatório da sentença (ID. 25906134), a ele acrescentando o registro dos eventos subsequentes, conforme a seguir disposto. Irresignados, os Sentenciados interpuseram Recursos de Apelação (IDs. 25906165, pág. 01 e 25906225, pág. 01), postulando , em suas razões (ID. 25906165, págs. 02/09), preliminarmente, a nulidade da instrução processual, uma vez que a audiência foi realizada por videoconferência, em flagrante violação aos preceitos legais e garantias constitucionais que regem o ato, além de asseverar que o poder normativo do Conselho Nacional de Justiça e deste Tribunal se restringe a questões atinentes à organização administrativa e financeira do Poder Judiciário, não podendo inovar na ordem jurídica, como fizeram com a audiência virtual, pois a competência para a edição de norma processual é privativa da União. No mérito, requer a absolvição por insuficiência probatória quanto à autoria delitiva, sob a alegativa de que a confissão extrajudicial foi realizada sob tortura e que os fatos foram negados em Juízo, salientando que o policial ouvido na fase instrutória não presenciou o ocorrido; que o reconhecimento fotográfico feito em sede inquisitiva não observou os ditames do art. 226 do Código de Processo Penal; bem assim que as declarações da vítima devem ser vistas com reserva, pois possui interesse no desfecho da ação. Por sua vez, também pleiteia, em suas razões (ID. 25906225, pág. 02/07), a absolvição por

falta de provas suficientes de autoria delitiva, tecendo os mesmos argumentos expostos pela Defesa de . Nas contrarrazões, pugna o Parquet pelo desprovemento dos recursos, para que a sentença guerreada seja mantida em sua integralidade (IDs. 25906190 e 25906230). Parecer da douda Procuradoria de Justiça pelo conhecimento e provimento dos Apelos, para que os acusados sejam absolvidos, uma vez que o reconhecimento não foi realizado na forma do art. 226 do Código de Processo Penal (ID. 23548777). Após o devido exame dos autos, lancei este relatório, que submeto à apreciação do eminente Desembargador Revisor. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Apelação n.º 0503753-89.2020.8.05.0001 – Comarca de Salvador/BA Apelante: Apelante: Defensor Público: Dr. Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia Promotor de Justiça: Dr. Origem: 13ª Vara Criminal da Comarca de Salvador/BA Procurador de Justiça: Dr. Relatora: Desa. VOTO Cuida-se de Recursos de Apelação interpostos por e , por intermédio da Defensoria Pública do Estado da Bahia, insurgindo-se contra a sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 13ª Vara Criminal da Comarca de Salvador/BA, que condenou cada um deles às penas de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 87 (oitenta e sete) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do delito tipificado no art. 157, § 2º, inciso II, c/c o art. 65, III, d, ambos do Código Penal, negando-lhes o direito de recorrer em liberdade. Narra a exordial acusatória (ID. 25906051), in verbis, que “no dia 17 de março do ano em curso, por volta das 17 h:45 min, no interior do ônibus da empresa INTEGRAL, linha Fazenda Coutos X Vista Alegre, quando o veículo transitava no Vale do Canela, os denunciados, agindo mediante prévio ajuste e em comunhão de ações, fazendo o uso de simulacro de arma de fogo, tipo pistola, subtraíram de um aparelho celular, Moto G-7, Plus, cor azul, no valor de R\$1.800,00 (hum mil e oitocentos reais). Infere-se dos autos que os denunciados ingressaram no coletivo no Vale do Canela e, logo em seguida, anunciaram o assalto, estando YURE na posse do simulacro, por ele apontado contra a cabeça de , após abraçá-lo pelas costas, enquanto o 2º denunciado abordava e subtraía os pertences de outros passageiros. Consumadas as subtrações, os denunciados deixaram o veículo no ponto seguinte, onde já os aguardava um terceiro indivíduo, não identificado, com uma sacola, fugindo os três em desabalada carreira. Segundo apurado, a vítima acionou uma motopatrulha da Polícia Militar, fornecendo-lhe as características dos indivíduos, e, quando já se encontrava em sua residência, recebeu uma ligação da delegacia, para onde se dirigiu e reconheceu, com absoluta certeza, os indivíduos presos, ora denunciados, como autores do roubo, sendo-lhe então restituído o aparelho celular, localizado em pode de , consoante auto de apreensão de fl. 05. [...]”(sic). Irresignados, os Sentenciados interpuseram Recursos de Apelação (IDs. 25906165, pág. 01 e 25906225, pág. 01), postulando , em suas razões (ID. 25906165, págs. 02/09), preliminarmente, a nulidade da instrução processual, uma vez que a audiência foi realizada por videoconferência, em flagrante violação aos preceitos legais e garantias constitucionais que regem o ato, além de asseverar que o poder normativo do Conselho Nacional de Justiça e deste Tribunal se restringe a questões atinentes à organização administrativa e financeira do Poder Judiciário, não podendo inovar na ordem jurídica, como fizeram com a audiência virtual, pois a competência para a edição de norma processual é privativa da União. No mérito, requer a absolvição por insuficiência probatória quanto à autoria delitiva, sob a alegativa de que

