



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2022.0000855817

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1006761-51.2020.8.26.0609, da Comarca de Taboão da Serra, em que são apelantes RICARDO SILVA ARAUJO e VICTOR MANUEL DOS SANTOS BATISTA, são apelados ESTADO DE SÃO PAULO e MUNICÍPIO DE TABOÃO DA SERRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI (Presidente sem voto), VERA ANGRISANI E RENATO DELBIANCO.

São Paulo, 19 de outubro de 2022.

CARLOS VON ADAMEK
Relator(a)
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

APELAÇÃO Nº 1006761-51.2020.8.26.0609

COMARCA: TABOÃO DA SERRA – 2ª VARA CÍVEL

APELANTES: RICARDO SILVA ARAUJO e OUTRO

APELADOS: MUNICÍPIO DE TABOÃO DA SERRA e ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº 11.424

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – PRISÃO INDEVIDA – INOBSERVÂNCIA AOS PRECEITOS CONTIDOS NO ART. 226 DO CPP – MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA SEM VALORAR NOVAS PROVAS JUNTADAS AOS AUTOS PELOS RÉUS – DANOS MORAIS – OCORRÊNCIA – O processo criminal nº 0004720-07.2015.8.26.0609 está eivado de equívocos desde a prisão em flagrante dos autores, pois, segundo relato da vítima, o reconhecimento dos requerentes foi feito sob pressão, no local onde os autores foram abordados (via pública), apenas confirmado na delegacia, em dissonância ao que dispõe o art. 226 do CPP – Diante da fragilidade da prova e dos documentos juntados no processo criminal pelos autores, a prisão em flagrante não poderia ter sido convertida em preventiva, pois os autores demonstraram naqueles autos que estavam em outro local no momento do crime, e que tinham emprego e residência fixa – Ademais, para manutenção das prisões preventivas, as provas juntadas aos autos pelos autores sequer foram valoradas – Nesse contexto, considerando que a situação descrita nestes autos causou aos autores angústia exacerbada, pois mesmo após a apresentação das filmagens das câmeras demonstrando que estavam em outro local no horário do crime, ainda assim a prisão preventiva de ambos foi mantida, e permaneceram indevidamente presos por aproximadamente 70 (setenta) dias, sendo de rigor a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais – No que tange ao 'quantum' indenizatório, deve-se observar que seu arbitramento levará em conta as funções ressarcitória e punitiva da indenização – e esta admitida com tranquilidade pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – bem como a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, não podendo o dano moral representar procedimento de enriquecimento para aquele que se pretende indenizar – Sopesando todos esses ensinamentos e face às peculiaridades do caso em tela, o valor da indenização deve ser razoável e proporcional – Assim, considerando os danos sofridos pelos autores, fixe-se o valor da indenização por danos morais em R\$ 70.000,00 (setenta mil reais) para cada um dos autores desta ação, com incidência de correção monetária a partir



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

do arbitramento, isto é, da data deste julgamento, a teor da Súmula nº 362 do Colendo STJ, acrescida de juros moratórios incidentes a partir da data do evento danoso (prisão dos autores), conforme estabelece a Súmula nº 54 do Colendo STJ, nos termos definidos pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal no julgamento do Tema de Repercussão Geral nº 810, melhor detalhados pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Tema de Recursos Repetitivos nº 905, sem olvidar a incidência da Taxa SELIC a partir da publicação da Emenda Constitucional nº 113/21 em 09.12.2021, nos termos do art. 3º da referida norma constitucional – Honorários redimensionados – Sentença reformada – Recurso provido.

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 366/374, cujo relatório adoto, que julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial desta ação indenizatória. Sucumbentes, os autores foram condenados ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 20% sobre o valor da causa.

