



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000340623

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501374-32.2021.8.26.0457, da Comarca de Pirassununga, em que são apelantes DIOGO ALVES DE SOUSA e CLAUDINEI LOURENÇO SEBASTIÃO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento ao recurso interposto pela Defesa de CLAUDINEI para absolvê-lo de estar incurso no artigo 171, §4º, do Código Penal, com fulcro no artigo 383, inciso VII, do Código de Processo Penal; e NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso interposto pela Defesa de DIOGO, mantida, no mais, a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FERNANDO SIMÃO (Presidente) E KLAUS MAROUELLI ARROYO.

São Paulo, 7 de abril de 2025.

ISAURA CRISTINA BARREIRA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1501374-32.2021.8.26.0457

Apelantes: Claudinei Lourenço Sebastião e Diogo Alves de Sousa

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

2ª Vara da Comarca de Pirassununga

MM. Juiz de Direito Dr. Rafael Pinheiro Guarisco

Voto nº 1855

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTELIONATO PRATICADO CONTRA IDOSA. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO NÃO RATIFICADO EM JUÍZO. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. ABSOLVIÇÃO. CONDENAÇÃO MANTIDA PARA O CORRÉU DIOGO. RECURSO DE DIOGO DESPROVIDO. RECURSO DE CLAUDINEI PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

Apelações interpostas por CLAUDINEI LOURENÇO SEBASTIÃO e DIOGO ALVES DE SOUSA contra sentença que os condenou pela prática do crime de estelionato (art. 171, caput, e § 4º, c/c art. 29, ambos do Código Penal), em prejuízo de vítima idosa, às penas de reclusão e multa, permitindo-lhes recorrer em liberdade. CLAUDINEI pleiteia, em preliminar, a nulidade do reconhecimento realizado na fase policial e, no mérito, sua absolvição por insuficiência probatória, requerendo, subsidiariamente, a fixação de regime mais brando. DIOGO sustenta ausência de dolo e insuficiência de provas para a condenação, requerendo, subsidiariamente, a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

Há duas questões em discussão: (i) determinar se o reconhecimento fotográfico realizado na fase inquisitorial, sem ratificação judicial nos termos legais, pode fundamentar a condenação de CLAUDINEI; e (ii) verificar se há provas suficientes para sustentar a condenação de DIOGO pelo crime de estelionato.

III. RAZÕES DE DECIDIR

O reconhecimento fotográfico realizado na fase policial não pode ser o único elemento de prova para fundamentar uma condenação criminal, especialmente quando não ratificado em juízo nos termos do art. 226 do Código de Processo Penal.

A ausência de outros elementos de prova robustos contra CLAUDINEI gera dúvida razoável quanto à sua participação no crime, impondo a aplicação do princípio in dubio pro reo e sua absolvição.

Em relação a DIOGO, há prova material e testemunhal suficiente para confirmar sua autoria, incluindo o contrato assinado, os pagamentos realizados pela vítima, os depoimentos prestados sob o crivo do contraditório e a coerência do conjunto probatório.

O dolo de DIOGO fica evidenciado pelo fato de que, após receber os valores acordados, não concluiu o serviço contratado e interrompeu qualquer contato com a vítima, utilizando-se de meio ardil para obter vantagem ilícita.

A pena de DIOGO deve ser mantida nos termos fixados na sentença, por estar devidamente fundamentada e proporcional à gravidade do delito.

O regime semiaberto se apresenta adequado, à medida que possui maus antecedentes, o que também justifica a não concessão da suspensão condicional da pena ou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

IV. DISPOSITIVO E TESE

Recurso provido para absolver CLAUDINEI LOURENÇO SEBASTIÃO, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, e Recurso desprovido para manter a condenação de DIOGO ALVES DE SOUSA.

Tese de julgamento:

O reconhecimento fotográfico realizado na fase policial, sem ratificação em juízo nos moldes do art. 226 do CPP, não pode ser o único fundamento para uma condenação criminal.

A insuficiência probatória impõe a absolvição do réu, aplicando-se o princípio in dubio pro reo.