a confissão extrajudicial foi realizada sob tortura e que os fatos foram negados em Juízo, salientando que o policial ouvido na fase instrutória não presenciou o ocorrido; que o reconhecimento fotográfico feito em sede inquisitiva não observou os ditames do art. 226 do Código de Processo Penal; bem assim que as declarações da vítima devem ser vistas com reservas, pois possui interesse no desfecho da ação. Por sua vez, também pleiteia, em suas razões (ID. 25906225, pág. 02/07), a absolvição por falta de provas suficientes de autoria delitiva, tecendo os mesmos argumentos expostos pela Defesa de . Preenchidos os pressupostos de admissibilidade recursal, conhece-se do Apelo. Não merece albergamento a preliminar de nulidade da instrução processual em razão de a audiência ter sido realizada por videoconferência. A respeito do tema, a jurisprudência dos Tribunais Superiores tem decidido que a realização de audiências por videoconferência decorre do cenário pandêmico instaurado pela Covid-19, diante da necessária adoção de medidas que garantam a continuidade da prestação jurisdicional e a saúde pública. A conjuntura de crise sanitária mundial é excepcional, autorizando a realização de atos processuais (tais como, sessões de julgamento e audiências) por sistema audiovisual sem que isso configure cerceamento de defesa. Outrossim, em tema de nulidade de ato processual, vigora o princípio pas de nulité sans grief, segundo o qual, o reconhecimento de nulidade exige a comprovação de efetivo prejuízo (art. 563 do Código de Processo Penal), o que não ocorreu na hipótese sob exame. Digno de registro que o Juiz singular, ao proferir a sentença, afastou a preliminar de nulidade processual arguida pela Defesa do Réu Vitor Hugo, aludindo aos fundamentos já expostos de forma minudente quando do indeferimento da mesma impugnação, formulada durante a audiência instrutória, oportunidade na qual assim decidiu (ID. 25906120): [...] Feitas essas considerações, passo a resolver o mérito. "Compulsando-se detidamente os autos, verifica-se que a postulação apresentada pela Dr. Defensor Público não poderá ser acolhida, conforme se verá adiante. Pode-se dizer que as medidas preventivas dos entes públicos, especificamente as do Tribunal de Justiça da Bahia, visam à preservação da vida e da dignidade da pessoa humana, sendo esta última erigida a Fundamento da República Federativa do Brasil, na forma do art. 1º, inciso III, da Constituição de 1988. Debruçando-se a respeito da sustentação defensiva pela inconstitucionalidade nomodinâmica do Decreto Judiciário do TJ/BA de nº 276/2020, de 30/04/2020, sob o ponto de vista de que o Tribunal de Justiça da Bahia não teria competência para legislar sobre normas processuais penais, tal assertiva carece de sentido, pois não se verifica que a Egrégia Corte Baiana tenha usurpado a competência constitucional legislativa de outro poder. Muito embora a Constituição Federal de 1988 afete ao Congresso Nacional a atribuição de criação de normas processuais penais, as regras e os princípios JÁ INTEGRANTES DO ORDENAMENTO JURÍDICO devem ser enxergados como pertencentes a um SISTEMA, um todo unitário que tem por objeto solucionar as demandas que lhe forem postas, afastando-se os métodos de interpretação que limitem esta perspectiva, preservando a harmonia, a coerência e a unidade de seus preceitos. No atual estágio da evolução do direito, vislumbra-se que os diplomas legais devem ser interpretados de modo a evitar conflitos, contradições e antagonismos entre suas normas. Sob esse ponto de vista, deve ficar evidenciado que o Código de Processo Penal, no art. 185, § 2º, incisos I, II e III, e no art. 217, possibilita a utilização da videoconferência em algumas hipóteses, senão vejamos: "Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo

penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado. § 2º Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades: I – prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento; II – viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal; III – impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código; IV – responder à gravíssima questão de ordem pública". (Grifos nossos). "Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor. Parágrafo único. A adoção de qualquer das medidas previstas no caput deste artigo deverá constar do termo, assim como os motivos que a determinaram". (Grifo nosso). De outra parte, o art. 3º do Código Adjetivo Penal permite a utilização da analogia e da interpretação extensiva em matéria processual penal, in verbis. "Art. 3º. A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito". A respeito dessa possibilidade, o Professor, em sua obra Código de Processo Penal Comentado, vaticina que: "Analogia (aplicação analógica): pode ser definida como uma forma de auto integração da norma, consistente em aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição legal relativa a um caso semelhante. Afinal, onde impera a mesma razão, deve imperar o mesmo direito. Não se trata, portanto, de método de interpretação, mas sim de integração. Em outras palavras, como ao juiz não é dado deixar de julgar determinada demanda sob o argumento de que não há norma expressa regulamentando-a, há de fazer uso dos métodos de integração, dentre eles a analogia, como objetivo de suprir eventuais lacunas encontradas no ordenamento jurídico. Diferencia-se a analogia da interpretação extensiva porque naquela o caso a ser solucionado não está compreendido na hipótese de incidência da regra a ser aplicada, daí porque se fala em aplicação analógica, e não em interpretação analógica". (. Código de processo penal comentado – 2. ed. rev. e atual. – Salvador: Juspodivm, 2017, pág. 33) (Grifo nosso) Deste modo, se a realização da audiência da instrução e julgamento com a oitiva de testemunha e o interrogatório do acusado por videoconferência é permitida pelo CPP em tempos de normalidade social para algumas hipóteses, não seria durante a SITUAÇÃO DE CALAMIDADE PÚBLICA que a ampliação de seu uso restaria proibida pelo sistema processual pátrio, não havendo falar em Silêncio Eloquente, considerando que o legislador processual penal não poderia prever a ocorrência da pandemia do novo coronavírus, não devendo o Ordenamento Jurídico se omitir diante da recente e inevitável demanda. Veja-se que a norma objurgada, apesar de contemplar a participação de réus e de testemunhas que estejam fora dos limites territoriais da Comarca sede do ato processual, não excluiu a hipótese de utilização da Carta Precatória para que sejam ouvidos, pelo Juízo Deprecado, por meio de

videoconferência. Com base nas premissas aventadas, assim como o sistema processual penal permite o uso integral da videoconferência para garantir a continuidade dos processos criminais, em especial de acusados presos, seria incongruente que durante uma pandemia, com a envergadura da que ora se enfrenta, fossem restringidos os meios de comunicação processuais. Para elucidar a aparente controvérsia, busca-se inspiração na teoria dos poderes implícitos, conquanto esta teoria defende que a constituição, ao conceder uma função a determinado órgão ou instituição, também lhe garante, implicitamente, os meios necessários para a realização da atividade que foi delimitada, motivo pelo qual, durante o Regime Extraordinário instituído pelo Tribunal de Justiça da Bahia, deve-se lançar mão do art. 3º, do Código de Processo Penal, para servir-se analogamente do art. 270, da Lei Federal de nº 13.105, de 16/03/2015 (Novo Código de Processo Civil), com a seguinte redação: "Art. 270. As intimações realizam-se, sempre que possível, por meio eletrônico, na forma da lei". Quanto aos efeitos dessa intimação eletrônica, no que concerne à identidade do recebedor, tal circunstância pode ser facilmente certificada pela Secretaria do Juízo, cujos atos possuem fé pública, após manter contato posterior com o recebedor da comunicação e confirmar sua identidade, a exemplo do que ocorre em uma videochamada. Pode-se concluir, então, que o magistrado brasileiro possui, à sua disposição, a ferramenta da audiência de instrução e julgamento por meio de videoconferência, com a permissão da sistemática do Código de Processo Penal pertencente ao Ordenamento Jurídico Unitário que deve manter sua integridade e harmonia, revelando-se como único instrumento apto a impedir que os processos criminais fiquem paralisados indefinidamente durante a pandemia do novo coronavírus. Nesse diapasão, vislumbra-se que o DECRETO JUDICIÁRIO DO TJBA DE Nº 276/2020 NÃO INOVOU NO ORDENAMENTO JURÍDICO ao apontar para a possibilidade de realização da audiência de instrução e julgamento criminal por videoconferência. O regramento do TJBA somente estabeleceu, em obediência aos critérios traçados pelo Conselho Nacional de Justiça para todos os estados brasileiros, através da Resolução de nº 314, de 20 de abril de 2020, padrões mínimos de respeito aos direitos e prerrogativas das partes, coma prescrição de que a audiência não deveria ser realizada, caso viesse a representar ameaça a direito do jurisdicionado. Assim, alinhavada aos vetores estatuídos pelo CNJ e com a finalidade de orientar a atividade jurisdicional no Estado da Bahia, já permitida pelo Ordenamento Jurídico aos Magistrados, para garantia do respeito aos direitos das partes na realização da audiência por videoconferência, atentando-se também para a persistência da situação de emergência em saúde pública e a consequente necessidade de prorrogação do Plantão Extraordinário do Poder Judiciário, constata-se não ter o Poder Judiciário Estadual usurpado a competência privativa da União para legislar sobre matéria processual, prevista no art. 22, inciso I, da Constituição Federal de 1988, NÃO HAVENDO LASTRO FÁTICO OU JURÍDICO PARA O ACOLHIMENTO DA TESE DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL ARGUIDA PELA DEFENSORIA PÚBLICA. Deste modo, reputando-se superada a possibilidade legal de utilização da videoconferência integral nas audiências criminais de instrução e julgamento, nos termos da fundamentação acima lançada, passa-se à análise das arguições apresentadas pela Dr. Defensor Público, no sentido da suposta afronta aos princípios da Devido Processo Legal e aos princípios do Contraditório e da Ampla Defesa, além da suposta limitação ao direito de entrevista reservada com o denunciado, da arguida violação da incomunicabilidade da testemunha e da ausência de instrumentos de