Insurgem-se os autores contra a r. sentença, alegando, em síntese, que: a) foram presos em flagrante no dia 23/06/2015, por estarem vestidos de maneira semelhante aos autores da tentativa de roubo, com posterior conversão da prisão em flagrante em preventiva, que perdurou por 70 (setenta) dias; b) no momento da abordagem os guardas não encontraram com os autores nenhuma arma; c) o reconhecimento dos autores não observou o que preconiza o art. 226 do CPP, pois no momento em que foram abordados pelos Guardas Civis Municipais, uma viatura da Guarda Civil Municipal levou a vítima ao local da abordagem para fazer o reconhecimento, quando deveriam ter encaminhado os autores à delegacia para que a autoridade policial procedesse o reconhecimento da maneira correta; d) inicialmente a vítima disse que reconheceu os autores, no entanto, posteriormente, informou que não poderia afirmar que eram os autores as pessoas que tentaram lhe roubar; e) a vítima foi coagida pelos Guardas Civis Municipais e pela autoridade policial a reconhecer os requerentes como autores do crime; f) o fato de estarem vestidos de maneira semelhante aos autores da tentativa de roubo não demonstra que foram eles que praticaram o crime; g) no momento da tentativa de roubo os requerentes estavam saindo do estabelecimento Gigante da Inter Sound, localizado em Taboão da Serra, no qual o Victor trabalhava, de modo que não poderiam estar no local onde ocorreu o roubo,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

pois o percurso traçado pelos autores era oposto ao local no qual ocorreu o crime; h) de acordo com as câmeras de segurança obtidas por familiares dos autores, no momento do crime (18h04min43seg) os autores trafegavam pela rua Líbia, endereço diverso do local do crime; i) as autoridades policiais não ouviram as testemunhas de defesa dos requerentes, pois, se tivessem ouvido ao menos o chefe do Victor concluiriam que no momento do crime eles estavam em local diverso do qual ocorreu a tentativa de roubo; j) a investigação que concluiu que os requerentes eram os autores do crime durou apenas sete dias, tempo exíguo para a conclusão de uma investigação; k) os guardas municipais, o Ministério Público e o Magistrado erraram, pois o conjunto probatório era insuficiente para manter os autores presos por 70 (setenta) dias; l) foram absolvidos por insuficiência de provas; m) antes da prisão os requerentes possuíam emprego e residência fixa; n) foram demitidos de seus empregos após serem postos em liberdade; o) não possuíam antecedentes criminais; p) é evidente que a prisão arbitrária causou-lhes danos morais. Requerem a reforma da r. sentença com a condenação dos réus ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 70.000,00 para cada um dos autores (fls. 411/424).

Em contrarrazões aos recursos interpostos (fls. 430/437 e 440/444), o Estado, arguiu, em preliminar de mérito, a ocorrência da prescrição, e, no mérito, pugnou, em síntese, pela manutenção do r. *decisum* de primeiro grau.

É o relatório.

Presente o pressuposto de admissibilidade recursal da tempestividade (fls. 379/382 e 411) – sem o recolhimento do preparo recursal o recurso dos autores a esta Superior Instância, por serem beneficiários da assistência judiciária gratuita, o recurso é recebido e conhecido, admitindo-se o seu processamento em seus regulares efeitos.

Não há falar em prescrição da pretensão indenizatória, pois o termo inicial para cômputo da prescrição é o trânsito em julgado da r. sentença proferida no feito criminal (Dec. nº 20.910/1932, art. 1º), até porque, *in*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

casu, incide também o comando do art. 200 do CC⁽¹⁾.

Assim, considerando que a decisão proferida na ação criminal transitou em julgado em 25/10/2019 (fl. 221), e que esta ação foi proposta em 06/11/2020 (fl. 1), afasta-se a ocorrência da prescrição, arguida pelo Estado nas contrarrazões (fls. 430/437).

Como é cediço, em linhas gerais, a responsabilidade civil do Estado é objetiva e está prevista no § 6º do art. 37 da CF, que dispõe que *“as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”*.

Nesse mesmo sentido, o art. 43 do Código Civil também adota os mesmos critérios constitucionais (*“as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”*).

Corroborando no estabelecimento da responsabilidade objetiva estatal, o § único do art. 927 do CC estabelece que *“aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”*, havendo *“obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”*, frente a adoção pelo direito pátrio da teoria do risco administrativo:

“A teoria do risco administrativo importa atribuir ao Estado a responsabilidade pelo risco criado pela sua atividade administrativa. Esta teoria, como se vê, surge como expressão concreta do princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos. É a forma democrática de repartir os ônus e encargos sociais por todos aqueles que são beneficiados pela atividade da Administração Pública.