A prática de estelionato se configura quando o agente, mediante ardil, induz a vítima em erro para obter vantagem ilícita, sendo irrelevante a alegação de dificuldades pessoais para a execução do contrato.

A existência de circunstância judicial desfavorável justifica a fixação do regime semiaberto.

Dispositivos relevantes citados: Código Penal, art. 171, caput e § 4º, c/c art. 29; Código de Processo Penal, arts. 226 e 386, VII.

Jurisprudência relevante citada: STJ, AgRg no RHC 202855/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 23.10.2024; STJ, REsp n. 2.029.730/SC, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, j. 27/6/2023; STJ, AgRg no Habeas Corpus nº 870190/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 15.04.2024; STJ, AgRg no AREsp n. 1.749.660/PR, Rel. Ministro Rogerio Schietti, Sexta Turma, DJe 30/8/2021; STJ, AgRg no HC n. 497.220/SC, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 22/10/2019.

Trata-se de recursos de apelação interpostos por **CLAUDINEI LOURENÇO SEBASTIÃO e DIOGO ALVES DE SOUSA** em face da r. sentença de fls. 1385/1392 , cujo relatório se adota, que julgou procedente a ação penal para condenar **DIOGO** à pena de 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 15 dias-multa; e **CLAUDINEI** à pena de 1 ano, 9 meses e 23 dias de reclusão, no regime fechado, e ao pagamento de 16 dias-multa, por estarem incursos no artigo 171, “caput”, e §4º, combinado com artigo 29, ambos do Código Penal, deferindo o apelo em liberdade.

Irresignada, a Defesa de **CLAUDINEI** suscita, em preliminar, nulidade do reconhecimento realizado em juízo. No mérito, busca, em suma, a absolvição por insuficiência probatória. Subsidiariamente, requer a fixação do regime inicial semiaberto (fls. 1413/1423).

A Defesa de **DIOGO** se manifesta, em suma, pela absolvição por insuficiência probatória e falta de dolo, sob o argumento de que somente não realizou a totalidade dos serviços contratados pela vítima por temor em decorrência das agressões verbais dos filhos da vítima. Subsidiariamente, requer a fixação do regime inicial aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (fls. 1431/1439).

Recebidos os recursos, vieram aos autos as contrarrazões (fls. 1443/1449).

A d. Procuradoria Geral de Justiça se

manifestou pelo desprovimento dos apelos (fls. 1468/1477).

Anota-se que a r. sentença transitou em julgado para o Ministério Público em 23/08/2024 (fls. 1408).

É o relatório.

Consta da denúncia que, *“no mês de setembro de 2021, na Rua João Manuel Pinto, n.º 559, Vila Pinheiro, nesta cidade e comarca, CLAUDINEI LOURENÇO SEBASTIÃO (indiciado nas fls. 180) e DIOGO ALVES DE SOUSA (indiciado nas fls. 129), mediante prévio ajuste, com unidade de desígnios e identidade de propósitos com outros três agentes não identificados, obtiveram, em proveito comum, vantagem ilícita – no valor de R\$6.838,10 (seis mil e oitocentos e trinta e oito reais e dez centavos) - em prejuízo da idosa Isaura Maria Bernardes Silveira Devitte, induzindo-a e mantendo-a em erro mediante artil a seguir descrito.*

Segundo o apurado, na tarde do dia 17 de setembro de 2021, CLAUDINEI dirigiu-se à residência da ofendida e, apresentando-se como “José Lopes”, ofereceu serviços de reparos no telhado da casa. Sem desconfiar da abordagem, a idosa aderiu à proposta do denunciado, firmando o contrato nos termos do documento de fls. 13/16, subscrito por DIOGO.

Como contraprestação pelos serviços, os denunciados receberam um primeiro pagamento no dia 17 de setembro de 2019, no valor de R\$3.838,10 (três mil, oitocentos e trinta e oito reais e dez centavos), realizado por meio de cartão de crédito, em 05 (cinco) parcelas – cf. doc. nas fls. 11 e 17/18.

CLAUDINEI, DIOGO e seus comparsas estiveram na residência da ofendida nos dias 17, 20 e 21 de setembro de 2019, sob o pretexto de realizar os serviços contratados.