autenticação da sua identidade. Deve-se apontar que, em se tratando de nulidades, o Código de Processo Penal prescreve nos artigos 563 e 572, inciso II, que o prejuízo deve ser demonstrado por quem alega o vício, devendo o ato processual ser considerado válido caso alcance a sua finalidade, verbum ad verbum: "Art. 563. Nenhum atos erá declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa". "Art. 572. As nulidades previstas no art. 564, III, d e e, segunda parte, g e h, e IV ("IV – por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato"), considerar-se-ão sanadas: (...) II – se, praticado por outra forma, o ato tiver atingido o seu fim"; (Grifo e aditamento nossos). Verifica-se que o Tribunal de Justiça da Bahia, através da norma impugnada pela Defesa, disponibilizou o emprego do aplicativo Lifesize para a realização das audiências por videoconferência, quando seja possível a realização desta, bem como indicou que deveria ser observado o procedimento previsto no Ato Conjunto de nº 02, de 18 de fevereiro de 2019, para a realização dos atos judiciais, por videoconferência, primordialmente em relação ao direito de participação do réu e de seu defensor às citadas audiências. Assim, estabeleceu prazos mínimos de antecedência para a realização do ato, para viabilizar a intimação das partes e seus representantes legais, e para que estas pudessem estar preparadas para utilizar a tecnologia. De outra parte, a norma não afastou a possibilidade das comunicações judiciais serem feitas por Oficiais de Justiça, mas preservou a vida e a saúde destes Servidores no tocante à substituição de diligências que possam alcançar a sua finalidade de modo virtual. Não se deve olvidar que o aplicativo Lifesize permite a entrevista reservada entre o (a)(s) Defensor (a)(es) e o Acusado (a)(s). Além do mais, em sendo intimado com antecedência ao ato, poderá o Dr. Defensor comparecer ao Estabelecimento de Custódia para manter contato mais próximo com seu assistido, caso assim entenda ser mais adequado. Impende destacar que os requisitos técnicos para a utilização do citado aplicativo são mínimos, não exigindo equipamento tecnológico de última geração. Quanto à identificação da testemunha presente à audiência, merece destaque que a mesma comprova sua identidade, presencialmente, exibindo seu documento de identificação com foto, circunstância que também deve ocorrer por videoconferência. A respeito da incomunicabilidade da testemunha, sublinhe-se que mesmo presencialmente esta garantia não é absoluta, pois não há como se afirmar que a testemunha, antes de se dirigir ao Juízo onde será ouvida, não tenha sido orientada por terceiros, sendo que, na modalidade virtual da audiência, os cuidados se limitam a orientar que a mesma amplie o campo de visão da câmera à ela direcionada, com o fim de que conste das imagens seu tronco completo e o ambiente em que se encontra, ficando a critério do julgador a valoração de aspectos que possam influenciar na prova a ser coletada. Com o fito de ilustrar a perspectiva que ora se evidencia, vale transcrever a literalidade do art. 17, e seu § 1º, do Decreto Judiciário do TJ/BA de nº 276/2020, in verbis: "Art. 17. Nas audiências criminais e de instrução de ato infracional, por videoconferência, deverão ser priorizadas as ações em que figurem presos preventivos e adolescentes, internados provisoriamente, nos termos do art. 7º, da Recomendação nº 62/2020, do CNJ. § 1º O magistrado deverá avaliar a possibilidade de realização da audiência, por videoconferência, em cada caso concreto, de forma a zelar pela garantia dos direitos processuais e constitucionais dos réus e adolescentes, das prerrogativas legais da advocacia e do Ministério Público, bem como a observância das normas do Código de Processo Penal". (Grifos nossos) Por estas breves linhas, observa-se que a Defensoria