⁽¹⁾ **CC, Art. 200.** *Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não ocorrerá prescrição antes da respectiva sentença definitiva.*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Toda lesão sofrida pelo particular deve ser ressarcida, independentemente de culpa do agente público que a causou. O que se tem que verificar é, apenas, a relação de causalidade entre a ação administrativa e o dano sofrido pelo administrado⁷² (g.n.).

Assim, para que a Administração Pública tenha o dever de indenizar, deve se demonstrar: a) a existência de dano patrimonial (lucro cessante e/ou dano emergente) e/ou extrapatrimonial (e.g. moral ou estético) sofrido pelo administrado; b) a conduta do agente ou do servidor público (fato administrativo); e c) o nexo de causalidade entre o dano e a conduta.

Em havendo conduta concorrente do agente ou servidor público e da vítima, somados aos demais requisitos, há o dever de a administração indenizar proporcionalmente em razão dos danos, assim como ocorre nos casos em que se verifica a concorrência de culpas na responsabilidade subjetiva, vez que afastada a chamada teoria do risco integral no direito brasileiro. Se houver apenas a conduta exclusiva da vítima na causação do dano, ou mesmo fato de terceiro, a administração pública não responde pela indenização:

“Convém registrar que a teoria do risco administrativo não se confunde com a do risco integral, muito embora alguns autores neguem a existência de qualquer distinção entre elas, chegando, mesmo, a sustentar que tudo não passa de uma questão de semântica. O risco administrativo, o risco integral e o acidente administrativo seriam rótulos diferentes para designar coisas iguais. A realidade, entretanto, é que a distinção se faz necessária para que o estado não venha a ser responsabilizado naqueles casos em que o dano não decorra diretamente ou indiretamente da atividade administrativa.

⁷² SERGIO CAVALIERI FILHO, *Programa de Responsabilidade Civil*, São Paulo, Atlas, 13 ed., 2019, item '72.6', p. 333.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Com efeito, a teoria do risco administrativo, embora dispense a prova da culpa da Administração, permite ao Estado afastar a sua responsabilidade nos casos de exclusão do nexa causal – fato exclusivo da vítima, caso fortuito, força maior e fato exclusivo de terceiro. O risco administrativo, repita-se, torna o Estado responsável pelos riscos da sua atividade administrativa, e não pela atividade de terceiros ou da própria vítima, e nem, ainda, por fenômenos da Natureza, estranhos à sua atividade. Não significa, portanto, que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular. Se o Estado, por seus agentes, não deu causa a esse dano, se inexistente relação de causa e efeito entre a atividade administrativa e a lesão, não terá lugar a aplicação da teoria do risco administrativo e, por via de consequência, o Poder Público não poderá ser responsabilizado”³ (g.n.).

Assim, no que tange à responsabilidade civil estatal por ato comissivo de agente ou de servidor público, basta apenas que se proceda à demonstração do fato administrativo e da eclosão do dano suportado pelo administrado, estabelecendo-se o nexa causal entre ambos.

Por outro lado, como ainda entende a maior parte da doutrina e da jurisprudência, no tocante à responsabilidade civil estatal por ato omissivo, há também a necessidade de se demonstrar a presença de culpa, como na responsabilidade subjetiva, em qualquer uma de suas modalidades (negligência, imprudência ou imperícia), ou dolo do agente ou servidor público, a fim de que se configure, então, o dever de indenizar.