No dia 21 de setembro de 2019, a vítima providenciou o segundo pagamento referente ao contrato, no valor de R\$3.000,00 (três mil reais), entregues em espécie e em mãos a CLAUDINEI, quitando assim a quantia acertada como contraprestação pela manutenção do telhado do imóvel – cf. doc. nas fls. 12.

Ocorreu que, após receber o valor integral, os denunciados desapareceram, jamais retornando à residência da idosa para cumprir o contrato assinado, deixando o telhado do imóvel aberto e exposto ao tempo, sem realizar qualquer reparo pactuado.”

Após regular instrução, os Apelantes foram condenados e, inconformados, apelaram nos termos acima descritos.

De proêmio, a preliminar arguida não merece prevalecer.

O reconhecimento fotográfico de **CLAUDINEI** realizado na fase inquisitorial não foi ratificado em juízo nos moldes da Lei, não havendo exposição expressa de quaisquer motivos, impedimentos, dificuldades de se realizar o ato em juízo.

Desta feita, diante da falta da ratificação em juízo do procedimento de reconhecimento feito na fase policial, esta prova não poderá ser utilizada exclusivamente para justificar uma condenação, porque não foi submetido ao crivo do contraditório.

Cabível salientar que a falta da ratificação do reconhecimento pessoal em juízo não acarreta a nulidade do processo, mas tão somente na valoração da prova, que deverá ser sopesado na

formação de convicção do juízo.

Dessa maneira já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal:

“NULIDADE – CERCEAMENTO DE DEFESA – DEFENSOR PÚBLICO – NOMEAÇÃO. A nomeação de defensor público, ocorrida ante a inércia da defesa constituída e após a regular intimação do acusado para que indicasse novo advogado, não constitui cerceamento de defesa a implicar nulidade. RECONHECIMENTO PESSOAL – ARTIGO 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – VALOR PROBATÓRIO. O valor probatório do reconhecimento pessoal há de ser analisado considerado o atendimento às formalidades do artigo 226 do Código de Processo Penal, bem assim o confronto da descrição fornecida com os atributos físicos da pessoa identificada, de modo que a discrepância da narrativa com as verdadeiras características do acusado reduz significativamente a relevância probatória do reconhecimento. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO – FUNDAMENTO – DECISÃO CONDENATÓRIA. A utilização do reconhecimento fotográfico na condenação pressupõe existirem outras provas, obtidas sob o crivo do contraditório, aptas a corroborá-lo, revelando-se desprovida de fundamentação idônea decisão lastreada, unicamente, nesse meio de prova.” (HC nº 157.007/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, j. 11/05/2020, p. 22/09/2020) (mencionado no HC nº 225.301/PA, Rel. Min. Andre Mendonça, j. 27/08/2023).

Superada a preliminar, tem-se que, no mérito, a condenação de **DIOGO** se apresentou correta e indiscutível, devendo,

neste particular, ser mantida a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos, porquanto deu correta solução à causa.

A prova da materialidade está devidamente comprovada pelo boletim de ocorrência (fls. 3/5), pelo auto de reconhecimento (fls. 8) pelos documentos que comprovam a contratação e pagamento da prestação dos serviços (fls. 11/16), pelo relatório final (fls. 222/230), bem como pela prova oral colhida sob o crivo do contraditório e ampla defesa.

A autoria de **DIOGO**, igualmente, restou incontestada.

Segundo consta dos autos, **a vítima**, em juízo, asseverou, em suma, que estava em sua casa quando apareceu **DIOGO**. Não o conhecia antes. **DIOGO** ofereceu serviço para arrumar o seu telhado. Acabou se interessando pelo serviço e **DIOGO** trouxe outros três a quatro rapazes. Depois chegou um senhor mais velho, dizendo se chamar Jose Lopes. Ficou temerosa porque estava sozinha na casa. Esse senhor mais velho pediu cerca de três mil reais de adiantamento pelo serviço. No dia seguinte, eles retornaram. Escutou, pela sua janela, que na verdade Jose Lopes era chamado pelos outros rapazes de **CLAUDINEI**. Perguntou diretamente a ele, o qual insistiu que era Jose Lopes. Depois desse dia, eles a pressionaram a pagar o restante do serviço. Como estava com medo e queriam que eles fossem embora, acabou pagando o restante. Depois disso, eles não apareceram mais. Tinha somente o contato de **DIOGO**. Falou com ele que sua casa estava cheio de buraco. Foi na delegacia noticiar o que tinha acontecido. Fez o reconhecimento de **CLAUDINEI** por fotografia, o qual tinha passagem por estelionato. Também reconheceu fotograficamente **DIOGO**. Fez um

