

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ DE DIREITO DA VARA
CRIMINAL DA CIRCUNSCRIÇÃO JUDICIÁRIA DE
XXXXXXXXXX/DF**

Autos do Processo nº: XXXXXXXX

Fulano de tal e Fulano de tal, já qualificados nos autos do processo em epígrafe, assistidos pela DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL, nos termos do artigo 403, § 3º, do Código de Processo Penal, vem, perante Vossa Excelência, apresentar

MEMORIAIS

Fazendo-os nos seguintes termos.

I - BREVE RELATO

Trata-se de ação penal ajuizada contra **Fulano de tal e Fulano de tal**, denunciados pelo Ministério Público pela suposta prática do crime previsto no artigo 157, §2º, incisos I e II do Código Penal (fl. 02-B).

Auto de prisão em flagrante do acusado Pedro (fl. 02-C); auto de reconhecimento por fotografia do acusado FULANO DE TAL (fl. 11); recebimento da denúncia (fl. 38); citação pessoal (fls. 106/109); resposta à acusação (fl. 116/120); audiência de instrução e julgamento (fl. 137/169/184).

Em sede de memoriais, o MPDFT pugnou pela condenação dos acusados, nos termos da denúncia (fl. 200-203). Vieram os autos com vistas à defesa técnica para o oferecimento de Alegações Finais por memoriais, o que ocorre oportunamente.

É, em síntese, o relatório.

2 - DO DIREITO

2.1 DA AUSÊNCIA DE AUTO DE RECONHECIMENTO PESSOAL DO ACUSADO FULANO DE TAL

Da análise do conjunto probatório, consta dos termos de declaração das testemunhas, acostados às fls. 3 e 5. Com relação à declaração prestada pela testemunha Fulano de tal, tem-se o seguinte:

“Registra que na delegacia a vítima realizou conhecimento fotográfico de Fulano de tal como sendo a pessoa que acompanhava e junto com Pedro cometeu o crime”

Entretanto, **não há nos autos qualquer auto de reconhecimento pessoal do acusado FULANO DE TAL**, o que viola notoriamente a disposição legal prevista no art. 226, inciso IV, do CPP, *in verbis*:

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

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

Ademais, em juízo, a vítima Fulano de tal, quando questionada sobre o procedimento de reconhecimento, afirmou que na delegacia teria reconhecido pessoalmente o acusado Fulano de tal, o qual fora preso em flagrante. Posteriormente, quanto ao reconhecimento do acusado Fulano de tal, acrescentou que fora feito **exclusivamente por fotos**. De maneira que apresentaram três fotos diferentes, ocasião em que teria reconhecido o acusado.

A mera alegação da vítima em termo de declaração de que reconheceram os acusados, sem documento que comprove referido ato, não constitui elemento suficiente para embasar o decreto condenatório.

A lei exige que o reconhecimento pessoal seja conduzido pela autoridade policial, além da presença de duas testemunhas e após, deve ser lavrado um auto pormenorizado devidamente assinado, para que se garanta que referido procedimento ocorreu com observância à norma processual penal.

O reconhecimento pessoal é um dos meios de prova mais falhos no processo penal. Na visão de Tourinho Filho, “a ação do tempo, o disfarce, más condições de observação, erros por semelhança, a vontade de reconhecer, tudo, absolutamente tudo, torna o reconhecimento uma prova altamente precária”. (Tourinho Filho, Fernando, Código de Processo Penal Comentado, Ed. Saraiva, 12ª Edição, ano 2009, Tomo I, pag. 645)

Aury Lopes Jr. colabora com o tema ao expor que “**a prova testemunhal tem sua credibilidade seriamente afetada pela mentira e as falsas memórias. Nessa mesma dimensão, situa-se o reconhecimento imputado, cuja valoração probatória não pode desconsiderar esses fatores, pois igualmente dependente da complexa variável ‘memória’.** (Lopes Jr., Aury. Direito Processual Penal. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pg. 703.)

O fato de o reconhecimento pessoal ser realizado sem a observância das regras insculpidas no art. 226, do CPP, acarreta em notória violação ao princípio constitucional da ampla defesa, uma vez que após o reconhecimento errôneo do acusado pela vítima, dificilmente a situação se reverte, pois a palavra dessas, nesses casos, possui especial relevo probatório.

Os trâmites ali exigidos não podem servir como mero texto apreciativo. O teor normativo foi introduzido no ordenamento jurídico e contra ele não paira qualquer vício de legalidade ou inconstitucionalidade. Por essa razão, o previsto no artigo 226 do CPB encontra-se apto a produzir todos os seus efeitos, impondo observância normativa do regramento nele gizado.