Cabe ressaltar que as recentes decisões dos Tribunais Superiores, que passaram a reconhecer que responsabilidade civil do Estado por omissão também é objetiva, não permitem alcançar conclusão diversa, pois, mesmo de acordo com esse entendimento, exige-se a configuração da omissão específica do ente público:

³ SERGIO CAVALIERI FILHO, *Op. cit.*, item '72.6', p. 333.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FISCALIZAÇÃO DO COMÉRCIO DE FOGOS DE ARTIFÍCIO. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. NECESSIDADE DE VIOLAÇÃO DO DEVER JURÍDICO ESPECÍFICO DE AGIR. 1. A Constituição Federal, no art. 37, § 6º, consagra a responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Aplicação da teoria do risco administrativo. Precedentes da CORTE. 2. Para a caracterização da responsabilidade civil estatal, há a necessidade da observância de requisitos mínimos para aplicação da responsabilidade objetiva, quais sejam: a) existência de um dano; b) ação ou omissão administrativa; c) ocorrência de nexos causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa; e d) ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. 3. Na hipótese, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo concluiu, pautado na doutrina da teoria do risco administrativo e com base na legislação local, que não poderia ser atribuída ao Município de São Paulo a responsabilidade civil pela explosão ocorrida em loja de fogos de artifício. Entendeu-se que não houve omissão estatal na fiscalização da atividade, uma vez que os proprietários do comércio desenvolviam a atividade de forma clandestina, pois ausente a autorização estatal para comercialização de fogos de artifício. 4. Fixada a seguinte tese de Repercussão Geral: “Para que fique caracterizada a responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes do comércio de fogos de artifício, é necessário que exista a violação de um dever jurídico específico de agir, que ocorrerá quando for concedida a licença para funcionamento sem as cautelas legais ou quando for de conhecimento do poder público eventuais irregularidades praticadas pelo particular”. 5. Recurso extraordinário



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

desprovido. (RE 136861, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 11/03/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-201 DIVULG 12-08-2020 PUBLIC 13-08-2020 REPUBLICAÇÃO: DJe-011 DIVULG 21-01-2021 PUBLIC 22-01-2021).

In casu, a responsabilidade imputada aos réus decorre de atos praticados por agentes públicos – guardas municipais e agentes policiais, bem como em razão de negligência das autoridades policial e judicial, visto que são acusados pelos autores de não adotarem as cautelas necessárias para procederem ao reconhecimento, com subsequente reconhecimento da prisão em flagrante e subsequente conversão da prisão em flagrante em preventiva, circunstância que perdurou por aproximadamente 70 (setenta) dias, período em que os autores permaneceram presos (fls. 17 – auto de prisão em flagrante – e 168 – liminar deferindo a liberdade provisória).

O art. 226, inc. II, do CPP, determina que:

“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”.

Nas declarações prestadas na delegacia, a vítima relatou que:

(...) foi repentinamente abordada pelos dois desconhecidos que estavam em uma moto preta. Que o garupa puxou a bolsa da declarante, anunciou o assalto, disse: “passa a bolsa” SIC, insinuando que estava com algo por baixo da roupa, que a declarante ficou com medo mas segurou a bolsa. Então tinham vários carros na rua e a declarante se recorda que alguém, algum pedestre que estava logo atrás,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

que a declarante não sabe quem é, começou a gritar que estava acontecendo um assalto, chamando a atenção para as pessoas que estavam na rua.

Que até os carros que transitavam começaram a parar. Que, ato contínuo, os assaltantes fugiram tomando a mesma direção da rua, mas descendo. Que logo em seguida, um carro da Guarda Municipal que passava no local foi na mesma direção seguida pelos assaltantes e logo em seguida, menos de cinco minutos, eles retornaram perguntando quem tinha sido a vítima do assalto. Que questionaram a declarante sobre as características físicas dos roubadores, tendo a declarante informado que o garupa, que lhe abordou, estava vestido com uma blusa rosa bebê (camisa de manga curta) e bermuda. Que o assaltante que estava no piloto estava com um blusão (blusa de frio) vermelho, com detalhes em branco. Que a declarante indicou ainda que a moto era preta, mas não chegou a observar mais características. Que a declarante explicou ainda que eles não chegaram a roubar nenhum pertence seu e que não foi lesionada fisicamente. Que os autores só não conseguiram concretizar o assalto à declarante porque gritou e por causa das demais pessoas que estavam na rua e também porque uma viatura da GCM estava passando na rua rapidamente. Que a declarante, nesta unidade policial, reconheceu sem sombra de dúvidas, os dois indiciados como as pessoas que tentaram lhe assaltar, pelas vestes que ambos usavam e também reconheceu sem sombra de dúvidas a motocicleta na cor preta que lhe foi apresentada e que estava sendo usada pelos indicados. (fl. 23)

No dia 30/06/2015 as prisões em flagrante decretadas contra os autores foram convertidas em preventivas (fls. 94/95).