contrato com eles, sendo que **DIOGO** assinou tanto o contrato como os recibos. **CLAUDINEI** ficou a todo tempo sentado e os outros rapazes trabalharam. **DIOGO** chegou a subir no telhado para arrumar. Eles disseram que precisavam trocar algumas telhas, uma parte do madeiramento e a caixa d'água usada. Eles não deram prazo para terminar o serviço. Eles foram trabalhar em sua casa cerca de três dias. Eles não terminaram o serviço. Teve que contratar outro pedreiro para terminar o serviço e pagou cerca de mil e quinhentos reais. O primeiro serviço contratado com **DIOGO** ficou em torno de seis mil e quatrocentos reais. Deu, logo de início, os três mil reais, o que foi pago no cartão de crédito e, depois que pressionada no terceiro dia, fez o segundo pagando do restante em dinheiro. Ficou com medo de **CLAUDINEI** e por isso acabou fazendo o restante do pagamento. Ligou para **DIOGO** cerca de duas a três vezes, mas ele não atendeu e acabou bloqueando. Contou para seus filhos e seu filho mais velho conseguiu falar com **DIOGO**, mas ele acabou o bloqueando também. Recorda-se que eles apareceram com um carro vermelho, aparentando ser um Fiat Uno. Salvo engano, **CLAUDINEI** andava puxando uma perna. Soube, posteriormente, que eles fizeram a mesma coisa com uma vizinha de sua rua e também não terminaram o serviço e cobraram uma quantia alta. Sua vizinha não denunciou por receio de causar alvoroço em sua família que era havia ficado viúva há pouco tempo. **DIOGO** é um rapaz moreno, enquanto **CLAUDINEI** o reconheceu na delegacia, em cuja foto ele estava bem mais novo. **CLAUDINEI** é baixinho, não chegando a ser gordo, tendo cerca de 50 a 60 anos. Eles chegavam de manhã. Teve um dia que eles nem saíram para almoçar. Em outro dia **CLAUDINEI** trouxe marmita. **CLAUDINEI** não trabalhava e só ficava conversando e

ficava sentado. Quando fez o reconhecimento na delegacia, não teve dúvidas quando reconheceu **CLAUDINEI**. Não foi ameaçada por eles, mas foi pressionada a pagar o restante do dinheiro, sendo que **CLAUDINEI** dizia que tinha que pagar os pedreiros.

O Dr. Delegado de Polícia Ícaro, em juízo, *“confirmou integralmente o conteúdo do relatório de investigação de fls. 222/230. Disse que foi instaurado inquérito para apurar os fatos noticiados pela vítima, segundo a qual em dado dia estava sozinha em sua casa quando lá chegou um homem que lhe ofereceu um serviço de reparo no telhado da casa. Diante da comodidade, a vítima acabou por contratar os serviços desse senhor, o qual se identificou como sendo “JOSÉ LOPES”, e estava acompanhado de sua equipe, os quais conduziam um veículo FIAT/UNO, na cor vermelha, com uma escada no teto. Naquela mesma data, o Sr. “JOSÉ LOPES” realizou o orçamento do serviço e passou o valor para a vítima, iniciando, então, os trabalhos, tendo a vítima pago a quantia de R\$ 3.838,10 (três mil, oitocentos e trinta e oito reais e dez centavos), dividida em cinco vezes no Cartão de Crédito da bandeira Visa. Então, o Sr. “JOSÉ LOPES” e sua equipe, da qual fazia parte Diogo Alves de Sousa – indivíduo que assinou o contrato e recibos – e outros três indivíduos, trabalharam no telhado na sexta-feira, dia 17/09/2021, na segunda-feira, dia 20/09/2021, e na terça-feira, dia 21/09/2021, quando a vítima realizou a outra parte do pagamento, entregando em dinheiro a quantia de R\$ 3.000,00 (três mil reais) ao Sr. “JOSÉ LOPES”. Após o recebimento do restante do pagamento, os trabalhadores não mais voltaram à casa da vítima, deixando o serviço incompleto. A vítima tentou, por diversas vezes, ligar para Diogo através do número (19) 97104-5228, sendo que*

