



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 907929 - SP (2024/0141658-9)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : JONATHAN MARTINS DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO : REINALDS KLEMPES MARTINS BEZERRA - SP392722
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 *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ABSOLVIÇÃO. OFENSA AO ART. 226 DO CPP. *DISTINGUISHING*. PRESENÇA DE PROVAS PARA MANTENÇA DA CONDENAÇÃO DO RÉU. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. MOTIVAÇÃO CONCRETA DECLINADA. REINCIDÊNCIA MANTIDA. MAJORANTE DO CONCURSO DE AGENTES. INCREMENTO DE 1/3. REGIME PRISIONAL DIVERSO INCABÍVEL. AGRAVO DESPROVIDO.

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

2. No caso dos autos, a autoria delitiva não tem, como único elemento de prova, o reconhecimento fotográfico realizado extrajudicialmente, o que demonstra haver um *distinguishing* em relação ao acórdão paradigma da alteração jurisprudencial, considerando os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão do acusado dentro do veículo empregado na prática delitiva e o fato dele ter confessado informalmente o crime, o que demonstra a existência de um contexto probatório apto a justificar a manutenção da condenação do réu.

3. A individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados na lei, sendo, contudo, permitido ao julgador atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, às Cortes Superiores é possível, apenas, o controle da legalidade e da constitucionalidade na dosimetria.

4. Para fins do art. 59 do Código Penal, as circunstâncias do crime devem ser entendidas como os aspectos objetivos e subjetivos de natureza accidental que envolvem o fato delituoso. *In casu*, o decreto condenatório demonstrou que o *modus operandi* do delito revela gravidade concreta superior à ínsita aos crimes de roubo, pois houve invasão domiciliar e arrombamento do apartamento do ofendido, além do emprego de arma branca, restando, assim,

motivada a elevação da básica.

5. Se as instâncias ordinárias reconheceram a presença de condenação transitada em julgado configuradora da recidiva, sem que tenha a defesa logrado comprovar sua alegação, deve ser mantida a incidência da agravante. Maiores incursões sobre o tema, além disso, demandariam revolvimento de prova, o que não se coaduna com a via eleita.

6. No caso dos autos, a autoria delitiva não tem, como único elemento de prova, o reconhecimento fotográfico realizado extrajudicialmente, o que demonstra haver um *distinguishing* em relação ao acórdão paradigma da alteração jurisprudencial, considerando os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão dos acusado dentro do veículo empregado na prática delitiva e o fato dele ter confessado informalmente a autoria delitiva, o que demonstra a existência de um contexto probatório apto a justificar a manutenção da condenação do réu.

7. Descabe falar em excesso na elevação da reprimenda em 1/3 pela majorante do concurso de agente, pois tal fração corresponde ao patamar mínimo estabelecido no Código Penal.

8. Embora a reprimenda corporal tenha sido estabelecida em patamar inferior a 8 anos de reclusão, o regime inicial fechado encontra-se justificado, uma vez que além da reincidência, houve a consideração de circunstância judicial negativa para a exasperação da pena-base, não havendo falar, portanto, em afronta ao enunciado n. 269/STJ.

9. Agravo 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 11/06/2024 a 17/06/2024, 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, 17 de junho de 2024.

Ministro Ribeiro Dantas
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 907929 - SP (2024/0141658-9)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : JONATHAN MARTINS DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO : REINALDS KLEMPES MARTINS BEZERRA - SP392722
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 *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ABSOLVIÇÃO. OFENSA AO ART. 226 DO CPP. *DISTINGUISHING*. PRESENÇA DE PROVAS PARA MANTENÇA DA CONDENAÇÃO DO RÉU. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. MOTIVAÇÃO CONCRETA DECLINADA. REINCIDÊNCIA MANTIDA. MAJORANTE DO CONCURSO DE AGENTES. INCREMENTO DE 1/3. REGIME PRISIONAL DIVERSO INCABÍVEL. AGRAVO DESPROVIDO.

