



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AgRg no HABEAS CORPUS Nº 862570 - SP (2023/0379281-0)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : SILVIO BERTACCHI FILHO (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FELIPE DE CASTRO BUSNELLO - DEFENSOR PÚBLICO - SP324728
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PROCESSO PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ROUBO MAJORADO. ABSOLVIÇÃO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. OFENSA AO ART. 226 DO CPP. CONDENAÇÃO BASEADA EM RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. PRESENÇA DE OUTRAS PROVAS PARA A MANTENÇA DE CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MOTIVAÇÃO CONCRETA DECLINADA PARA FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O *habeas corpus* não se presta para a apreciação de alegações que buscam a absolvição do paciente, em virtude da necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via eleita.

2. Ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça alinharam a compreensão 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" (HC 652.284/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/4/2021, DJe 3/5/2021).

3. No caso dos autos, a suposta autoria delitiva não tem como único elemento de prova o reconhecimento fotográfico, o que demonstra haver um *distinguishing* em relação ao acórdão paradigma da alteração jurisprudencial. Com efeito, a autoria resta fartamente demonstrada por diversas provas, tais como as seguras declarações das vítimas em absoluto compasso com as versões dos policiais civis, aliadas aos procedimentos de quebra dos sigilos telefônico e telemático dos aparelhos celulares dos agentes e a prisão em flagrante de dois deles, que demonstram que, de fato, que o ora agravante paciente perpetrar os delitos descritos nos autos.

4. O crime de roubo apresentou circunstâncias que fogem à normalidade dessa infração penal, tendo sido bem ponderadas na condenação "... a ousadia destes agentes em abordar e render diversas vítimas em plena luz do dia no interior de um shopping center, bem como o elevado prejuízo causado à empresa vítima (cerca de 80 celulares novos e 4 tablets), produtos eletrônicos de substancial valor econômico".

5. A premeditação do crime é fundamento idôneo para justificar a majoração da pena pela culpabilidade do réu, porquanto o fato de ter premeditado o crime desborda do tipo penal.
6. Deve ser afastada a valoração negativa dos processos em andamento na dosagem das penas do três delitos, sendo, porém, descabido falar em redução da pena-base ao mínimo legal.
7. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 27/08/2024 a 02/09/2024, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 02 de setembro de 2024.

Ministro Ribeiro Dantas
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AgRg no HABEAS CORPUS Nº 862570 - SP (2023/0379281-0)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : SILVIO BERTACCHI FILHO (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FELIPE DE CASTRO BUSNELLO - DEFENSOR PÚBLICO - SP324728
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PROCESSO PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ROUBO MAJORADO. ABSOLVIÇÃO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. OFENSA AO ART. 226 DO CPP. CONDENAÇÃO BASEADA EM RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. PRESENÇA DE OUTRAS PROVAS PARA A MANUTENÇÃO DE CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MOTIVAÇÃO CONCRETA DECLINADA PARA FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O *habeas corpus* não se presta para a apreciação de alegações que buscam a absolvição do paciente, em virtude da necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via eleita.

2. Ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça alinharam a compreensão 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" (HC 652.284/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/4/2021, DJe 3/5/2021).

3. No caso dos autos, a suposta autoria delitiva não tem como único elemento de prova o reconhecimento fotográfico, o que demonstra haver um *distinguishing* em relação ao acórdão paradigma da alteração jurisprudencial. Com efeito, a autoria resta fartamente demonstrada por diversas provas, tais como as seguras declarações das vítimas em absoluto compasso com as versões dos policiais civis, aliadas aos procedimentos de quebra dos sigilos telefônico e telemático dos aparelhos celulares dos agentes e a prisão em flagrante de dois deles, que demonstram que, de fato, que o ora agravante paciente perpetrou os delitos descritos nos autos.

4. O crime de roubo apresentou circunstâncias que fogem à normalidade dessa infração penal, tendo sido bem ponderadas na condenação "... a ousadia destes agentes em abordar e render diversas vítimas em plena luz do dia no interior de um shopping center, bem como o elevado prejuízo causado à empresa vítima (cerca de 80 celulares novos e 4 tablets), produtos eletrônicos de substancial valor econômico".