A instrumentalidade processual é meio que fornece tutela e efetividade aos direitos e garantias fundamentais. Partindo dessa premissa, sabendo que o trâmite do reconhecimento pessoal está insculpido em lei, sendo a forma uma garantia, não subsiste brecha para procedimentos alternativos.

Em que pese o Superior Tribunal de Justiça entender que o reconhecimento pessoal previsto no art. 226, do CPP, configura uma mera recomendação legal de modo que a sua inobservância não enseja qualquer nulidade, o que se deve levar em consideração não é o fato de o procedimento se dar de modo diverso, mas sim a sua NÃO OCORRÊNCIA, que é o caso dos autos.

In casu, NÃO HÁ AUTO DE RECONHECIMENTO DEVIDAMENTE ASSINADO PELA AUTORIDADE POLICIAL, VÍTIMAS E TESTEMUNHAS que possa corroborar com a alegação das vítimas, de modo que os referidos termos de declaração perdem a credibilidade e força probatória nos autos.

Além do mais, referido entendimento do STJ é alvo de grande crítica pelos doutrinadores atuais, uma vez que se o disposto no art. 226 do CPP fosse de fato uma mera recomendação, ao invés de constar o verbo “proceder-se-á”, deveria constar “poderá proceder”, demonstrando a faculdade atribuída à autoridade policial.

Nesse sentido, é o entendimento do próprio Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a saber:

*APELAÇÃO CRIMINAL - MINISTÉRIO PÚBLICO - ROUBO - ABSOLVIÇÃO - RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL - AUSÊNCIA DE RATIFICAÇÃO EM JUÍZO - FRAGILIDADE DE PROVAS - MANTIDA ABSOLVIÇÃO - NEGADO PROVIMENTO. **I. A condenação deve ser fundamentada em elementos seguros e objetivos capazes de demonstrar a materialidade e a autoria. A única prova produzida é o reconhecimento efetuado na Delegacia, sem observância das formalidades e não ratificado em Juízo. É evidente a fragilidade da prova indiciária. Desautorizado o decreto condenatório. II. Recurso desprovido.***(Acórdão n.1074316, 20160910022480APR, Relator: SANDRA DE SANTIS, Revisor: ANA MARIA AMARANTE, 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 08/02/2018, Publicado no DJE: 22/02/2018. Pág.: 107/123)

Destarte, a condenação não deve basear-se em meros indícios ou presunções, sem qualquer prova produzida em juízo capaz de comprovar a autoria do crime e demonstrar a efetividade na busca pela verdade real. Devem-se buscar provas concludentes e robustas, pois é de inteira injustiça que o réu tenha sua liberdade prejudicada, causando-o um inegável constrangimento ilegal, além de abalos emocionais e psicológicos, se não foram produzidos, sob o crivo do contraditório, elementos suficientes para a condenação.

Desse modo, a defesa requer **a nulidade dos termos de declaração das vítimas é a medida que se requer**, por inobservância dos requisitos legais previstos no Código de Processo Penal.

2.2 DA MAJORANTE DO EMPREGO DA ARMA

Infere-se dos memoriais apresentados pelo Ministério Público o seguinte:

“ A vítima Fulano de tal afirmou que os dois autores estavam de bicicletas. Um ficou na porta e o outro entrou anunciando o assalto, gritando “perdeu,

perdeu”, além de apontar a arma para os clientes. Os dois estavam armados” (pg 201)

Todavia, quando inquirida em sede jurisdicional a respeito do emprego de arma de fogo na empreitada delitiva, a testemunha Fulano de tal disse o seguinte (fl. 139):

(3:00)“Ela não soube precisar se realmente tinha visto a arma, tava meio em dúvida”

Ademais, os acusados em seus depoimentos prestados perante o juiz, confessaram a prática do crime e afirmaram que no momento da prática delitiva não fizeram o uso de arma de fogo. O acusado Fulano de tal ressalta que estava apenas com a mão na carteira, enquanto Fulano de tal afirma que colocou apenas a mão na cintura.

Assim, imputar a conduta descrita no art. 157, §2º, I do CP seria desconsiderar todos os elementos produzidos no decorrer da instrução, imputando fato mais gravoso desprovido de elementos comprobatórios robustos. Além do que, fundamentar uma condenação grave em elementos probatórios contraditórios fere todos os ideais pregados pelo Direito Penal, logo deve-se afastar a majorante. Nesse sentido tem decidido esse Tribunal de Justiça, dessa forma, veja-se:

PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES DE ROUBO, NA FORMA DO ART. 157, § 2º, II, DO CÓDIGO PENAL E CORRUPÇÃO DE MENOR. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE FURTO. NEGADO. GRAVE AMEAÇA CARACTERIZADA. DOSIMETRIA DA PENA. AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA RELATIVA AO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. POSSIBILIDADE. CARACTERIZAÇÃO DO USO DE SIMULACRO. DADO PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

1. O crime de roubo restou comprovado nos autos, uma vez que a grave ameaça, exercida com a simulação de que o réu estava com uma arma, sob a blusa, foi suficiente a causar temor às vítimas e impedir, assim, qualquer reação.