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

2. No caso dos autos, a autoria delitiva não tem, como único elemento de prova, o reconhecimento fotográfico realizado extrajudicialmente, o que demonstra haver um *distinguishing* em relação ao acórdão paradigma da alteração jurisprudencial, considerando os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão dos acusado dentro do veículo empregado na prática delitiva e o fato dele ter confessado informalmente o crime, o que demonstra a existência de um contexto probatório apto a justificar a manutenção da condenação do réu.

3. A individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados na lei, sendo, contudo, permitido ao julgador atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, às Cortes Superiores é possível, apenas, o controle da legalidade e da constitucionalidade na dosimetria.

4. Para fins do art. 59 do Código Penal, as circunstâncias do crime devem ser entendidas como os aspectos objetivos e subjetivos de natureza accidental que envolvem o fato delituoso. *In casu*, o decreto condenatório demonstrou que o *modus operandi* do delito revela gravidade concreta superior à ínsita aos crimes de roubo, pois houve invasão domiciliar e arrombamento do apartamento do ofendido, além do emprego de arma branca, restando, assim,

motivada a elevação da básica.

5. Se as instâncias ordinárias reconheceram a presença de condenação transitada em julgado configuradora da recidiva, sem que tenha a defesa logrado comprovar sua alegação, deve ser mantida a incidência da agravante. Maiores incursões sobre o tema, além disso, demandariam revolvimento de prova, o que não se coaduna com a via eleita.

6. No caso dos autos, a autoria delitiva não tem, como único elemento de prova, o reconhecimento fotográfico realizado extrajudicialmente, o que demonstra haver um *distinguishing* em relação ao acórdão paradigma da alteração jurisprudencial, considerando os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão dos acusado dentro do veículo empregado na prática delitiva e o fato dele ter confessado informalmente a autoria delitiva, o que demonstra a existência de um contexto probatório apto a justificar a manutenção da condenação do réu.

7. Descabe falar em excesso na elevação da reprimenda em 1/3 pela majorante do concurso de agente, pois tal fração corresponde ao patamar mínimo estabelecido no Código Penal.

8. Embora a reprimenda corporal tenha sido estabelecida em patamar inferior a 8 anos de reclusão, o regime inicial fechado encontra-se justificado, uma vez que além da reincidência, houve a consideração de circunstância judicial negativa para a exasperação da pena-base, não havendo falar, portanto, em afronta ao enunciado n. 269/STJ.

9. Agravo desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por **JONATHAN MARTINS DA SILVA** contra a decisão que não conheceu do *writ*, ficando mantida a sua condenação e a dosimetria da pena a ele imposta (e-STJ, fls. 130-140).

Em razões, a defesa reitera que o acórdão proferido pela Corte de origem contrariou o art. 226, do Código de Processo Penal, inexistindo prova de autoria delitiva, o que impõe a absolvição do réu.

Alega, ainda, que deve ser revista a dosimetria da pena, a fim de reduzir a pena-base ao patamar mínimo, e rever as majorações, em especial na terceira fase da dosimetria.

Afirma que a recidiva não restou comprovada, devendo ser estabelecido regime menos severo para o início do desconto da reprimenda.

Pugna, assim, pelo provimento do agravo a fim de conceder a ordem, nos termos da impetração, para absolver o ora agravante ou rever a pena a ele estabelecida.

É o relatório.

VOTO

Razão não assiste ao agravante.

Como reconhecido na decisão ora impugnado, 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:

"O reconhecimento dos réus, da forma como realizado na Delegacia, assim predica a jurisprudência, não conduz à nulidade do feito, uma vez que, além de o édito condenatório não ter apenas resultado dessa prova, mas sim do conjunto probatório produzido sob o crivo do contraditório, ainda consta dos autos (fls. 25/26) que, quando do reconhecimento, ao lado dos réus, tínhamos mais outros indivíduos, na esteira do quanto dispõe o art. 226 do CPP.