5. A premeditação do crime é fundamento idôneo para justificar a majoração da pena pela culpabilidade do réu, porquanto o fato de ter premeditado o crime desborda do tipo penal.
6. Deve ser afastada a valoração negativa dos processos em andamento na dosagem das penas do três delitos, sendo, porém, descabido falar em redução da pena-base ao mínimo legal.
7. Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por **SILVIO BERTACCHI FILHO** contra a decisão que reconsiderou parcialmente a decisão de fls. 347-357, e-STJ e concedeu a ordem, de ofício, a fim de afastar a valoração negativa dos processos em andamento na dosagem das penas-base, bem como limitar o incremento relativo ao crime de roubo na terceira fase da dosimetria a 2/3.

Em razões, a defesa reitera que a condenação do ora agravante baseou-se em reconhecimento fotográfico, que não restou confirmando em juízo, em clara ofensa ao art. 226 do CPP.

Alega, ainda, excesso na dosagem da pena-base.

Pugna, assim, pelo provimento do agravo a fim de conceder a ordem para absolver o agravante ou, subsidiariamente, rever a dosagem da pena.

É o relatório.

VOTO

Razão não assiste ao agravante.

Conforme o reconhecido na decisão ora agravada, o *habeas corpus* não se presta para a apreciação de alegações que buscam a absolvição do paciente, em virtude da necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via eleita.

A propósito do tema, trago à colação os seguintes julgados desta Quinta Turma:

"AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO. PLEITOS QUE DEMANDAM REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE NA VIA ESTREITA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE SE IMPÕE .1. Deve ser mantida a decisão monocrática na qual se indefere liminarmente a inicial quando evidenciado que o pleito formulado demanda reexame de provas, inviável na via estreita do *habeas corpus*. 2. Caso em que a impetração pretende a absolvição do paciente do crime de estupro de vulnerável ou a desclassificação para o delito de importunação sexual, ao argumento da fragilidade probatória, uma vez que, à época dos fatos, a vítima contava com apenas oito anos de idade e seu depoimento foi levado em consideração para justificar a condenação. 3. Agravo regimental improvido"(AgRg no HC 658.366/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 18/05/2021, DJe 25/05/2021);

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO EM CONCURSO MATERIAL. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO PELO CRIME DE ASSOCIAÇÃO. INVIABILIDADE. CONTUNDENTE ACERVO PROBATÓRIO PARA LASTREAR A CONDENAÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO NÃO CONDIZENTE COM A VIA ESTREITA DO MANDAMUS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.1. O crime de associação para o tráfico exige vínculo associativo duradouro e estável entre seus integrantes, com o objetivo de fomentar especificamente o tráfico de drogas, por meio de uma estrutura organizada e divisão de tarefas para a aquisição e venda de

entorpecentes, além da divisão de seus lucros.² A conclusão obtida pela Corte estadual sobre a condenação do paciente pelo crime de associação para o tráfico foi lastreada em contundente acervo probatório carregado aos autos.³ Pela leitura das peças encartadas aos autos, conclui-se que a decisão tomada pelas instâncias antecedentes acerca da condenação do paciente pelo crime de associação para o tráfico foi lastreada em contundente acervo probatório, consubstanciado nas circunstâncias que levaram à sua condenação, não se constatando constrangimento ilegal a ser sanado pela via estreita do habeas corpus.⁴ Agravo regimental não provido" (AgRg no HC 663.885/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/05/2021, DJe 24/05/2021).

No caso, o Colegiado de origem manteve a condenação do réu pelos seguintes fundamentos:

"A., S. B. F. e C. B. N. de O. tenham, os dois primeiros, permanecido em silêncio na fase inquisitiva e os dois últimos não interrogados nesta fase (cf. fls. 156 e 159), em juízo enquanto A. de S. e S. N. admitiu parcialmente os fatos, aduzindo ter participado da prática do crime de roubo na companhia de suspeitos não identificados, tendo ainda assumido a propriedade das armas de fogo apreendidas, por outro lado negou a prática do delito de corrupção ativa, isentando o corréu C. B. N. de O. de participação no crime da Lei de Armas, fato por este confirmado, pois aduziu ter guardado uma bolsa a pedido de A. de S. e S. N., desconhecendo o seu conteúdo (cf. fls. 1289/1291); I. R. A. não se apresentou em juízo para seu interrogatório, sendo declarada sua revelia (cf. fls. 587/588), enquanto S. B. F., simplesmente negou as acusações a si irrogadas, sob o fundamento de não entender a motivação de sua inculpação (cf. fls. 1289/1291). Ressalta-se, entretanto, que suas versões judiciais foram amplamente afastadas pelas incisivas e coerentes palavras das vítimas, as quais, sempre que ouvidas, descreveram o meio e modo como o delito patrimonial violento se desenvolveu, em que A. de S. e S. N. e S. B. F., conluiados a terceiro indivíduo não identificado, ostentaram uma arma de fogo, ameaçando-os para que colocassem os aparelhos de telefonia celular e alguns tablets de propriedade da loja em que trabalhavam no interior de uma bolsa, deixando, em seguida, o local dos fatos. Eles confirmaram que A. de S. e S. N. fora o responsável pelo emprego do revólver, enquanto o assaltante não identificado vigiava os ofendidos, permanecendo S. B. F. do lado de fora do shopping dando cobertura aos demais roubadores. As vítimas reconheceram estes dois acusados (A. de S. e S. N. e S. B. F.) por meio de fotografias na fase inquisitiva e elas confirmaram que toda a ação criminosa durou entre cinco a dez minutos (cf. fls. 20, 24/25, 28, 846/850 e 1289/1291). No mesmo sentido, há as declarações dos policiais civis e delegado de polícia que, após serem notificados da ocorrência do delito, com base nos reconhecimentos das vítimas e informações angariadas junto a shoppings que teriam sofrido assaltos semelhantes, conseguiram identificar os corréus A. de S. e S. N. e S. B. F., os quais passaram a ser monitorados por intermédio de suas redes sociais, ocasião em que os agentes públicos conseguiram identificar os números de seus aparelhos de telefonia celular, o que deu ensejo a pedido de quebra de sigilo telefônico e deferimento de escutas. Afirmaram, ainda, que pelas escutas telefônicas descobriram que estes acusados teriam participado de um roubo muito semelhante ao descrito nos autos na cidade de Jundiaí/SP e tendo em vista a repercussão do caso na mídia, teriam encerrado suas redes sociais e se desfeito de suas linhas de telefonia celular, mas como conheciam suas rotinas, era sabido que eles frequentavam uma igreja no bairro da Lapa na cidade de São Paulo todas as quintas-feiras no período da noite, razão pela qual para lá se dirigiram e ali surpreenderam A. de S. e S. N. na companhia de I. enquanto o

assaltante não identificado vigiava os ofendidos, permanecendo S. B. F. do lado de fora do shopping dando cobertura aos demais roubadores. As vítimas reconheceram estes dois acusados (A. de S. e S. N. e S. B. F.) por meio de fotografias na fase inquisitiva e elas confirmaram que toda a ação criminosa durou entre cinco a dez minutos (cf. fls. 20, 24/25, 28, 846/850 e 1289/1291). No mesmo sentido, há as declarações dos policiais civis e delegado de polícia que, após serem notificados da ocorrência do delito, com base nos reconhecimentos das vítimas e informações angariadas junto a shoppings que teriam sofrido assaltos semelhantes, conseguiram identificar os corréus A. de S. e S. N. e S. B. F., os quais passaram a ser monitorados por intermédio de suas redes sociais, ocasião em que os agentes públicos conseguiram identificar os números de seus aparelhos de telefonia celular, o que deu ensejo a pedido de quebra de sigilo telefônico e deferimento de escutas. Afirmaram, ainda, que pelas escutas telefônicas descobriram que estes acusados teriam participado de um roubo muito semelhante ao descrito nos autos na cidade de Jundiaí/SP e tendo em vista a repercussão do caso na mídia, teriam encerrado suas redes sociais e se desfeito de suas linhas de telefonia celular, mas como conheciam suas rotinas, era sabido que eles frequentavam uma igreja no bairro da Lapa na cidade de São Paulo todas as quintas-feiras no período da noite, razão pela qual para lá se dirigiram e ali surpreenderam A. de S. e S. N. na companhia de I R. A., os quais, informalmente, teriam admitido suas participações no roubo descrito nos autos, além de tantos outros semelhantes cometidos em diversas cidades do Estado de São Paulo. Alegaram, então, que estes ofereceram um veículo VW/Tiguan, uma motocicleta, marca Honda, CBR-600, além de um automóvel LandRover/Evoque, determinada quantia em dinheiro e armas de fogo para libertá-los, oferta a princípio aceita pelos policiais. Observaram, então, que após se dirigirem à residência de A. de S. e S. N. onde encontraram o automóvel Tiguan e a motocicleta, dirigiram-se à residência de C. B. N. de O., que seria responsável pela guarda de objetos para os roubadores, e ali receberam das mãos deste recorrente a quantia em dinheiro de R\$ 7.400,00, além de duas armas de fogo devidamente municiadas, momento em que lhes deram voz de prisão (cf. fls. 846/850, 894, 896 e 898). Assim, as seguras declarações das vítimas em absoluto compasso com as versões dos policiais civis, aliadas aos procedimentos de quebra dos sigilos telefônico e telemático dos aparelhos celulares dos apelantes e a prisão em flagrante de dois deles, demonstram que, de fato, os recorrentes perpetraram os delitos de roubo duplamente agravado descrito nos autos, quadrilha armada, corrupção ativa e posse ilegal de arma de fogo com numeração suprimida".