Nesse contexto, no dia 1º/7/2015, os autores requereram a expedição de ofício à empresa Companhia Distribuidora de Motores Cummin, localizada na Rodovia Regis Bittencourt nº 1.400, Jardim Monte Alegre,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Taboão da Serra/SP, para que fornecessem a filmagem externa da rua Antonio Pestana, local onde ocorreu o crime, no dia 23/06/2015, entre 17h30min e 19h30min (fl. 60), e também diligenciaram nos estabelecimentos que estavam no trajeto do percurso que fizeram na data do crime, para demonstrar que no horário do roubo estavam em local diverso do crime.

Com as filmagens, os autores requereram liberdade provisória, ou, na hipótese de entendimento diverso, a conversão das preventivas por quaisquer das medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP (fls. 66/76 e 77/79).

In casu, contudo, as imagens trazidas pelos autores sequer foram valoradas na r. decisão que indeferiu o pedido supramencionado (fl. 84). Em seguida, a denúncia foi recebida (fls. 85/86).

Reiterado o pedido de liberdade provisória (fl. 103), a douta Magistrada proferiu decisão idêntica à proferida a fl. 84 (fl. 104), novamente sem valoração das filmagens e documentos trazidos aos autos a fls. 66/76 e 77/79.

Nesse contexto, os autores impetraram *Habeas Corpus* – processo nº 2180196-09.2015.8.26.00000 – no qual juntaram uma carta escrita de próprio punho pela vítima, com o seguinte teor:

“Eu, Frankslane Souza Andrade, portadora do RG: 09.540.255-12-SSp/BA, por livre e espontânea vontade e sem sofrer nenhuma coação, na qualidade de vítima no processo no processo número 0004720-07.2015.8.26.0609, venho através da presente, declarar que após estar mais calma e não no calor da situação de medo e pânico, o qual havia passado e ainda pela pressão que houve da GCM para o reconhecimento dos ladrões, fui levada ao erro, e ainda, após ter conhecimento das imagens das câmeras de segurança de vias públicas próximas, cuja autenticidade é firmada pelos advogados dos réus Ricardo Silva Araújo e Victor Manuel dos Santos, as quais já foram levadas a conhecimento das autoridades, e analisando com calma as imagens sem a forte emoção do momento, cheguei a conclusão que os autores da tentativa de roubo não foram



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

os réus Ricardo e Victor, qualificados no processo e sim outros indivíduos desconhecidos até o momento.

Tal conclusão prende-se ao fato da moto que aparece nas imagens da rua onde ocorreu o crime, ser conduzida por dois indivíduos que não condizem com as características dos réus e que pelas circunstâncias da ocasião e até mesmo as informações da própria GCM, acabaram confundindo a minha pessoa que estava muito nervosa diante da situação de ser conduzida até uma via pública à noite para o reconhecimento dos supostos meliantes, situação que nunca vivenciada até então.

Informo ainda que o acusado Victor é pessoa conhecida por um vizinho e amigo companheiro, fato este que só descobri há uma semana, sendo que o citado vizinho conhece o mesmo desde seu nascimento e ser informada por meu esposo que visualizou as imagens nas redes sociais, You Tube, e através de pesquisa no site do TJSP, localizei o processo e o nome dos advogados que defendem os acusados, os quais entrego a presente declaração, para que tomem as devidas providências visando a liberdade dos réus, que se encontram privados da sua liberdade, bem como a extinção do processo penal movido pela Justiça Pública contra os 02 (dois) acusados, por não serem os mesmos do crime em que foram acusados.” (fls. 14/15 do HC processo nº 2180196-09.2015.8.26.00000).

Diante desta carta e das demais provas juntadas ao HC processo nº 2180196-09.2015.8.26.00000, no dia 3/9/2015, o Relator concedeu a liminar para *“deferir a liberdade provisória aos pacientes, nos termos do art. 321 do CPP, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais.”* (fls. 187/188 do processo nº 2180196-09.2015.8.26.00000).