Não obstante, também se mostra relevante destacar, o dispositivo em comento não contém mandamento absoluto, cogente e incontornável, servindo, cf. o direito pretoriano, de orientação às Autoridades estatais, vide julgados do Col. STF: HC 102.603, rel. Min. Ayres Britto; HC 77.246, rel. designado Min. Mauricio Corrêa; HC 73.839, rel. Min. Carlos Velloso; HC 69.879, rel. Min. Paulo Brossard.

Por sinal, também o e. STJ firmou convencimento no sentido de que eventual desatendimento da fórmula em questão não extrapola simples irregularidade processual (AgRg no REsp 1808455/SP, j. em 12.11.2019; HC 474655/PR, j. 21.5.2019).

Por tal razão, pois, a matéria preliminar é superada.-3-Observo que a defesa do sentenciado Airton postula a inocência do acusado quanto ao crime de associação criminosa, pleito este, todavia, que carece de interesse recursal, porquanto deu-se, na origem, da absolvição do irrogado acerca daquela imputação.-4-Nem convence a alegação de fragilidade probatória.- O ameahado para os autos comprova é suficiente para comprovar a responsabilidade dos apelantes.

O ofendido A., proprietário da 'res substracta', não presenciou a ação, posto que ausente do imóvel quando do fato.

A vítima Diego também não visualizou os rostos dos agentes, porquanto passava pela portaria quando foi rendido e obrigado a permanecer deitado no solo.

No entanto, o porteiro do edifício onde a subtração ocorreu, A., quando ouvido na fase inquisitiva, reconheceu os réus, assegurando que eles estariam em um veículo, na parte externa do imóvel, sendo que, ao não ser autorizada a saída dos comparsas, procederam o arrombamento do portão de sorte a lhes permitir a fuga.

Em Juízo, o ofendido confirmou a narrativa externada na etapa policial, deixando, porém, de ratificar o reconhecimento pessoal, em razão do lapso temporal e do trauma por ele vivenciado, o que, consoante dispõe os arts. 3º do Cód. de Processo Penal e 375, do Cód. de Processo Civil, é até tolerável e admissível, para o que invoco regras de experiência. Medo é uma realidade, quanto mais nos dias de hoje e tendo, nos autos e na memória dos increpados, o local onde pode ser achado.

Com o devido respeito, não se há de desconsiderar as palavras daquela fonte, porquanto as suas assertivas, pelo mais coligido, gozam da presunção da veracidade e adotam papel preponderante, tomando especial relevância no deslinde da controvérsia, merecendo, portanto, total crédito.

Além disso, o reconhecimento à época dos fatos, no distrito, foi feito de forma segura e, apesar de explicado em Juízo, a minudência em tela não afasta a validade do reconhecimento efetuado no início da persecução penal, três dias após o episódio fático.

Tampouco o faz ser valorado com reserva.

Nem podemos olvidar o transcurso de cerca de um ano e oito meses entre a data dos fatos e a audiência de instrução. A memória fotográfica é um atributo pessoal e excepcional, explicável pelo atraso a perda, pelo normal dos cidadãos, dos dados mentais acerca dos traços faciais dos suspeitos.

Inclusive, a pessoa em questão acabou sendo transferida para outro local de trabalho.

Pese tudo isso, certo também existirem outros elementos nos autos que indicam o envolvimento dos recorrentes na empreitada criminoso.

Os policiais corroboraram a versão acusatória, assinalando que os increpados foram detidos no interior do automóvel utilizado na prática delitiva, dois dias após o crime, oportunidade em que Jonathan admitiu informalmente a prática delitiva.

Na ocasião, também houve a apreensão de quantia em dinheiro em poder de Airton, cuja origem não foi devidamente explicada convincentemente.

Os agentes públicos ainda confirmaram o reconhecimento pessoal efetuado em sede inquisitiva e elucidaram que os réus já haviam sido detidos noutra oportunidade pela prática de crime parecido. Com efeito, observa-se que o depoimento de A., assim como o reconhecimento efetuado na fase inquisitiva, estão em consonância com a prova produzida em audiência, de sorte que o ali apontado serve sim de indicador de culpa, uma vez que o coligido se acha em sintonia ao quanto posto no art. 155 do Cód. de Processo Penal e mesmo com a jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, confira-se neste sentido com as leituras do AgRg no HC 497112/SP, j. em 3.9.2019 e do AgInt no HC 520062/ES, j. em 20.8.2019.