2. Restando comprovado que o réu não estava com arma de fogo, não há que se manter a causa de aumento de pena relativa à esta.

3. Recurso a que se dá parcial provimento.

(Acórdão n.1104262, 20170710089773APR, Relator: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, Revisor: JAIR SOARES, 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 14/06/2018, Publicado no DJE: 22/06/2018. Pág.: 117-136)

PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONCURSO DE PESSOAS. PRELIMINAR DE RECONHECIMENTO DE PESSOAS REJEITADA. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. LAUDO PAPILOSCÓPICO DO VEÍCULO SEM AS DIGITAIS DOS AUTORES. PALAVRA SEGURA DA LESADA. CONDENAÇÃO MANTIDA. SIMULACRO DE ARMA DE FOGO. AUMENTO PREVISTO NO INCISO I DO § 2º DO ART. 157 DO CÓDIGO PENAL AFASTADO.

1. Rejeita-se a preliminar de nulidade do reconhecimento realizado em juízo, pois a colocação dos apelantes com outras pessoas que com eles guardem semelhança não é exigência legal, mas simples recomendação, que só teve a finalidade de a lesada ratificar os seus reconhecimentos realizados na polícia.

2. Inviável o pleito de absolvição por ausência das digitais dos apelantes no veículo roubado, atestado por laudo papiloscópico, quando a palavra segura da lesada narra detalhadamente a dinâmica dos fatos e os reconhece como autores do crime, mantendo-se sua condenação.

3. O simulacro de arma de fogo não configura causa de aumento do inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal porque não há risco ao bem jurídico, e serve somente para caracterizar a grave ameaça, que já é inerente ao crime de roubo.

4. Recursos parcialmente providos para afastar a causa de aumento de pena do inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, sem alterar a pena aplicada aos réus.

(Acórdão n.619182, 20100110270104APR, Relator: JOÃO BATISTA TEIXEIRA, Revisor: JESUINO RISSATO, 3ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 13/09/2012, Publicado no DJE: 18/09/2012. Pág.: 259)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. ROUBO DE AUTOMÓVEL. SIMULAÇÃO DE PORTE DE ARMA DE FOGO. PROVA SATISFATÓRIA DA MATERIALIDADE E AUTORIA. CRÍTICA DA DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE MAUS ANTECEDENTES. REFORMA PARCIAL DO JULGADO.

1 Réu condenado por infringir o artigo 157 do Código Penal, eis que, subtraiu um automóvel, mediante grave ameaça com simulação de porte de arma de fogo. A não apreensão da arma de fogo não foi suprida por prova testemunhal idônea, haja vista que a própria vítima não conseguiu esclarecer o fato, alegando que estava muito nervosa durante a ação delitiva. **Havendo dúvida acerca do efetivo emprego do instrumento letal, aplica-se o princípio in dubio pro reo, afastando a causa de**

aumento prevista no artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal.

2 Uma única condenação sem trânsito em julgado, ainda que por fato anterior ao crime, não justifica a consideração de maus antecedentes.

3 Apelo defensivo parcialmente provido e desprovimento do recurso acusatório.

(Acórdão n.435323, 20090310143448APR, Relator: GEORGE LOPES LEITE, Revisor: SANDRA DE SANTIS, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 05/07/2010, Publicado no DJE: 12/08/2010. Pág.: 184)

Nesse giro, frente à incerteza quanto ao porte de arma de fogo, é cabível ressaltar a aplicabilidade do princípio do *in dubio pro reu*, nesse sentido a defesa requer a retirada da causa de aumento de pena prevista no art. 157, §2, inciso I, do Código Penal. Além do que a simples simulação de porte de arma de fogo não é suficiente para caracterizar a causa de aumento haja vista a ausência de exposição efetiva ao bem jurídico penalmente tutelado.

2.3 DO CONCURSO DE PESSOAS

No tocante à tipificação referente ao art. 157, inc. II do Código Penal, a defesa manifesta-se pelo afastamento da qualificadora. Sabe-se que o concurso de pessoas é caracterizado pelos seguintes quesitos: pluralidade de condutas, relevância causal de cada conduta, liame subjetivo e identidade da infração penal, todavia é notável a ausência de tais requisitos ao caso.