Pública não demonstrou a ilegalidade ou o prejuízo da realização da audiência de instrução criminal por meio de videoconferência, sendo evidente a necessidade de seus assistidos de obterem uma prestação jurisdicional em tempo razoável, especialmente quando estão presos, sem o distanciamento do Devido Processo Legal, bem como dos Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa. Ressalte-se que o Superior Tribunal de Justiça manifestou recente exegese no sentido de que não existe prejuízo na realização de audiências por videoconferência durante a pandemia do novo coronavírus, senão vejamos:" (...) O referido entendimento não se mostra desarrazoado, tendo em vista a situação excepcional decorrente da pandemia do COVID-19, emergencial e temporária, na qual semostra necessária a adoção de medidas que garantam a continuidade da prestação jurisdicional e a saúde pública (...) ". (STJ – HC 570555/RJ, Rel. Ministra , decisão publicada em 13/04/2020). Diante do exposto e do mais que dos autos consta, acolho o Parecer Ministerial para rejeitar, como de fato REJEITO as alegações apresentadas pela Defensoria Pública na IMPUGNAÇÃO, no sentido da NULIDADE PROCESSUAL DA REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO POR MEIO DE VIDEOCONFERÊNCIA DURANTE A SITUAÇÃO DE CALAMIDADE PÚBLICA DECORRENTE DA PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS, considerando a inexistência de inconstitucionalidade ou ilegalidade no procedimento traçado pelo Decreto Judiciário do TJ/BA de nº 276/2020, de 30/04/2020, publicado no DJe de 04/05/2020, conforme fundamentação acima apresentada". [...] Em recente decisão proferida no Habeas Corpus n.º 199.109/RJ (em 19/03/2021), destacou a Eminente Relatora, Ministra , que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se consolidou no sentido da legalidade do interrogatório do Réu e da inquirição de testemunhas por videoconferência, acrescentando que, pela Resolução n.º 329/2020, o Conselho Nacional de Justiça, invocando expressamente e por analogia as disposições constantes do § 2º do art. 185 e do § 3º do art. 222 do Código de Processo Penal, estabeleceu a possibilidade de realização de audiências em processos penais por videoconferência durante a pandemia por Covid-19. Nesse viés, não há que se falar em inconstitucionalidade formal ou material da referida Resolução, tampouco do Decreto Judiciário nº 276/2020 deste Tribunal, editado em conformidade com os ditames preconizados pelo CNJ, pois tais normativos não inovam em matéria processual penal. Ademais, consoante destacado pelo Magistrado de origem, além de o Código de Processo Penal possibilitar a realização da audiência por videoconferência (art. 217 do CPP), bem como ser cabível proceder às intimações por meio eletrônico, é certo que esta Corte de Justiça disponibilizou ferramenta apropriada (aplicativo Lifesize) para feitura das assentadas virtuais, por meio da qual se possibilita entrevista reservada entre o acusado e seu defensor, salientando, ainda, o Juiz singular que as testemunhas são devidamente identificadas pela exibição dos respectivos documentos e que são adotadas as medidas cabíveis, como ampliação do campo de visão da câmera, para assegurar a incomunicabilidade dos participantes, garantia essa que também não é absoluta quando o ato é presencial. Ainda acerca da matéria, ao proferir decisão nos autos do Habeas Corpus n.º 197.985/RS (datada de 08/03/2021), o Ministro não acolheu a arguição de nulidade da audiência de instrução por videoconferência, sob o fundamento de que o estado da pandemia assim a aconselha, nos termos da própria Recomendação do Conselho Nacional de Justiça. Confira-se trecho do mencionado decisio: "[...] quanto à alegação de nulidade em razão da realização da audiência de instrução por videoconferência, não verifico possibilidade de acolhimento. Isso porque o

atual estado pandêmico assim a aconselha, nos termos da própria Recomendação do CNJ”. Conforme destacou o insigne Procurador de Justiça: [...] Inicialmente, no que se refere à alegação da Defesa acerca de uma suposta inconstitucionalidade da Resolução nº.3299 do Conselho Nacional de Justiça, que trata das audiências realizadas por videoconferência durante o período de pandemia mundial por causa da covid-19, entendemos que não merece prosperar, conforme veremos a seguir. Com efeito, lê-se às fls. 105 que o Magistrado designou a realização da audiência por videoconferência com base no Decreto Judiciário nº. 276 desse Tribunal de Justiça da Bahia. [...] tampouco o Decreto Judiciário nº. 276/2020 desse Tribunal de Justiça do Estado da Bahia podem ser declarados inconstitucionais, tendo em vista que não inovam em matéria processual penal, porquanto o art. 185, § 2º., IV, e §8º.. do Código de Processo Penal já dispõe sobre a realização da instrução criminal por videoconferência, [...] Portanto, de acordo com entendimento do Superior Tribunal de Justiça e desse Tribunal de Justiça da Bahia, não há falar-se em inconstitucionalidade na realização da audiência por videoconferência, medida necessária no atual contexto da pandemia, inclusive para assegurar a “razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, nos termos do art. 5º., LXXVIII, da Constituição Federal. [...] (ID. 23548777) Portanto, rejeita-se a sobredita preliminar. No mérito, razão não assiste às Defesas quanto aos pleitos absolutórios. A alegativa de insuficiência de provas quanto à autoria delitiva por conta de o reconhecimento fotográfico dos Réus ter ocorrido no âmbito policial em desacordo com o art. 226 do Código de Processo Penal não encontra amparo nos autos. Sobre o tema do reconhecimento de pessoas, o E. Superior Tribunal de Justiça possuía tradicional posição firmada no sentido de que as disposições insculpidas no art. 226 do CPP configurariam mera recomendação legal e não uma exigência absoluta, sendo, portanto, válido o ato de reconhecimento quando realizado de forma diversa da prevista em lei. Indica-se, a título de exemplo, o seguinte julgado: STJ, AgRg no AREsp 1002962/SE, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 16/03/2017. Com paradigmático Acórdão, proferido em 27/10/2020 no bojo do HC 598.886, também relatado pelo Ministro , a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça reformulou jurisprudência própria, assentando novo entendimento no sentido de que a inobservância do artigo 226 do Código de Processo Penal invalida o reconhecimento do acusado feito na polícia, não podendo servir de base para a sua condenação. Tal entendimento, posteriormente, também foi acolhido pela Quinta Turma daquela Corte Superior, na oportunidade do julgamento do HC 652.284, sob relatoria do Ministro . Cita-se: HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DE PESSOA REALIZADO NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. PROVA INVÁLIDA COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. RIGOR PROBATÓRIO. NECESSIDADE PARA EVITAR ERROS JUDICIÁRIOS. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto, para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. 2. Segundo estudos da Psicologia moderna, são comuns as falhas e os equívocos que podem advir da memória humana e da capacidade de armazenamento de informações. Isso porque a memória pode, ao longo do