Tolerável a utilização das provas colhidas na fase do inquérito policial, desde que verificado que a condenação se baseia em depoimentos de testemunhas colhidos em juízo, sob o crivo contraditório, como ocorreu no caso em comento, não havendo, pois, violação ao quanto disposto no art. 155 do Cód. de Processo Penal.

E as negativas dos réus remanesceram isoladas.

Segundo ensina Fernando da Costa Tourinho Filho, sobre o ônus da prova, “(...) A regra concernente ao 'onus probandi', ao encargo de provar, é regida pelo princípio 'actori incumbit probatio', vale dizer, deve incumbir-se da prova o autor da tese

levantada. (...) Se alegar e não provar, a decepção também será sua (...)” (in'Código de Processo Penal Comentado. v. 1, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 356).

Sequer passou despercebido que Airton, na fase policial, optou por permanecer em silêncio, sabendo-se que, quem é inocente, desde logo vocifera, berrassem escrúpulos a temeridade da increpação, cf. lição do Des. DAMIÃO COGAN, deste Tribunal de Justiça, encontrável no recurso de Apel. Criminal349.756-3/6-00, Guarulhos, 5ª Câmara de Direito Criminal, j. 7.2.2002" (e-STJ, fls. 56-60).

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

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

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

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

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

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

Parágrafo único. O disposto no 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.

Nesse sentido, confira-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 consequências 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 consequente absolvição, ante a inexistência, como se deflui da sentença, de qualquer outra prova independente e idônea a formar o convencimento judicial sobre a autoria do crime de roubo que lhe foi imputado.¹¹ Quanto ao segundo paciente, teria, quando muito - conforme reconheceu o Magistrado sentenciante - emprestado o veículo usado pelos assaltantes para chegarem ao restaurante e fugirem do local do delito na posse dos objetos roubados, conduta que não pode ser tida como determinante para a prática do delito, até porque não se logrou demonstrar se efetivamente houve tal empréstimo do automóvel com a prévia ciência de seu uso ilícito por parte da dupla que cometeu o roubo. É de se lhe reconhecer, assim, a causa geral de diminuição de pena prevista no art. 29, § 1º, do Código Penal (participação de menor importância).¹² Conclusões:1) O reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime;2) À vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo;3) Pode o magistrado realizar, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório, bem como pode ele se convencer da autoria delitiva a partir do exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento;4) O reconhecimento do suspeito por simples exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo.¹³ Ordem concedida, para: a) com fundamento no art. 386, VII, do CPP, absolver o paciente Vânio da Silva Gazola em relação à prática do delito objeto do Processo n. 0001199-22.2019.8.24.0075, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Tubarão - SC, ratificada a liminar anteriormente deferida, para determinar a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso; b) reconhecer a causa geral de diminuição relativa à participação de menor importância no tocante ao paciente Igor Tártari Felácio, aplicá-la no patamar de 1/6 e, por conseguinte, reduzir a sua reprimenda para 4 anos, 5 meses e 9 dias de reclusão e pagamento de 10 dias-multa.

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

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 julgados recentes, ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça alinham 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 autoria delitiva não tem, como único elemento de prova, o reconhecimento fotográfico realizado extrajudicialmente, o que demonstra haver um *distinguishing* em relação ao acórdão paradigma da alteração jurisprudencial, considerando os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão dos acusado dentro do veículo empregado na prática delitiva e o fato dele ter confessado informalmente o crime, o que demonstra a existência de um contexto probatório apto a justificar a manutenção da condenação do réu.

De mais a mais, se as instâncias ordinárias, de forma motivada e com fundamento no cabedal provatório dos autos, entendeu pela autoria delitiva, a via do *writ* não se mostra adequada para infirmar tal conclusão.

Por outro lado, a individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados na lei, sendo, contudo, permitido ao julgador atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, às Cortes Superiores é possível, apenas, o controle da legalidade e da constitucionalidade na dosimetria.