Em sede de judicial, os acusados em seus depoimentos em momento algum relataram alguma ação que caracterizasse o vínculo subjetivo e de demais características intrínsecas do concurso de pessoas, visto que de acordo com o ilustre jurista Fulano de tal, é indispensável que haja uma consciente combinação de vontades na ação criminosa, para caracterizar a causa especial de aumento de pena.

Nesse sentido, torna-se completamente incabível a incidência de tal qualificadora, tendo em vista o princípio do *in dubio*

pro reo. Logo, reque-se, subsidiariamente, a desqualificação para o crime de roubo simples

2.4 DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA

A confissão, atenuante prevista no artigo 65, inciso II, “d” do Código Penal, constitui circunstância que atenua a pena, sendo reconhecida na segunda fase da dosimetria da pena, dessa forma nota-se que a aplicabilidade da confissão espontânea haja vista a declaração de ambos os acusados feita durante o interrogatório em sede judicial, presente na gravação audiovisual (fls. 196)

Assim, nesse caso, a confissão possui força suficiente para reduzir a pena fixada pelo juiz, no sentido de melhorar a situação do réu devendo portanto, ser aplicada na dosimetria de forma que cumpra sua função atenuante.

Nesse diapasão, conforme a jurisprudência dominante, é cabível a compensação da agravante da reincidência, comum a ambos os acusados, com a atenuante da confissão espontânea. Dessa forma tem decidido este E. Tribunal:

Roubo circunstanciado. Provas. Antecedentes. Conduta social. Personalidade. Circunstâncias do crime. Reincidência e confissão espontânea. Compensação. Multa.

- 1 - Nos crimes patrimoniais, a exemplo do de roubo circunstanciado, a palavra das vítimas tem especial relevância, sobretudo se aliada ao reconhecimento que fizeram por meio de fotografias e pessoalmente.
- 2 - A condenação por fato posterior ao narrado na denúncia, ainda que transitada em julgado, não pode ser considerada como Maus antecedentes para fixar a pena-base.
- 3 - É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base (súmula 444 do STJ).
- 4 - Afasta-se a valoração negativa da conduta social se não há nos autos elementos concretos sobre a conduta do réu no contexto de sua família e comunidade.
- 5 - Na individualização da pena, deve ser afastada a valoração negativa da personalidade, quando se fundamenta em alegação genérica, sem elementos concretos constantes nos autos.

6 - O fato de o crime ter sido cometido no período noturno e em uma quadra residencial não justifica, por si só, a valoração negativa das circunstâncias do crime, sobretudo se o local era bem iluminado.

7 - Havendo mais de uma causa de aumento de pena no crime de roubo - concurso de pessoas e emprego de arma -, possível usar uma delas na primeira fase, como circunstância judicial desfavorável, e a outra, na terceira fase.

8 - A reincidência e a confissão espontânea - iguais preponderantes -- devem ser compensadas integralmente.

9 - Se elevada a pena de multa fixada na sentença, deve ser reduzida para guardar proporcionalidade com a pena privativa de liberdade aplicada.

10 - Apelações dos réus e do MP providas em parte. (Acórdão n.1115942, 20170110529238APR, Relator: JAIR SOARES, Revisor: MARIA IVATÔNIA, 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 09/08/2018, Publicado no DJE: 14/08/2018. Pág.: 139/151)

Dessa forma, feita a compensação entre agravante e atenuante, requer-se a fixação da pena em seu mínimo legal, com a fixação do regime semiaberto de cumprimento da pena, com fundamento no art. 33, §2º, inc. b do Código Penal.

3 - DOS PEDIDOS

Ante o exposto, a Defesa Técnica do assistido requer a nulidade dos termos de declaração das vítimas nos termos do art. 564, inc. IV do Código de Processo Penal.

Subsidiariamente, em caso de eventual condenação, cabe destacar que simples simulação de porte de arma de fogo não é suficiente para caracterizar a causa de aumento haja vista a ausência de exposição efetiva ao bem jurídico penalmente tutelado, dessa forma, requer a retirada da causa de aumento de pena prevista no art. 157, §2, inciso I, do Código Penal. Além disso, pleiteia o reconhecimento da ausência do concurso de pessoas devendo prevalecer o princípio *do in dubio pro reu* frente à ausência de

requisitos qualificadores de tal instituto.

Por fim, requer o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, nos termos do art. 65, inciso II, d, do CP, sendo cabível a compensação entre esta atenuante e a agravante da reincidência, de maneira a tornar aplicável o regime semiaberto de cumprimento da pena.

Pede Deferimento.

XXXXXX – DF, XX de XXX de XXXX

FULANO DE TAL
DEFENSOR PÚBLICO