tempo, se fragmentar e, por fim, se tornar inacessível para a reconstrução do fato. O valor probatório do reconhecimento, portanto, possui considerável grau de subjetivismo, a potencializar falhas e distorções do ato e, conseqüentemente, causar erros judiciais de efeitos deletérios e muitas vezes irreversíveis. 3. O reconhecimento de pessoas deve, portanto, observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se vê na condição de suspeito da prática de um crime, não se tratando, como se tem compreendido, de "mera recomendação" do legislador. Em verdade, a inobservância de tal procedimento enseja a nulidade da prova e, portanto, não pode servir de lastro para sua condenação, ainda que confirmado, em juízo, o ato realizado na fase inquisitorial, a menos que outras provas, por si mesmas, conduzam o magistrado a convencer-se acerca da autoria delitiva. Nada obsta, ressalve-se, que o juiz realize, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório. 4. O reconhecimento de pessoa por meio fotográfico é ainda mais problemático, máxime quando se realiza por simples exibição ao reconhecedor de fotos do conjecturado suspeito extraídas de álbuns policiais ou de redes sociais, já previamente selecionadas pela autoridade policial. E, mesmo quando se procura seguir, com adaptações, o procedimento indicado no Código de Processo Penal para o reconhecimento presencial, não há como ignorar que o caráter estático, a qualidade da foto, a ausência de expressões e 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 judiciais e, conseqüentemente, de graves injustiças. 6. É de se exigir que as polícias judiciais (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). [...] 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. [...] 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. [...] (HC 598.886/SC, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2020, DJe 18/12/2020) (grifos acrescentados) HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO E PESSOAL REALIZADOS EM SEDE POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. INVALIDADE DA PROVA. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE O TEMA. AUTORIA ESTABELECIDA UNICAMENTE COM BASE EM RECONHECIMENTO EFETUADO PELA VÍTIMA. ABSOLVIÇÃO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO, DE OFÍCIO. 2. A jurisprudência desta Corte vinha entendendo que "as disposições contidas no art. 226 do Código de Processo Penal configuram uma recomendação legal, e não uma exigência absoluta, não se cuidando, portanto, de nulidade quando praticado o ato processual (reconhecimento pessoal) de forma diversa da prevista em lei" (AgRg no AREsp n. 1.054.280/PE, relator Ministro , Sexta Turma, DJe de 13/6/2017). Reconhecia-se, também, que o reconhecimento do acusado por fotografia em sede policial, desde que ratificado em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, pode constituir meio idôneo de prova apto a fundamentar até mesmo uma condenação. 3. Recentemente, no entanto, a Sexta Turma desta Corte, no julgamento do HC 598.886 (Rel. Min. , DJe de 18/12/2020, revisitando o tema, propôs nova interpretação do art. 226 do CPP, para estabelecer que "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". 4. Uma reflexão aprofundada sobre o tema, com base em uma compreensão do processo penal de matiz garantista voltada para a busca da verdade real de forma mais segura e precisa, leva a concluir que, com efeito, o reconhecimento (fotográfico ou presencial) efetuado pela vítima, em sede inquisitorial, não constitui evidência segura da autoria do delito, dada a falibilidade da memória humana, que se sujeita aos efeitos tanto do esquecimento, quanto de emoções e de sugestões vindas de outras pessoas que podem gerar " falsas memórias ", além da influência decorrente

de fatores, como, por exemplo, o tempo em que a vítima esteve exposta ao delito e ao agressor; o trauma gerado pela gravidade do fato; o tempo decorrido entre o contato com o autor do delito e a realização do reconhecimento; as condições ambientais (tais como visibilidade do local no momento dos fatos); estereótipos culturais (como cor, classe social, sexo, etnia etc.). 5. Diante da falibilidade da memória seja da vítima seja da testemunha de um delito, tanto o reconhecimento fotográfico quanto o reconhecimento presencial de pessoas efetuado em sede inquisitorial devem seguir os procedimentos descritos no art. 226 do CPP, de maneira a assegurar a melhor acuidade possível na identificação realizada. Tendo em conta a ressalva, contida no inciso II do art. 226 do CPP, a colocação de pessoas semelhantes ao lado do suspeito será feita sempre que possível, devendo a impossibilidade ser devidamente justificada, sob pena de invalidade do ato. 6. O reconhecimento fotográfico serve como prova apenas inicial e deve ser ratificado por reconhecimento presencial, assim que possível. E, no caso de uma ou ambas as formas de reconhecimento terem sido efetuadas, em sede inquisitorial, sem a observância (parcial ou total) dos preceitos do art. 226 do CPP e sem justificativa idônea para o descumprimento do rito processual, ainda que confirmado em juízo, o reconhecimento falho se revelará incapaz de permitir a condenação, como regra objetiva e de critério de prova, sem corroboração do restante do conjunto probatório, produzido na fase judicial. [...] 8. Tendo a autoria do delito sido estabelecida com base unicamente em questionável reconhecimento fotográfico e pessoal feito pela vítima, deve o réu ser absolvido. 9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para absolver o paciente. (HC 652.284/SC, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 27/04/2021, DJe 03/05/2021) (grifos acrescidos). Dadas as situações concretas de cada um dos casos referenciados, em que o procedimento de reconhecimento fotográfico/pessoal configurava prova exclusiva da autoria, restaram absolvidos os pacientes nos referidos Habeas Corpus. Na situação analisada nestes autos, todavia, há indubitosa situação de distinguish em relação aos mencionados precedentes da Corte Superior, uma vez observada a ocorrência de dados probatórios não verificados nas situações paradigmas. Isso porque, no caso em comento, a materialidade e a autoria delitivas encontram-se suficientemente comprovadas no conjunto probatório coligido aos fólios, merecendo destaque o Auto de Prisão em Flagrante (ID. 25906052, pág. 02); o Auto de Exibição e Apreensão do celular subtraído, bem assim do simulacro de pistola utilizado para a consecução do crime (ID. 25906052, pág. 05); as declarações do ofendido , prestadas em ambas as fases da persecução penal (IDs. 25906052, págs. 08/09 e 25906120); o depoimento judicial da testemunha de acusação SD/PM , agente policial que participou da prisão dos Recorrentes (ID. 25906120 e PJe Mídias); além dos demais elementos de convicção constantes dos autos. A vítima, em consonância ao declarado em sede extrajudicial, foi categórica ao relatar em Juízo o modus operandi empregado pelos Réus na empreitada delitiva e detalhar a participação de cada um deles, devidamente reconhecidos e singularizados sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, destacando que se encontrava em um ônibus e que os agentes o abordaram pelas costas, sendo que foi o responsável por subtrair o seu celular, mediante grave ameaça empreendida com uma pistola apontada para o seu pescoço, posteriormente identificada como sendo um simulacro, enquanto recolhia objetos de outros passageiros. O ofendido asseverou ainda que, após descerem do transporte coletivo sentido Campo Grande, os acusados foram