Assim prescreve o art. 226 do Código de Processo Penal:

"Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma: I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

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

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

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

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

Esta Corte Superior, inicialmente, entendia que "a validade do reconhecimento do autor de infração não está obrigatoriamente vinculada à regra contida no art. 226 do Código de Processo Penal, porquanto tal dispositivo veicula meras recomendações à realização do procedimento, mormente na hipótese em que a condenação se amparou em outras provas colhidas sob o crivo do contraditório" (AgRg no HC 629.864/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/03/2021, DJe 05/03/2021).

Todavia, no julgamento do HC 598.886/SC, a interpretação acima foi revista pela Sexta Turma, tendo o colegiado passado a reconhecer, doravante, a invalidade de qualquer reconhecimento formal – pessoal ou fotográfico – que não siga estritamente o que determina o art. 226 do CPP, sob pena de continuar-se a gerar uma instabilidade e insegurança de sentenças judiciais que, sob o pretexto de que outras provas produzidas em apoio a tal ato – todas, porém, derivadas de um reconhecimento desconforme ao modelo normativo – a condenam os réus, malgrado a presença de concreto risco de graves erros judiciários.

Eis a ementa do julgado:

"*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 judiciários de efeitos deletérios e muitas vezes irreversíveis.3. O reconhecimento de pessoas deve, portanto, observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se vê na condição de suspeito da prática de um crime, não se tratando, como se tem compreendido, de "mera recomendação" do legislador. Em verdade, a inobservância de tal procedimento enseja a nulidade da prova e, portanto, não pode servir de lastro para sua condenação, ainda que confirmado, em juízo, o ato realizado na fase inquisitorial, a menos que outras provas, por si mesmas, conduzam o magistrado a convencer-se acerca da autoria delitiva. Nada obsta, ressalve-se, que o juiz realize, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório.4. O reconhecimento de pessoa por meio fotográfico é ainda mais problemático, máxime quando se realiza por simples exibição ao reconhecedor de fotos do conjecturado suspeito extraídas de álbuns policiais ou de redes sociais, já previamente selecionadas pela autoridade policial. E, mesmo quando se procura seguir, com adaptações, o procedimento indicado no Código de Processo Penal para o reconhecimento presencial, não há como ignorar que o caráter estático, a qualidade da foto, a ausência de expressões e trejeitos corporais e a quase sempre visualização apenas do busto do suspeito podem comprometer a idoneidade e a confiabilidade do ato.5. De todo urgente, portanto, que se adote um novo rumo na compreensão dos Tribunais acerca das conseqüências da atipicidade procedimental do ato de