A r. sentença proferida na ação penal, processo nº 0004720-07.2015.8.26.0609 (copiada a fls. 175/177 destes autos), absolveu os réus consignando que:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*Embora a palavra da vítima seja de suma importância em crimes desta natureza, é certo que a vítima passou as características das vestimentas dos assaltantes depois que os réus haviam sido abordados. **É possível que tenha sido influenciada.** Ademais, a própria vítima informou em Juízo que a rua é muito escura, que ficou muito nervosa e que somente viu a lateral dos assaltantes.” (g.n)*

Interposto recurso de apelação pelo Ministério Público, contra a r. sentença proferida no processo nº 0004720-07.2015.8.26.0609, requerendo a condenação dos autores nos termos da denúncia (copiada a fls. 206/214 destes autos), o D. Relator manteve a r. sentença sob o seguinte fundamento:

“Entretanto, em que pese a combatividade do douto representante do Ministério Público, tem-se que o reclamo é improcedente, pois as provas foram inconclusivas sobre a autoria do crime.

De fato, as provas, bastante confusas e incoerentes, não oferecem a necessária certeza para a condenação dos apelados, uma vez que a vítima em suas declarações na fase policial e em juízo afirmou que realizou o reconhecimento somente através das características das roupas dos apelados, não conseguindo ver o rosto deles durante o roubo, pois a rua era muito escura.

E, convenhamos, reconhecimento pelas vestes não é o bastante para a pretendida condenação.

Importante ressaltar que os apelados são primários e sempre negaram a acusação.” (fls. 215/219)

Assim, deduz-se, que o processo criminal nº 0004720-07.2015.8.26.0609 está equivocado desde a prisão em flagrante dos autores, pois, segundo relato da vítima, o reconhecimento dos requerentes foi



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

feito sob pressão, no local onde os autores foram abordados (via pública), apenas confirmado na delegacia, em dissonância ao que dispõe o art. 226 do CPP.

Menciono, nesse sentido, precedentes recentes do C.

STJ:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO. RECONHECIMENTO PESSOAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. SUPORTE PROBATÓRIO INSUFICIENTE À CONDENAÇÃO. CERTEZA NÃO DEMONSTRADA. NULIDADE RECONHECIDA. ABSOLVIÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, por ocasião do julgamento do HC n. 598.886/SC (Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz), realizado em 27/10/2020, propôs nova interpretação do art. 226 do CPP, segundo a qual a inobservância do procedimento descrito no mencionado dispositivo legal torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo. Confirmam-se, a propósito, as conclusões apresentadas por ocasião do mencionado julgamento (HC n. 598.886/SC): (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, 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; (iv) O reconhecimento do suspeito por



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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. 2. hipótese, não há certeza sobre a autoria do delito, fundada unicamente em questionável reconhecimento fotográfico e pessoal feito pelas vítimas em sede policial, sem o cumprimento do rito processual previsto em lei. Dos elementos probatórios que instruem o feito, verifica-se que a autoria delitiva do crime de roubo cometido tem como único elemento de prova o reconhecimento em delegacia, sem observância das disposições do art. 226 do CPP, prova que não restou sequer confirmada em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Em conclusão, o Juízo condenatório proferido pelo Tribunal a quo, fundado tão somente no reconhecimento fotográfico e pessoal que não observou o devido regramento legal - portanto, dissociado de outros elementos probatórios suficientes para lastrear idoneamente a condenação -, está em desconformidade com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1954785/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/09/2021, DJe 04/10/2021);