Na primeira fase, a básica foi bem elevada em 1/6 em razão das circunstâncias do crime, considerando que os corréus “entraram de maneira dissimulada no condomínio, arrombaram a porta do apartamento da vítima e de lá subtraíram vários bens, somente sendo descobertos na saída, quando houve uso de violência e arma branca, para assegurar a impunidade do crime”.

Com efeito, para fins do art. 59 do Código Penal, as circunstâncias do crime devem ser entendidas como os aspectos objetivos e subjetivos de natureza accidental que envolvem o fato delituoso.

In casu, o decreto condenatório demonstrou que o *modus operandi* do delito revela gravidade concreta superior à ínsita aos crimes de roubo, pois houve invasão domiciliar e arrombamento do apartamento do ofendido, além do emprego de arma branca, restando, assim, motivada a elevação da básica.

Nesse sentido:

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. REGIME PRISIONAL FECHADO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. *MODUS OPERANDI*. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. Os fundamentos utilizados pelo decreto condenatório não podem ser tidos por genéricos e, portanto, constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), não havendo falar em violação da Súmula 440/STJ, bem como dos verbetes sumulares 718 e 719 do STF. 3. Apesar de a pena-base ter sido imposta no piso legal, o estabelecimento de regime mais severo do que o indicado pelo quantum da reprimenda baseou-se na gravidade

concreta do delito, evidenciada pelo seu *modus operandi*, já que foi praticado por dois agentes, contra quatro vítimas, com emprego de arma de fogo e invasão de residência, o que exige resposta estatal superior, dada a maior reprovabilidade da conduta, em atendimento ao princípio da individualização da pena. 4. A aplicação de pena no patamar mínimo previsto no preceito secundário na primeira fase da dosimetria não conduz, obrigatoriamente, à fixação do regime indicado pela quantidade de sanção corporal, sendo lícito ao julgador impor regime mais rigoroso do que o indicado pela regra geral do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP, desde que mediante fundamentação idônea. Precedentes. 5. *Writ* não conhecido. (HC n. 404.161/SP, de minha relatoria, Quinta Turma, julgado em 17/8/2017, DJe de 28/8/2017.)

Na fase intermediária, a defesa sustenta que não teria sido demonstrada a reincidência do agente. Com efeito, se as instâncias ordinárias reconheceram a presença de condenação transitada em julgado configuradora da recidiva, sem que tenha a defesa logrado comprovar sua alegação, deve ser mantida a incidência da agravante. Maiores incursões sobre o tema, além disso, demandariam revolvimento de prova, o que não se coaduna com a via eleita.

Ainda, descabe falar em excesso na elevação da reprimenda em 1/3 pela majorante do concurso de agente, pois tal fração corresponde ao patamar mínimo estabelecido no Código Penal.

Por fim, no que tange ao regime inicial de cumprimento de pena, de acordo com a Súmula n. 269/STJ, é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior à inicial de quatro anos, se favoráveis as circunstâncias judiciais. No caso, embora a reprimenda corporal tenha sido estabelecida em patamar inferior a 8 anos de reclusão, o regime inicial fechado encontra-se justificado, uma vez que além da reincidência, houve a consideração de circunstância judicial negativa para a exasperação da pena-base, não havendo falar, portanto, em afronta ao enunciado n. 269/STJ.

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

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

AgRg no HC 907.929 / SP
PROCESSO ELETRÔNICO
MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2024/0141658-9

Número de Origem:

00008299320178260451 8299320178260451

Sessão Virtual de 11/06/2024 a 17/06/2024

Relator do AgRg

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : REINALDS KLEMPs MARTINS BEZERRA
ADVOGADO : REINALDS KLEMPs MARTINS BEZERRA - SP392722
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JONATHAN MARTINS DA SILVA (PRESO)
CORRÉU : AIRTON LIMA MARINHO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : JONATHAN MARTINS DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO : REINALDS KLEMPs MARTINS BEZERRA - SP392722
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 11/06/2024 a 17/06/2024, 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, 17 de junho de 2024