reconhecimento formal de pessoas; não se pode mais referendar a jurisprudência que afirma se tratar de mera recomendação do legislador, o que acaba por permitir a perpetuação desse foco de erros judiciais e, conseqüentemente, de graves injustiças.⁶ É de se exigir que as polícias judiciárias (civis e federal) realizem sua função investigativa comprometidas com o absoluto respeito às formalidades desse meio de prova. E ao Ministério Público cumpre o papel de fiscalizar a correta aplicação da lei penal, por ser órgão de controle externo da atividade policial e por sua ínsita função de custos legis, que deflui do desenho constitucional de suas missões, com destaque para a "defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (art. 127, caput, da Constituição da República), bem assim da sua específica função de "zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos [inclusive, é claro, dos que ele próprio exerce] [...] promovendo as medidas necessárias a sua garantia" (art. 129, II).⁷ Na espécie, o reconhecimento do primeiro paciente se deu por meio fotográfico e não seguiu minimamente o roteiro normativo previsto no Código de Processo Penal. Não houve prévia descrição da pessoa a ser reconhecida e não se exibiram outras fotografias de possíveis suspeitos; ao contrário, escolheu a autoridade policial fotos de um suspeito que já cometera outros crimes, mas que absolutamente nada indicava, até então, ter qualquer ligação com o roubo investigado.⁸ Sob a égide de um processo penal comprometido com os direitos e os valores positivados na Constituição da República, busca-se uma verdade processual em que a reconstrução histórica dos fatos objeto do juízo se vincula a regras precisas, que assegurem às partes um maior controle sobre a atividade jurisdicional; uma verdade, portanto, obtida de modo "processualmente admissível e válido" (Figueiredo Dias).⁹ O primeiro paciente foi reconhecido por fotografia, sem nenhuma observância do procedimento legal, e não houve nenhuma outra prova produzida em seu desfavor. Ademais, as falhas e as inconsistências do suposto reconhecimento - sua altura é de 1,95m e todos disseram que ele teria por volta de 1,70m; 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 conseqüente absolvição, ante a inexistência, como se deflui da sentença, de qualquer outra prova independente e idônea a formar o convencimento judicial sobre a autoria do crime de roubo que lhe foi imputado.¹¹ Quanto ao segundo paciente, teria, quando muito - conforme reconheceu o Magistrado sentenciante - emprestado o veículo usado pelos assaltantes para chegarem ao restaurante e fugirem do local do delito na posse dos objetos roubados, conduta que não pode ser tida como determinante para a prática do delito, até porque não se logrou demonstrar se efetivamente houve tal empréstimo do automóvel com a prévia ciência de seu uso ilícito por parte da dupla que cometeu o roubo. É de se lhe reconhecer, assim, a causa geral de diminuição de pena prevista no art. 29, § 1º, do Código Penal (participação de menor importância).¹² Conclusões: 1) O reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime; 2) À vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo; 3) Pode o magistrado realizar, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório, bem como pode ele se convencer da

autoria delitiva a partir do exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento;4) O reconhecimento do suspeito por simples exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo.13. Ordem concedida, para: a) com fundamento no art. 386, VII, do CPP, absolver o paciente Vânio da Silva Gazola em relação à prática do delito objeto do Processo n. 0001199-22.2019.8.24.0075, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Tubarão - SC, ratificada a liminar anteriormente deferida, para determinar a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso; b) reconhecer a causa geral de diminuição relativa à participação de menor importância no tocante ao paciente Igor Tártari Felácio, aplicá-la no patamar de 1/6 e, por conseguinte, reduzir a sua reprimenda para 4 anos, 5 meses e 9 dias de reclusão e pagamento de 10 dias-multa.

Dê-se ciência da decisão aos Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais, bem como ao Ministro da Justiça e Segurança Pública e aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, encarecendo a estes últimos que façam conhecer da decisão os responsáveis por cada unidade policial de investigação. (HC 598.886/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2020, DJe 18/12/2020).

Com efeito, o acórdão paradigma traz, pois, *ratio decidendi* no seguinte sentido: I) 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; II) 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; III) pode o magistrado realizar, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório, podendo 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; IV) O reconhecimento do suspeito por mera 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.

Em seguida, ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça alinharam a compreensão 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" (HC 652.284/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/04/2021, DJe 03/05/2021).

No caso dos autos, a suposta autoria delitiva não tem como único elemento de prova o reconhecimento fotográfico, o que demonstra haver um *distinguishing* em relação ao acórdão paradigma da alteração jurisprudencial. Com efeito, a autoria resta fartamente demonstrada por diversas provas, tais como as seguras declarações das vítimas em absoluto compasso com as versões dos policiais civis, aliadas aos procedimentos de quebra dos sigilos telefônico e telemático dos aparelhos celulares dos agentes e a prisão em flagrante de dois deles, que demonstram que, de fato, que o ora agravante paciente perpetrou os delitos descritos nos autos.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. CRIME DE ROUBO MAJORADO. PROVA DE AUTORIA. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. NULIDADE. AUTORIA CORROBORADA POR OUTRAS PROVAS COLHIDAS

