

APELAÇÃO CRIMINAL ROUBO MAJORADO

EXMO SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA ____VARA CRIMINAL DA
COMARCA DO XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX/XX.

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, nos autos da ação penal nº....., proposta pelo Ministério Público do Estado do XXXXXXXXXXXXXXX, não se conformando com a sentença de fls..., vem, por sua procuradora abaixo assinada, apresentar **RECURSO DE APELAÇÃO**, nos termos do art. 593, I, do CPP, requerendo a remessa dos autos ao Egrégio Tribunal de Justiça.

Em anexo seguem as razões da Apelação.

Nestes termos, pede deferimento.

Local e data

NOME DO ADVOGADO

Nº DA OAB

APELANTE: XXXXXXXXXXXXXXXX

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

PROCESSO Nº: XXXXXXXXXXXXXXXX

RAZÕES DA APELAÇÃO

EMÉRITOS DESEMBARGADORES:

DOS FATOS

Trata-se de ação penal pelo suposto crime de roubo majorado (art. 157, §, 2º, I, do CP), em que o Ministério Público alega que, no dia ..., na Rua x, esquina com Avenida t, próximo à loja D, no bairro J, nesta cidade, em torno de 21 horas, o acusado teria apontado arma de fogo para a vítima R, e lhe exigido o aparelho celular.

Na resposta à acusação arguiu-se a nulidade da prova, pois a denúncia se baseou exclusivamente em

reconhecimento fotográfico em sede de delegacia policial, quando a vítima foi chamada a depor.

Na audiência de instrução e julgamento, a vítima, em seu depoimento, entrou em contradição quando inquirida se o acusado é o mesmo da fotografia, e disse que “pode ser que seja ele”.

O policial que mostrou a foto do suspeito foi arrolado como testemunha de acusação, e quando perguntado pela defesa afirmou que o réu é o indivíduo da foto.

A testemunha de defesa O, relatou que o acusado tem conduta ilibada, é trabalhador, nunca fez nada de errado, é um exemplo de pai e marido, não acredita que possa ter cometido o delito e não é o indivíduo da fotografia.

A testemunha de defesa J ratificou o mesmo depoimento de O.

Em sede de alegações finais, o Ministério Público pediu a condenação, com base na gravidade do crime e no depoimento da autoridade policial.

A defesa sustentou a nulidade do reconhecimento fotográfico.

O juiz de primeiro grau decidiu pela condenação do acusado a pena de 06 anos e 04 meses de

reclusão e ao pagamento de 20 dias multa, na razão unitária mínima, em regime inicial fechado.

DA NULIDADE DO RECONHECIMENTO FOTOGRAFICO COMO MEIO DE PROVA

A condenação se deu com base em reconhecimento fotográfico em sede de delegacia policial, sem a descrição física do acusado, e mediante a exibição de foto de um único suspeito, sem fazer cotejo com a imagem de outras pessoas, e sem a submissão ao crivo do contraditório e da ampla defesa na fase processual. Além disso, não há nos autos, outra prova independente e idônea referente à autoria do delito.

É certo, ainda, que o reconhecimento fotográfico não é meio de prova previsto no ordenamento jurídico brasileiro. O que existe é o reconhecimento pessoal, que para ter validade é preciso seguir o procedimento descrito no art. 226, do CPP na instrução processual, com o devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF). Nesse sentido, a redação do dispositivo legal:

“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”.

Dessa forma, diante da inobservância do procedimento do art. 226 do CPP, e tendo em vista que a condenação ocorreu com base somente na fotografia que o policial mostrou à vítima, é certo que se está diante de prova ilícita por derivação. O art. 157, caput e § 1º, do CPP assim dispõe:

“Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

Assim, em conformidade com o art. 157, caput e § 1º, do CPP, a fotografia deve ser desentranhada dos autos, em razão da ilicitude.

Deve-se atentar que, no processo penal vige o sistema acusatório, em que compete à acusação a prova da prática delitiva. Do mesmo modo, a Constituição consagra o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII). Assim, em caso de ausência de provas válidas, o acusado deve ser absolvido.

Ressalte-se que, o reconhecimento fotográfico carece de validade, porque a fotografia apresentada à vítima contém caráter indutivo, pois são comuns falhas de memória de acontecimentos, que podem se fragmentar, e se tornar inacessíveis para a reconstrução dos fatos no âmbito do processo. Assim, é necessário reconhecer o alto grau de subjetivismo na exibição de fotografia, sendo suscetível de causar distorções e provocar erros judiciários.