detidos por policiais que passavam pelo local em motopatrulhas, acionadas pelos passageiros, encontrando-se na posse de Yuri o celular subtraído, que foi restituído. Confira-se: [...] eu estava no ônibus próximo ao bairro onde moro, quando estava com o celular na mão e os réus, por trás, eu não tinha visto, eles pegaram o meu celular para puxar; eu achei até que era alguém conhecido porque estava perto de onde eu moro, aí, nisso que eu segurei o celular eu vi que não era conhecido, aí ele empurrou a arma no meu pescoço; que reconhece como sendo aquele que praticou o fato descrito; que pressionou a arma tipo pistola contra o meu pescoço e começou a me xingar, e perguntou se eu estava viajando; perguntou aonde eu morava; o outro réu estava recolhendo os objetos dos outros passageiros e pediu para o motorista abrir o ônibus; que os réus desceram do ônibus e seguiram em direção ao Campo Grande; que os passageiros desceram do veículo e acionaram as motopatrulhas que passavam pelo local e foram em busca dos réus; que os policiais conseguiram deter os réus e encontraram o seu celular em posse do Yuri, na cintura; que o seu celular se trata de um Moto G7 Plus, adquirido pelo valor de R\$ 1.800,00 e foi devolvido intacto posteriormente; que se sentiu amedrontado com a arma apontada para seu pescoço, além de ter ameaçado, proferindo xingamentos e perguntando se achava que era brincadeira; que na Delegacia soube que a arma se tratava de um simulacro; [...] que reconhece os dois réus como sendo os mesmos que praticaram o crime de roubo [...] (transcrição por aproximação das declarações judiciais da vítima ; ID. 25906120 e PJe Mídias) (grifos acrescidos) Nos delitos patrimoniais, a palavra da vítima assume relevante valor probatório, até porque foi ela quem interagiu diretamente com o autor do crime e vivenciou os fatos, razão pela qual pode narrá-los com maior clareza e riqueza de detalhes, carecendo do interesse de, falsamente, acusar inocentes. A respeito do tema, leciona : A vítima do crime, em geral, é quem pode esclarecer, suficientemente, como e de que maneira teria ele ocorrido. Foi ela quem sofreu a ação delituosa, e, por isso mesmo, está apta a prestar os necessários esclarecimentos à Justiça. Desse modo, sua palavra deve ser aceita com reservas, devendo o Juiz confrontá-la com os demais elementos de convicção, por se tratar de parte interessada no desfecho do processo. Em certos casos, porém, é relevantíssima a palavra da vítima do crime. Assim, naqueles delitos clandestinos – qui clam conittit solent – que se cometem longe dos olhares de testemunhas, a palavra da vítima é de valor extraordinário. (Processo Penal, Saraiva, 12ª ed., Volume 3, p. 262). In casu, como visto, as declarações do ofendido apresentam-se sólidas e coerentes, não se vislumbrando qualquer circunstância que comprometa a credibilidade dos seus relatos ou indício a justificar, por parte dele, uma falsa acusação. Sobre a matéria, cita-se: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXTORSÃO QUALIFICADA. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. INVERSÃO DO ÔNUS. IMPOSSIBILIDADE. PALAVRA DA VÍTIMA. RELEVÂNCIA. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ? STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A revisão do entendimento firmado pelas instâncias ordinárias, no sentido de que as provas produzidas são insuficientes para atestar a conduta criminosa, exigiria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, inviável na via do recurso especial, ante o óbice da Súmula n. 7/STJ. 2. Ademais, ‘Inexiste inversão do ônus da prova quando a acusação produz arcabouço probatório suficiente à formação da certeza necessária ao juízo condenatório’ (AgRg nos EDcl no REsp 1292124/PR, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 14/9/2017, DJe

20/9/2017). 3. Ressalta-se, ainda, que ‘Nos crimes patrimoniais como o descrito nestes autos, a palavra da vítima é de extrema relevância, sobretudo quando reforçada pelas demais provas dos autos’ (AgRg no AREsp 1078628/RJ, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 10/4/2018, DJe 20/4/2018). 4. Quanto ao pedido de reconhecimento da atenuante, verifico que as instâncias ordinárias deixaram de aplicar o redutor, considerando que esta não ocorreu, rever a aludida conclusão demandaria, necessariamente, a incursão no acervo fático-probatório dos autos, providência vedada pela Súmula n. 7/STJ. 5. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no AgRg no AREsp 1681146/PR, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2020, DJe 15/10/2020) (grifos acrescidos). Corroboram os relatos da vítima o depoimento judicial do SD/PM , no sentido de que a patrulha foi acionada por transeuntes em razão da ocorrência do roubo, ao que empreenderam diligências e localizaram os agentes pelas características informadas, sendo encontrado com um dos acusados um simulacro de arma de fogo e o celular do ofendido, o qual reconheceu o bem e procedeu ao desbloqueio do aparelho, veja-se: [...] que estavam em patrulha passando pelo Vale do Canela e foram solicitados por transeuntes, sendo informados que três elementos, um estava aguardando no ponto de ônibus e dois estavam dentro do ônibus; [...] que fizeram incursões e localizaram os dois indivíduos identificados, um deles estava com um simulacro de arma de fogo e um celular da vítima; que a vítima compareceu à delegacia; [...] que ao ser acionado foi passado as características dos acusados e isto facilitou a captura dos acusados; que a vítima reconheceu o celular encontrado com os acusados como sendo o seu e desbloqueou o aparelho; que a vítima reconheceu os réus na delegacia; [...] que um dos réus ao ser abordado por ele disse: “Perdi! Não precisa atirar, a arma é de brinquedo”; que só encontrou dois celulares na posse do réu, um pertencente ao mesmo e o outro à vítima [...] que não conhecia os réus de abordagens anteriores [...] (transcrição por aproximação do depoimento judicial do SD/PM ; ID. 25906120 e PJe Mídias) (grifos acrescidos) Logo, embora o referido agente policial não tenha presenciado o momento delitivo, como aduzem as Defesas, tem-se que o testemunho por ele prestado é harmônico ao quanto narrado pela vítima, não se observando nenhum indício de que tenha veiculado falsos relatos a respeito dos fatos, com intenção de prejudicar os Sentenciados, até porque afirmou durante a instrução probatória que não os conhecia antes daquela abordagem. Oportuno registrar que a simples qualidade de policial não afasta a credibilidade dos depoimentos prestados, mormente quando se apresentam consonantes com os demais elementos e circunstâncias colhidos dos autos, e quando oferecidos em Juízo, sendo oportunizado o contraditório. Nessa esteira: **HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR EFETUADA POR POLICIAIS MILITARES SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. INFORMAÇÕES PRÉVIAS DE OCORRÊNCIA DE TRÁFICO DE DROGAS NA RESIDÊNCIA. PERMISSÃO DO PACIENTE PARA ENTRADA DOS POLICIAIS NA RESIDÊNCIA. SUBSEQUENTE CONFISSÃO INFORMAL DO RÉU DE QUE OS ENTORPECENTES HAVIAM SIDO ARMAZENADOS EM LOCAL DISTANTE DA RESIDÊNCIA. VALIDADE. CREDIBILIDADE DO DEPOIMENTO DOS POLICIAIS EM JUÍZO. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE, ANTE A EXISTÊNCIA DE OUTRA AÇÃO PENAL EM CURSO, CONJUGADA COM A QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.** [...] 7. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que os depoimentos dos policiais têm valor probante, já que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes e