EM JUÍZO. RECONHECIMENTO DA VÍTIMA E PROVA TESTEMUNHAL. DOSIMETRIA DA PENA. MATÉRIA NÃO EXAMINADA NA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.1. Como é de conhecimento, a Sexta Turma desta Corte Superior, no julgamento do HC 598.886 (Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, D Je de 18/12/2020, propôs nova interpretação do art. 226 do CPP, estabelecendo 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". Tal entendimento foi acolhido pela Quinta Turma desta Corte, no julgamento do Habeas Corpus n. 652.284/SC, de minha relatoria, em sessão de julgamento realizada no dia 27/4/2021.2. Na hipótese dos autos, a autoria delitiva referente ao crime de roubo não teve como único elemento de prova o reconhecimento fotográfico feito pela vítima, o qual foi ratificado em juízo, com riqueza de detalhes, mas, também, o depoimento testemunhal, o que gera distinguishing com relação ao precedente supramencionado.3. Eventual desconstituição das conclusões das instâncias antecedentes a respeito da autoria delitiva depende de reexame de fatos e provas, providência inviável na estreita via do habeas corpus.4. Quanto à dosimetria da pena, a Corte de origem não examinou a questão, o que impede este Superior Tribunal de Justiça de julgar o tema, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes.5. Agravo regimental a que se nega provimento.(AgRg no HC n. 717.803/RJ, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 9/8/2022, DJe de 16/8/2022.)

Por outro lado, o acórdão do Tribunal de origem está em conformidade com a jurisprudência desta Corte Superior, segundo a qual, "a configuração do crime do art. 244-B do ECA independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal" (Súmula 500 do STJ, Terceira Seção, DJe 28/10/2013), bastando a comprovação da participação de menor de 18 anos no delito e na companhia de agente imputável, sendo irrelevante o fato de o adolescente já estar corrompido.

Quanto à dosimetria, está inscrito na sentença:

"Na primeira fase do cálculo, tem-se que as condições previstas no artigo 59 do Código Penal são graves e desfavoráveis aos réus. Realmente, devem ser consideradas as circunstâncias dos crimes, a demonstrarem ousadia, planejamento, divisão de tarefas, intensidade dolosa em grau elevado. Deve-se, ainda, considerar que houve a subtração de bens de valor total bastante considerável, no interior de estabelecimento comercial, à luz do dia, a demonstrar destemor dos agentes e certeza da impunidade. E, há de se considerar, ainda, o fato de os réus, mesmo subtraindo bens apenas da empresa, terem abordado e subjugado diversos funcionários da empresa. Todas essas são circunstâncias fáticas e de personalidade dos réus que impõem maior rigor na punição.

Também no cálculo da pena a ser imposta pelo crime de associação criminosa, devem ser consideradas as circunstâncias fáticas dos crimes planejados pelo grupo, crimes esses graves pelas circunstâncias acima narradas, tudo previamente arquitetado.

Essas circunstâncias devem ser consideradas em relação a todos os acusados.[...]O réu SILVIO, por sua vez, possui condenação definitiva anterior justamente por crime de roubo, que será analisada na segunda fase do cálculo da pena. Além disso, responde a outros processos por crimes patrimoniais, a demonstrar que decidiu fazer do crime seu verdadeiro meio de vida.

Diante de todas as circunstâncias, observados os critérios estabelecidos no artigo 59 do Código Penal, sopesados os patamares mínimo e máximo previstos nos tipos

penais infringidos, fixo, pela prática do roubo, a pena-base em seis anos de reclusão, e quinze dias-multa, metade acima da mínima prevista, por considerar que qualquer pena inferior a essa como base seria desproporcional às circunstâncias apreciadas e inobservância ao princípio da individualização das penas, que, nesta primeira fase, deve se pautar na análise criteriosa das condições previstas no artigo 59 do Código Penal.

Quanto à pena pelo cometimento do crime de associação, pelos mesmos fundamentos já apresentados, da mesma forma será fixada metade acima do piso legal, em dois anos de reclusão, para ambos.

Não se trata de um roubo comum, de improviso, que requer a fixação de pena mínima por serem as circunstâncias as normais previstas no tipo penal. Não é esse o caso.

Impõe-se acabar com a banalização das penas mínimas neste País, sem a necessária e legal consideração de todas as circunstâncias fáticas de cada caso concreto.

Quanto ao crime previsto no artigo 16, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 10.826/03, entendo que as circunstâncias dos fatos aqui apurados denotam um elevado grau de culpabilidade.

Realmente, as armas de fogo estavam inteiramente municiadas, como restou esclarecido pela prova oral e auto de exibição e apreensão, bem como laudo pericial, o que confere à conduta maior periculosidade e gravidade, já que quem porta arma de fogo nessas circunstâncias assume o risco de eventualmente dela fazer uso e cometer crime de muito maior lesividade social, circunstância que não pode ser ignorada. Ainda, deve-se atentar para as características e quantidade das armas apreendidas.