Dentro deste raciocínio, recente decisão do STJ, proferida no **HC nº 598.886** - SC (2020/0179682-3), 6ª Turma, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, julgado em 27/10/2020:

“HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DE PESSOA REALIZADO NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. PROVA INVÁLIDA COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. R_____ 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 conjeturado 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.

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 judiciários e, conseqüentemente, de graves injustiças. 6. É de se exigir que as polícias judiciárias (civis e federal) realizem sua função investigativa comprometidas com o absoluto respeito às formalidades desse meio de prova. E ao Ministério Público cumpre o papel de fiscalizar a correta aplicação da lei penal, por ser órgão de controle externo da atividade policial e por sua ínsita função de custos legis, que deflui do desenho constitucional de suas missões, com destaque para a “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127, caput, da Constituição da República), bem

assim da sua específica função de “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos [inclusive, é claro, dos que ele próprio exerce] [...] promovendo as medidas necessárias a sua garantia” (art. 129, II). 7. Na espécie, o reconhecimento do primeiro paciente se deu por meio fotográfico e não seguiu minimamente o roteiro normativo previsto no Código de Processo Penal. Não houve prévia descrição da pessoa a ser reconhecida e não se exibiram outras fotografias de possíveis suspeitos; ao contrário, escolheu a autoridade policial fotos de um suspeito que já cometera outros crimes, mas que absolutamente nada indicava, até então, ter qualquer ligação com o roubo investigado.

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.

7. Na espécie, o reconhecimento do primeiro paciente se deu por meio fotográfico e não seguiu minimamente o roteiro normativo previsto no Código de Processo Penal. Não houve prévia

descrição da pessoa a ser reconhecida e não se exibiram outras fotografias de possíveis suspeitos; ao contrário, escolheu a autoridade policial fotos de um suspeito que já cometera outros crimes, mas que absolutamente nada indicava, até então, ter qualquer ligação com o roubo investigado.

8. Sob a égide de um processo penal comprometido com os direitos e os valores positivados na Constituição da República, busca-se uma verdade processual em que a reconstrução histórica dos fatos objeto do juízo se vincula a regras precisas, que assegurem às partes um maior controle sobre a atividade jurisdicional; uma verdade, portanto, obtida de modo "processualmente admissível e válido" (Figueiredo Dias). 9. O primeiro paciente foi reconhecido por fotografia, sem nenhuma observância do procedimento legal, e não houve nenhuma outra prova produzida em seu desfavor. Ademais, as falhas e as inconsistências do suposto reconhecimento – sua altura é de 1,95 m e todos disseram que ele teria por volta de 1,70 m; estavam os assaltantes com o rosto

parcialmente coberto; nada relacionado ao crime foi encontrado em seu poder e a autoridade policial nem sequer explicou como teria chegado à suspeita de que poderia ser ele um dos autores do roubo – ficam mais evidentes com as declarações de três das vítimas em juízo, ao negarem a possibilidade de reconhecimento do acusado. 10. Sob tais condições, o ato de reconhecimento do primeiro paciente deve ser declarado absolutamente nulo, com sua consequente absolvição, ante a inexistência, como se deflui da sentença, de qualquer outra prova independente e idônea a formar o convencimento judicial sobre a autoria do crime de roubo que lhe foi imputado. 11. Quanto ao segundo paciente, teria, quando muito – conforme reconheceu o Magistrado sentenciante – emprestado o veículo usado pelos assaltantes para chegarem ao restaurante e fugirem do local do delito na posse dos objetos roubados, conduta que não pode ser tida como determinante para a prática do delito, até porque não se logrou demonstrar se efetivamente houve tal empréstimo do automóvel com a prévia ciência de seu uso

ilícito por parte da dupla que cometeu o roubo. É de se lhe reconhecer, assim, a causa geral de diminuição de pena prevista no art. 29, § 1º, do Código Penal (participação de menor importância).

12. Conclusões:

1) O reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime;

2) À vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo;

3) Pode o magistrado realizar, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório, bem como pode ele se convencer da autoria delitiva a partir do exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento;

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 _____ 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 _____, 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”.

Assim sendo, diante da inexistência de prova lícita da autoria delitiva, o acusado deve ser absolvido.

DOS PEDIDOS

Pelo exposto, requer a V. Exa., que seja julgado **PROCEDENTE** o presente recurso de **APELAÇÃO**, para absolver o acusado, com base no art. 386, V, do CPP.

O acusado deve responder ao processo em liberdade, pois inexistentes os requisitos previstos no art. 312, do CPP, com a imediata expedição de alvará de soltura.

Termos em que

Pede deferimento.

Local e data

NOME DO ADVOGADO

Nº DA OAB