o mesmo rejeitou as ligações. A testemunha informou ainda que, em breve consulta ao número de CPF informado por Diogo, foi possível localizar uma foto dele no sistema Detecta, a qual foi mostrada à vítima, que o reconheceu como sendo o indivíduo que se identificou como “DIOGO”, e assinou o contrato e os recibos. Além disso, foi possível encontrar diversos registros de ocorrência envolvendo Diogo e Claudinei na prática do crime de estelionato. Na maioria desses registros foi utilizado o mesmo “modus operandi” empreendido para a prática deste crime, o qual consiste, em resumo, no oferecimento de prestação de serviço (conserto em telhados, pintura, dedetização etc.) e na cobrança de valores excessivos, sendo que, após simularem a realização dos serviços, os autores vão embora sem finalizar qualquer atividade. Na grande maioria dos casos, as vítimas eram idosas. Com base na foto de perfil que Claudinei ostenta em sua página da rede social Facebook, foi criado quadro de fotos a fim de que fosse realizado reconhecimento fotográfico por parte da vítima Isaura, a qual reconheceu Claudinei como sendo a pessoa que esteve em sua residência oferecendo um serviço de reparo no telhado, no dia 17/09/21, tendo retornado nos dias 20/09 e 21/09/21” (sic).

Interrogado em juízo, CLAUDINEI negou os fatos. Nunca trabalhou em Pirassununga. Nunca viu a vítima antes. Não conhece **DIOGO**. Responde a processos por desacordos comerciais na cidade de Piracicaba. No ano de 2021, chegou a ficar internado por conta da covid-19 em um hospital em Piracicaba e chegou a ficar entubado. Perdeu força em uma das pernas e ficou internado cerca de 30 dias. Em setembro de 2021, estava em sua casa se recuperando. No ano de 2021, ficou debilitado, acamado e dependeu de ajuda do governo e

familiares até se recuperar. Ficou sem trabalhar por conta disso por cerca de 1 ano.

Por seu turno, **DIOGO**, em seu **interrogatório**, negou os fatos, dizendo que realizou a prestação de serviço à vítima e que não concluiu o serviço porque foi ameaçado de morte pelos filhos da vítima caso retornasse. Apresentou o contrato para a vítima assinar, onde constou seus dados verdadeiros. Os filhos da vítima e seus funcionários presenciaram quando assinaram o contrato. Caso chegue a um acordo com a vítima, pretende ressarcir o dinheiro. Não conhece **CLAUDINEI**. Jose Lopes é um empreiteiro de sua cidade, Piracicaba, e trabalha com ele até hoje. Deixou de fazer apenas uma pequena parte do serviço, que conseguiria terminar em meio dia de serviço. Conhece Jose Lopes e inclusive ele trabalha com ele até hoje. Reconhece a sua assinatura constante no contrato feito com a vítima. Usava os dados de sua então namorada para receber os valores da máquina de cartão, porque ela era sócia de sua empresa. Atualmente, todas as maquininhas de cartão estão em seu próprio nome. Em nenhum momento falou que conhecia uma pessoa chamada Claudinei ou que tenha indicado que a pessoa de Jose Lopes fosse Claudinei.

Nesse diapasão, a versão apresentada por **DIOGO** restou isolada diante do conjunto probatório, especialmente porque não apresentou qualquer prova de que teria sido ameaçado pelos filhos da vítima para não executar a totalidade da obra contratada.

Com efeito, nada emergiu dos autos que indicasse da vítima e da testemunha ânimo de falsa incriminação, razão pela qual não há que negar valor probatório às suas declarações e depoimentos.