compatíveis com as demais provas dos autos. Precedentes: AgRg no HC 606.384/SC, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2020, DJe 29/09/2020; AgRg no AREsp n. 1.317.916/PR, Quinta Turma, Rel. Min. , DJe de 05/08/2019; REsp n. 1.302.515/RS, Sexta Turma, Rel. Min. , DJe de 17/05/2016; e HC n. 262.582/RS, Sexta Turma, Rel. Min. , DJe de 17/03/2016. [...] (HC 608.558/RJ, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2020, DJe 07/12/2020) (grifos acrescidos). AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CORRUPÇÃO ATIVA. CONTRARIEDADE AOS ARTS. 17 E 333 DO CP. IMPROCEDÊNCIA. CRIME FORMAL. ACÓRDÃO QUE GUARDA HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA NESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. CONTRARIEDADE AO ART. 386, VII, DO CPP. TESE DE QUE A PALAVRA DOS POLICIAIS NÃO É SUFICIENTE PARA SUBSIDIAR A CONDENAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. PALAVRA DE POLICIAIS. PROVA IDÔNEA PARA A CONDENAÇÃO. PRECEDENTES DESTA CORTE. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 1264072/PE, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 24/09/2018) (grifos acrescidos). Outrossim, conquanto os ora Apelantes tenham se retratado em Juízo da confissão feita perante a Autoridade Policial (IDs. 25906052, págs. 10/13 e 25906120), quando asseveraram ter comprado um simulacro com o propósito de assaltar o primeiro ônibus que passasse, é certo que a alegação de que não se encontravam juntos no momento da abordagem e foram torturados pelos policiais para confessar a prática delitiva não encontra guarida no arcabouço probatório, sobretudo porque consta nos respectivos Laudos Periciais que “Ao exame a perita não observou lesões de interesse médico-legal” (IDs. 25906083/25906084 e 25906138/25906139). Saliente-se, inclusive, que nenhuma testemunha de defesa foi ouvida na instrução criminal, a fim de corroborar a versão apresentada pelos Réus. Portanto, diante das provas amealhadas, apesar de a vítima ter afirmado em Juízo que o reconhecimento extrajudicial dos agentes foi realizado por meio de fotografias apresentadas no celular dos policiais, nas quais constavam apenas imagens dos dois Réus, tem-se que a ausência de cumprimento, na fase preliminar, de todas as formalidades constantes no art. 226 do CPP não tem o condão de infirmar a autoria do evento criminoso nas pessoas dos Apelantes, uma vez que eles foram reconhecidos pelo ofendido em contraditório judicial, sem sombra de dúvidas, não tendo havido qualquer impugnação defensiva, durante a audiência, nos moldes em que o reconhecimento foi realizado, cumprindo ressaltar, ademais, o dado objetivo de que, quando os Réus foram alcançados pelos policiais, o Recorrente Yuri ainda se encontrava na posse da res furtiva, bem assim do simulacro de arma de fogo utilizado na execução do crime. Nesse cenário, considerando que o reconhecimento fotográfico realizado em sede policial não consubstancia a única prova da autoria delitiva, a qual, ao revés, está demonstrada pelo reconhecimento judicial e também por outros elementos reveladores da prática criminosa narrada pela acusação, não há que se falar em aplicação do princípio in dubio pro reo, restando afastada a tese absolutória por insuficiência de provas. No mesmo plano, cita-se precedente também do STJ: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE ROUBO MAJORADO. ART. 157, § 2º-A, I, DO CÓDIGO PENAL. NULIDADE. RECONHECIMENTO PESSOAL. CONFIRMAÇÃO DA AUTORIA EM JUÍZO. PRESENÇA DE OUTRAS PROVAS ROBUSTAS PARA ENSEJAR A CONDENAÇÃO DO RÉU. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO IMPROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça, recentemente, firmou entendimento no sentido de que 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. Não obstante, é possível que o julgador, destinatário das provas, convença-se da autoria delitiva a partir de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato do reconhecimento falho, porquanto, sem prejuízo da nova orientação encabeçada pela Sexta Turma do STJ (HC n. 598.886, Rel. Ministro , DJe de 18/12/2020), não se pode olvidar que vigora no nosso sistema probatório o princípio do livre convencimento motivado em relação ao órgão julgador, desde que existam provas produzidas em contraditório judicial. 3. Na hipótese, a situação trazida nos autos apresenta particularidades que autorizam a distinção com a nova orientação desta Corte Superior a respeito do reconhecimento pessoal e fotográfico, porquanto, além de os objetos e da arma do roubo terem sido encontradas com o réu, o reconhecimento da vítima ocorreu no mesmo dia do fato criminoso, sendo ratificado em juízo pouco tempo depois, oportunidades nas quais a vítima apontou, com riqueza de detalhes, ser o réu o autor do delito, o que enfraquece a tese defensiva de que tenha havido falhas e equívocos advindos da memória humana (falsa memória). 4. Ressalta-se que, nesse panorama, é inviável a alteração, em sede de habeas corpus, da conclusão alcançada pelas instâncias ordinárias, visto que não é possível o exame aprofundado dos elementos de prova produzidos na investigação, ou ação penal correspondente, para fins de afastar os indícios de autoria aferidos nas instâncias de origem. 5. Agravo regimental improvido. (STJ – AgRg no HC: 663844 SE 2021/0132829-4, Relator: Ministro , Data de Julgamento: 25/05/2021, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/06/2021) (grifos acrescidos) Dessarte, ratifica-se a condenação dos ora Recorrentes pelo delito de roubo majorado pelo concurso de pessoas na forma consumada, consoante devidamente fundamentado em sentença. No que tange à dosimetria das penas, ainda que não tenha havido irresignação defensiva quanto ao referido capítulo da sentença, mister proceder, ex officio, a pequeno reparo no que concerne à sanção pecuniária. Confira-se o pertinente trecho do decisio (ID. 25906134, págs. 08/14): [...] Passo à fixação das penas, na forma dos artigos 59 9 e 68 8 do Código Penal l. Para : Na primeira etapa da dosimetria, no exame da culpabilidade, não obstante o emprego de simulacro de arma de fogo, embora não configure mais a majorante do delito patrimonial, pode justificar um acréscimo da pena base, pelo maior temor – e consequente redução da capacidade de resistência da vítima –, o que autoriza um juízo de censura maior em relação às circunstâncias do delito. Assim, o simulacro é um plus em relação à elementar da grave ameaça que não é majorante, mas é muito mais do que uma simples simulação à intimidação e impossibilita a resistência de outrem para consecução do objetivo criminoso. Isso ainda, porque de todos sabido, que os simulacros de arma de fogo são produtos de uso controlado pelo Exército, devendo o portador ao trafegar com o instrumento, sob pena de apreensão pela polícia, portar documento que comprove a origem lícita do produto, nos termos da Portaria n. 02-COLOG, de 26 de fevereiro de 2010, que conceitua réplica ou simulacro de arma de fogo para fins do disposto no art. 26 da Lei 10.826/03 (Lei do Desarmamento). Mais ainda, por se cuidar de um crime de menor potencial ofensivo com previsão no artigo 19 da Lei das Contravenções Penais. No sentido, a decisão Terceira Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, no Processo nº. 0709153-71.2019.8.07.0004, da relatoria do Juiz . Penal. Contravenção penal. Porte de simulacro de arma de fogo