Desse modo, absolutamente nada justifica a fixação de pena próxima da mínima prevista.

Observadas as condições judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, fixo a pena-base em cinco anos de reclusão, e dezesseis dias multa, para o acusado ARLINDO, sopesados os patamares mínimo e máximo previstos, e consideradas as graves circunstâncias e condições pessoais analisadas.[...]Por outro lado, quanto ao réu SILVIO, presente a agravante da reincidência, tendo em vista possuir condenação definitiva anterior por crime de roubo, com trânsito em julgado em 12/07/2016, conforme certidão de fls. 735. Assim, aumento as suas penas na fração de 1/6, passando-as para: dois anos e quatro meses de reclusão pelo crime de associação criminosa; e sete anos e dezessete dias-multa pelo crime de roubo.

Na terceira fase do cálculo presentes as três causas de aumento de pena apontadas na denúncia, impõe-se aumentar as penas dos réus ARLINDO e SILVIO, pelo crime de roubo, por cada uma dessas circunstâncias.

O parágrafo segundo do artigo 157 estabelece aumento de pena de 1/3 a metade quando verificada alguma ou algumas das circunstâncias ali enumeradas, entre elas o concurso de agentes e restrição da liberdade das vítimas. O parágrafo 2º-A do mesmo dispositivo legal, inserido pela Lei nº 13.654/2018, estabelece aumento fixo na fração de 2/3, em decorrência das gravíssimas circunstâncias ali enumeradas.

No caso em tela, presente duas das causas de aumento previstas no dispositivo originário, as penas sofrerão, por essas circunstâncias, o aumento correspondente a 3/8 das penas calculadas na segunda fase".

A Corte de origem, no bojo do acórdão proferido no julgamento do apelo defensivo, considerou:

"No que se refere às penas, há reparos a proceder em relação ao alguns dos réus.

Ab initio, em conformidade com os requisitos do artigo 59 do Código Penal, aquelas impostas a A. de S. e S. N. e S. B. F. foram inicialmente fixadas acima dos mínimos legais no patamar de metade (1/2), em relação aos crimes roubo e quadrilha, tendo

em vista a ousadia destes agentes em abordar e render diversas vítimas em plena luz do dia no interior de um shopping center, bem como o elevado prejuízo causado à empresa vítima (cerca de 80 celulares novos e 04 tablets), produtos eletrônicos de substancial valor econômico, além das circunstâncias judiciais desfavoráveis a A. de S. e S. N., por processos e inquéritos em andamento pela prática de outros roubos, além de uma condenação posterior aos fatos pela prática de outro violento, aspectos que bem justificam a exasperação de suas penas no percentual de metade pela prática dos crimes de roubo e quadrilha. De igual modo, as sanções impostas a A. de S. e S. N. pela prática dos crimes de corrupção ativa e posse ilegal de arma de fogo devem observar o mesmo critério de aumento no percentual de metade (1/2), embora o Juízo a quo tenha imposto aumento acima deste patamar em relação ao delito da Lei de Armas, o que justifica a sensível redução das sanções deste crime para os novos patamares de quatro (04) anos e seis (06) meses de reclusão e quinze (15) dias-multa, mantidas inalteradas as penas pela prática do crime de corrupção ativa. Na segunda fase da dosimetria, enquanto as penas de A. de S. e S. N. em relação aos quatro crimes a si irrogados permaneceram inalteradas, ante a ausência de agravantes e atenuantes genéricas (não há que se falem confissão espontânea, já que a admissão de culpa fora apenas parcial), aquelas impostas a S. B. F. sofreram o correto incremento no percentual de um sexto (1/6), em razão de sua comprovada reincidência (cf. folhas 1243/1246). Por fim, na terceira etapa dosimétrica, as sanções do delito de roubo sofreram a adequada exasperação no percentual de três oitavos (3/8), em razão da incidência das qualificadoras do concurso de agentes e restrição da liberdade das vítimas, índice de aumento comumente utilizado por diversas câmaras desse Egrégio Tribunal, e posteriormente no percentual de dois terços (2/3), em razão da incidência da causa especial de aumento de pena do emprego de arma de fogo, exasperações cumulativas corretamente aplicadas, em razão da gravidade do caso concreto, não havendo que se falar em um único aumento, nos termos do artigo 68 do Código Penal, incidindo, por fim, o incremento no percentual de um sexto (1/6) em relação ao crime de quadrilha, em razão de se tratar do tipo armada, não merecendo, pois, qualquer reparo. Assim, as sanções impostas a S. B. F. permanecem inalteradas, devendo apenas ser parcialmente adequadas aquelas impostas a A. de S. e S. N. pela prática do crime de Lei de Armas".