Desta feita, ficou claro que **DIOGO** induziu a vítima em erro, perpetrou meio ardil representado pela contratação prestação de serviços de reparos em seu telhado, cuja obra não foi executada por completo, sendo necessária uma nova contratação de outro profissional para terminar o serviço, além de reparar o que já tinha sido feito; e pela pressão psicológica exercida na vítima a fazer o pagamento antecipado, à medida que se utilizou de um falso pretexto da quitação das despesas dos funcionários.

Logo, todas essas provas corroboram, sem hesitação, a certeza quanto à autoria de **DIOGO**.

Por outro lado, a autoria de **CLAUDINEI** não restou devidamente demonstrada.

Isto porque, com relação a esta imputação, o único elemento probatório efetivamente desfavorável à **CLAUDINEI** está repousado nas declarações prestada pela vítima e no reconhecimento fotográfico realizado na delegacia.

Nesse ínterim, o reconhecimento fotográfico realizado na fase policial não pode servir como único elemento de prova para justificar uma condenação criminal, eis que a ratificação do reconhecimento em juízo não obedeceu aos ditames do artigo 226 do Código de Processo Penal, não existindo qualquer outro elemento de prova, apenas suspeitas.

Diante deste contexto probatório acima descortinado, resta evidente, portanto, que não há espaço para se proferir um édito condenatório apenas com base em um reconhecimento realizado na fase inquisitorial, sobretudo feito fotograficamente.

Não se pode ignorar a cristalina possibilidade

de ocorrência de irreparável erro judiciário, caso proferida uma condenação em circunstâncias como as do presente caso, diante da elevada probabilidade de o reconhecimento efetuado pela vítima, por fotografia, não espelhar a realidade, em decorrência, primeiro, do próprio abalo emocional causado pelo delito.

Como, aliás, mostra, com o brilhantismo que lhe é peculiar, Nicola Malatesta, verbis: *“A perturbação natural do espírito do ofendido diante de qualquer delito, se bem que em medida diversa, segundo se trata de crimes contra o patrimônio ou contra a propriedade, torna, por vezes, suscetíveis de erro aqueles reconhecimentos a que se costuma proceder quando o ofendido não conhece o delinquente, senão por tê-lo visto cometer o delito. Em tais casos, o ofendido não tem outro critério para a determinação do delinquente, senão sua exterioridade material, percebida no momento do delito, sua fisionomia, idade aparente, estatura, seu físico e trajas. Todos compreendem que todos estes detalhes, por falta de calma na observação, não podem ser exatamente percebidos no momento do delito e, por isso, as semelhanças podem facilmente converter-se em identidade, aos olhos do ofendido e seu engano nos reconhecimentos pode levar a justiça penal a deploráveis erros. É menos difícil do que se crê, cair em engano, julgando sobre as semelhanças de pessoa e vestes; caem nele também pessoas estranhas ao crime, mesmo terceiros”* (A lógica das provas em matéria criminal, Servanda, Campinas, 2013, p. 471).

E, também, de Fernando da Costa Tourinho Filho, verbis: *“Prima facie, parecerá que as suas declarações devem ser aceitas sem reservar, pois ninguém melhor que a vítima para esclarecer*

o ocorrido. É de se ponderar, entretanto, que aquele que foi objeto material do crime, levado pela paixão, pelo ódio, pelo ressentimento e até mesmo pela emoção, procura narrar os fatos como lhe pareçam convenientes; às vezes, a emoção causada pela cena delituosa é tão intensa que o ofendido, julgando estar narrando com fidelidade, omite ou acrescenta circunstâncias desvirtuando os fatos” (Processo Penal, vol. III, 12ª edição, São Paulo, Saraiva, 1990, p. 261).

Nesse contexto, acerca do reconhecimento fotográfico, destaca-se o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça: *“o reconhecimento fotográfico serve como prova apenas inicial e deve ser ratificado por reconhecimento presencial, assim que possível. E, no caso de uma ou ambas as formas de reconhecimento terem sido efetuadas, em sede inquisitorial, sem a observância (parcial ou total) dos preceitos do art. 226 do CPP e sem justificativa idônea para o descumprimento do rito processual, o reconhecimento falho se revelará incapaz de permitir a condenação, como regra objetiva e de critério de prova, sem corroboração independente e idônea do restante do conjunto probatório, produzido na fase judicial.”* (STJ, AgRg no RHC 202855/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 23.10.2024).