(LCP, art. 19). Atipicidade da conduta rejeitada. Autoria e materialidade comprovadas. Intenção desvirtuada caracterizada. Recurso conhecido e improvido. 1. Realiza o tipo penal previsto no art. 19 da Lei de Contravenções Penais a conduta de trazer consigo simulacro de arma de fogo, tipo pistola, em via pública, sem a demonstração de que a posse se enquadra na exceção prevista no parágrafo único, do art. 26, da Lei nº 10.826/2003. 2. A despeito da impossibilidade de realizar disparos, é indubitável a eficiência do referido artefato para ameaçar, intimidar e impossibilitar a resistência de outrem, conforme atestado em laudo de perícia criminal (ID 15976170). 2. Como acentuou o Ministério Público, trata-se de arma imprópria, pois apesar de sua natureza de artefato simulado, é instrumento hábil para ataque e defesa. Logo, essa circunstância judicial pode e deve ser considerada como negativa. O réu não é possuidor de maus antecedentes, apesar de haver várias anotações em sua vida criminal pregressa, não se vislumbra nenhuma com trânsito em julgado. Sua conduta social e sua personalidade não foram amealhados elementos suficientes nos autos, apenas passagens por custódias estatais provisórias. O motivo, por ambição, é inerente à espécie. Circunstâncias do delito, com relevo, em razão de ter sido praticado no interior de um transporte coletivo, causando pavor aos demais passageiros. As consequências foram normais ao tipo penal narrado. O comportamento da vítima não contribuiu para a consumação do delito. Portanto, foi reconhecida como negativa apenas a circunstância judicial da culpabilidade pelo maior temor à vítima pelo emprego de um simulacro de arma de fogo, que o réu utilizou ao cometimento do assalto, o que caracteriza a intenção desvirtuada de sua posse. O crime de roubo é punido com a pena, in abstracto, de reclusão, de 04 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa. Ao encontro da pena base, valoro a circunstância negativa em 1/8 (um oitavo), que multiplico pelo intervalo entre as penas abstratas do crime reconhecido ($1/8 \times 72 = 09$), cujo resultado acresço a pena mínima fixada na lei penal, ficando em 04 (quatro) anos e 09 (nove) meses de reclusão e 53 (cinquenta e três) dias-multa. Na segunda fase, atentando para as circunstâncias legais genéricas previstas na parte geral do Código Penal, agravantes e atenuantes, noto que, neste processo, se faz presente a circunstância atenuante da confissão espontânea, a qual utilizo para diminuir a pena base na fração de 1/6 (um sexto), ficando estabelecido nesta fase a pena intermediária em 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa. Na terceira fase, incide a causa de aumento relativa ao concurso de agentes, que utilizo para majorar a pena de 1/3 (um terço), estabelecendo definitiva a pena para o réu em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 87 (oitenta e sete) dias-multa, cada um desses dias fixados em um trigésimo do valor do salário-mínimo vigente na data do fato, a ser devidamente atualizado, tendo em conta a ausência de provas nos autos indicativos da capacidade financeira da réu. Para : [mesmos fundamentos e mesmas penas aplicadas para Yuri] [...] Deliberações em comum A pena privativa de liberdade será cumprida no regime semiaberto, nos termos do artigo 33, § 2º, b, do Código Penal. Em relação a detração antecipada, nos termos da Lei no 12.736/12, consigno que o tempo da prisão cautelar dos réus, será considerado como de pena efetivamente cumprida, especialmente para fins de progressão de regime, o que será analisado pela Vara de Execuções Criminais competente. Constato que os Tribunais de Justiça vêm decidindo que a competência para operar a progressão de regime é dos Juízos de Execuções Penais, regido pela Lei de Execução Penal que, em razão de sua especialidade, tem preponderância

sobre as demais, de natureza diversa. [...] Na primeira fase, à luz do art. 59 do Código Penal, o Magistrado singular valorou negativamente apenas o vetor relativo à culpabilidade, fixando, para cada um dos Réus, as penas-base de 4 (quatro) anos e 09 (nove) meses de reclusão e 53 (cinquenta e três) dias-multa, o que fica mantido, uma vez que evidenciada maior reprovabilidade das condutas, pois apontar um simulacro de pistola para o pescoço da vítima, sem dúvida, causa maior intimidação e impossibilidade de resistência do que a grave ameaça inerente ao delito de roubo, conforme bem ponderado pelo Juiz a quo, especialmente considerando que o ofendido afirmou só ter ciência de que a arma se tratava de um simulacro na Delegacia, quando foi realizar a ocorrência. Nesse viés, vide STJ, HC n. 433.404/SP, relator Ministro, Quinta Turma, julgado em 3/4/2018, DJe de 9/4/2018.

Avançando à segunda etapa, não havendo agravantes, o Sentenciante reconheceu a incidência da atenuante da confissão espontânea, pois os acusados admitiram a prática delitiva em sede policial e tal circunstância foi utilizada para fundamentar a condenação, e diminuiu as reprimendas na fração de 1/6 (um sexto), estabelecendo as penas intermediárias no mínimo legal para cada um deles, qual seja, 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, o que ora se ratifica.

Na terceira fase, ausentes causas de diminuição, o Magistrado majorou as penas, de forma idônea, no patamar mínimo de 1/3 (um terço), diante da existência da causa de aumento referente ao concurso de pessoas, já que restou comprovado que ambos os Réus concorreram para a prática delitiva. Assim, fixou como definitivas, para cada um dos sentenciados, a sanção corporal de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, que ora se mantém, além de 87 (oitenta e sete) dias-multa. Contudo, tendo em vista o quantum de aumento realizado, bem assim que a pena pecuniária deve guardar simetria com a pena privativa de liberdade, fica aquela redimensionada, de ofício, para 13 (treze) dias-multa, no valor unitário mínimo, em relação a cada Apelante.

Finalmente, ratifica-se o regime semiaberto para inicial cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal, como também a negativa do direito de recorrer em liberdade, uma vez que a prisão preventiva foi mantida de maneira escorreita pelo Juízo de origem, para garantia da ordem pública, diante da gravidade concreta do delito, além de ponderar que os Réus permaneceram presos durante a instrução processual.

Pelo quanto expendido, voto no sentido de, rejeitada a preliminar, conhecer e NEGAR PROVIMENTO aos Apelos e, DE OFÍCIO, redimensionar as penas de multa dos Apelantes, cada uma para 13 (treze) dias-multa, no valor unitário mínimo, mantendo-se os demais termos da sentença vergastada.

Sala das Sessões, ____ de _____ de 2022.

Presidente _____ Desa. Relatora

Procurador (a) de Justiça