De fato, o crime de roubo apresentou circunstâncias que fogem à normalidade dessa infração penal, tendo sido bem ponderadas na condenação "... a ousadia destes agentes em abordar e render diversas vítimas em plena luz do dia no interior de um shopping center, bem como o elevado prejuízo causado à empresa vítima (cerca de 80 celulares novos e 04 tablets), produtos eletrônicos de substancial valor econômico".

Com efeito, resta motivada a valoração negativa dos vetores circunstâncias e consequências do delito. Além disso, a premeditação do crime é fundamento idôneo para justificar a majoração da pena pela culpabilidade do réu, porquanto o fato de ter premeditado o crime desborda do tipo penal.

Porém, nos termos da Súmula 444 do STJ 'É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base.' Nesse passo, a existência de processos em curso não permite a valoração negativa da personalidade do agente" (AgRg no HC n. 462.299/PE, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 20/4/2021, DJe 26/4/2021).

Nesse passo, deve ser afastada a valoração negativa dos processos em andamento na dosagem das penas do três delitos, sendo, porém, descabido falar em redução da pena-base ao mínimo legal.

Por fim, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e desta Corte é no sentido de que o art. 68, parágrafo único, do Código Penal, não exige que o juiz aplique uma única causa de aumento referente à parte especial do CP, quando estiver diante de concurso de majorantes, mas que sempre justifique a escolha da fração imposta.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE. CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTUM DE EXASPERAÇÃO. DISCRICIONARIEDADE. AUMENTO SUCESSIVO PELAS MAJORANTES. POSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.1. A culpabilidade dos agentes foi considerada desfavorável por meio de fundamentos concretos. No caso, os réus cometeram o novo crime enquanto cumpriam pena em regime aberto por outros delitos, o que aumenta a reprovabilidade da conduta.2. A jurisprudência deste Tribunal Superior é firme em garantir a discricionariedade do julgador, sem a fixação de critério aritmético, na escolha da sanção a ser estabelecida na primeira etapa da dosimetria. Assim, o magistrado, dentro do seu livre convencimento motivado e de acordo com as peculiaridades do caso concreto, decidirá o índice de exasperação da pena-base, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.3. Uma vez que foram apontados argumentos concretos e idôneos dos autos para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, com fundamento na culpabilidade, não há como esta Corte simplesmente se imiscuir no juízo de proporcionalidade feito pela instância de origem para reduzir a reprimenda-base estabelecida ao acusado.4. O art. 68, parágrafo único, do Código Penal visa garantir ao condenado a aplicação individualizada da pena, de forma proporcional e razoável. Exige-se, para o aumento cumulativo, fundamentação concreta e idônea, nos termos do art. 93, IX, da Constituição Federal e da Súmula 443 do STJ, situação ocorrida nos autos.5. Agravo regimental não provido.(AgRg no HC n. 839.005/PE, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 12/12/2023, DJe de 20/12/2023.)

No caso, o Juízo processante não declinou motivação concreta ao aplicar cumulativamente os aumentos pelas três majorantes do crime de roubo, devendo, portanto, ser limitado o incremento a 2/3.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

AgRg no AgRg no HC 862.570 / SP
PROCESSO ELETRÔNICO
MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2023/0379281-0

Número de Origem:

15055435320198260224 20599822019

Sessão Virtual de 27/08/2024 a 02/09/2024

Relator do AgRg no AgRg

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

FELIPE DE CASTRO BUSNELLO - DEFENSOR PÚBLICO - SP324728

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : SILVIO BERTACCHI FILHO (PRESO)

CORRÉU : ISMAEL RODRIGUES AIRES

CORRÉU : ARLINDO DE SOUZA E SILVA NETO

CORRÉU : CASSIO BARBOSA NUNES DE OLIVEIRA

INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO : DIREITO PENAL - CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO - ROUBO
MAJORADO

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : SILVIO BERTACCHI FILHO (PRESO)

ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

FELIPE DE CASTRO BUSNELLO - DEFENSOR PÚBLICO - SP324728

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

TERMO

A QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 27/08/2024 a 02/09/2024, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 02 de setembro de 2024