E, ainda, *“a confirmação, em juízo, dos reconhecimentos fotográficos e pessoal extrajudiciais, por si só, não torna os atos seguros e isentos de erros involuntários, pois 'uma vez que a testemunha ou a vítima reconhece alguém como o autor do delito, há tendência, por um viés de confirmação, a repetir a mesma resposta em reconhecimentos futuros, pois sua memória estará mais ativa e predisposta a tanto”* (STJ, HC n. 712.781/RJ, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 15/3/2022, DJe

de 22/3/2022)” (STJ, REsp n. 2.029.730/SC, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, j. 27/6/2023).

In casu, o reconhecimento positivo de **CLAUDINEI** feito pela vítima na fase policial não foi corroborado por outros elementos probatórios, de modo que as provas produzidas no curso da instrução não são suficientes a ensejar um seguro decreto condenatório, devendo a ação ser julgada improcedente em razão da falta de provas suficientes quanto à sua efetiva conduta.

Portanto, não estando perfeitamente esclarecida a dinâmica dos fatos e a autoria de **CLAUDINEI**, cabível a absolvição por falta de provas seguras para condenação, o que se justifica pelo princípio do “*in dubio pro reo*”.

Tal se dá porque, como sempre é bom frisar, a sentença penal condenatória, pelo quanto de gravame e infante contém, necessita vir amparada em prova robusta e inquestionável, o que, insistasse, não ocorreu no caso *sub judice*, daí porque, inevitável a improcedência da ação no caso de **CLAUDINEI**.

Mantida, pois, a condenação de **DIOGO** nos termos em que lançada nos autos, assim como a pena, que foi estabelecida com critério, fundamento e proporcionalidade, não havendo margem para reparos.

Pertinente apontar que “*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” (STJ, AgRg no Habeas Corpus nº 870190/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 15.04.2024).

Acrescente-se que o MM. Juiz sentenciante, com fundamentação idônea e bastante suficiente, apontou, detalhadamente, os motivos que levaram à elevação da pena-base no patamar de 1/6 acima do mínimo legal em virtude dos maus antecedentes e ao reconhecimento da causa de aumento de que trata o §4º, do artigo 171, do Código Penal e a consequente exasperação da pena na fração de 1/3.

Quanto ao regime fixado, em razão da circunstância judicial desfavorável representada pelos maus antecedentes, escoreita a fixação do regime semiaberto para início de cumprimento de pena, o que demonstra a insuficiência de fixação de regime menos gravoso e a necessidade de maior intervenção estatal na fixação de sua reprimenda, inclusive como forma de se evitar a reiteração delitiva, o que está em conforme com o artigo 33, § 2º, alínea “b”, e § 3º, do Código Penal.

Nesse contexto: “*A fixação do regime semiaberto e a negativa da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos pode ser justificada pela existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, conforme ocorrido na hipótese dos autos.*” (STJ, AgRg no AREsp n. 1.749.660/PR, Rel. Ministro Rogerio Schietti, Sexta Turma, DJe 30/8/2021).

A propósito, “*Não configura ofensa ao princípio do non bis in idem a consideração dos maus antecedentes para elevar a reprimenda básica e fixar o regime mais gravoso para início de cumprimento da reprimenda por serem institutos diversos e*

decorrerem de expressa previsão legal constante dos arts. 59 e 68, bem como do art. 33, respectivamente, todos do Código Penal" (STJ, AgRg no HC n. 497.220/SC, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 22/10/2019).

Pelos mesmos motivos, correta a não substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou concessão da suspensão condicional da pena.

Ante o exposto, pelo meu voto, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao recurso interposto pela Defesa de **CLAUDINEI** para absolvê-lo de estar incurso no artigo 171, §4º, do Código Penal, com fulcro no artigo 383, inciso VII, do Código de Processo Penal; e **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso interposto pela Defesa de **DIOGO**, mantida, no mais, a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Isaura Cristina Barreira
Relatora