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO MAJORADO. ROUBO. RECONHECIMENTO FOTOGRAFICO E PESSOAL REALIZADOS EM SEDE POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE O TEMA. AUTORIA ESTABELECIDADA UNICAMENTE COM BASE EM RECONHECIMENTO FOTOGRAFICO EFETUADO PELA VÍTIMA. ABSOLVIÇÃO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. 1. Esta Corte - HC 535.063/SP, Terceira Seção,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgR no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, 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. 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. 3. Em julgados recentes, ambas as Turmas que compõe 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). 4. Dos elementos probatórios que instruem o feito, verifica-se que a autoria delitiva do crime de roubo cometido contra Cíntia tem como único elemento de prova o reconhecimento fotográfico em delegacia, sem observância das disposições do art. 226 do CPP, prova que não restou sequer confirmada em juízo pela vítima Cíntia, que não foi capaz de fazer o reconhecimento (e-STJ, fl. 69), sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. 5. Quanto ao crime de roubo contra a vítima Bruna, esta realizou igualmente o reconhecimento fotográfico, em desconformidade com a norma do art. 226 do CPP, tendo, contudo, confirmado em juízo o reconhecimento, o que não expurga sua mácula, mantendo-



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

se inservível como prova em ação penal. Malgrado Bruna aponte em depoimento que Cíntia tenha testemunhado seu roubo, não há nos autos depoimento de Cíntia nesse sentido. Por conseguinte, tendo em vista a falta de outros elementos probatórios para sustentar a condenação do paciente no roubo contra Bruna, de rigor sua absolvição. 6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reconhecer a nulidade ocorrida em relação ao reconhecimento pessoal do paciente e, por consequência, absolvê-lo de ambos os roubos imputados. (HC 591.920/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/06/2021, DJe 25/06/2021);

HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, II, E § 2º-A, I, DO CP. ABSOLVIÇÃO EM PRIMEIRO GRAU. SENTENÇA REFORMADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. PROVA DA AUTORIA DELITIVA. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO NA FASE INQUISITORIAL RATIFICADO EM JUÍZO. INEXISTÊNCIA DE OUTRAS PROVAS. INOBSERVÂNCIA DO ART. 226 DO CPP. SUPORTE PROBATÓRIO INSUFICIENTE À CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA. EVIDÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 1. De acordo com o entendimento mais recente desta Corte, 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 n. 598.886/SC, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 18/12/2020). 2. Hipótese em que a condenação do paciente se baseou em reconhecimento fotográfico realizado na fase inquisitorial e posteriormente ratificado em juízo, sem notícia de que tenham sido observadas as regras do art. 226 do Código de Processo Penal e sem que houvesse nenhuma outra prova produzida em seu desfavor, valendo notar que a própria



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ratificação em juízo não se deu com absoluta segurança, porquanto uma das vítimas afirmou que estava bastante nervosa e o rosto do agente estava coberto, e a outra igualmente mencionou que os homens cobriam os rostos, motivo pelo qual não poderia dar 100% de certeza. 3. Ordem concedida para restabelecer a sentença de absolvição do paciente no Processo n. 0008153-50.2020.8.19.0023 da 1ª Vara Criminal da comarca de Itaboraí/RJ. (HC 653.316/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 22/06/2021, DJe 29/06/2021).

No mesmo sentido já decidiu este E. Tribunal de Justiça:

Apelação. Roubo simples. Mérito. Prova. Insuficiência. Autoria não comprovada. Reconhecimentos frágeis realizados e com inobservância do disposto no art. 226 do CPP. Nova interpretação do C. STJ. Incidência do princípio in dubio pro reo. Recurso defensivo provido. (TJSP; Apelação Criminal 1517346-84.2020.8.26.0228; Relator (a): LUIZ FERNANDO VAGGIONE; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 29ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 28/01/2022; Data de Registro: 28/01/2022).

Diante da fragilidade da prova e dos documentos juntados no processo criminal pelos autores, a prisão em flagrante não caberia a conversão da prisão em preventiva, pois os autores demonstraram naqueles autos que estavam em outro local no momento do crime, e que tinham emprego e residência fixa (fls. 66/76 e 77/79).

Ademais, para manutenção das prisões preventivas, as provas juntadas aos autos pelos autores sequer foram valoradas (vide decisões que mantiveram as preventivas – fls. 84 e 104)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Nesse contexto, considerando que a situação descrita nestes autos causou aos autores angústia exacerbada, pois mesmo após a apresentação das filmagens das câmeras demonstrando que eles estavam em outro local no horário do crime, ainda assim a prisão preventiva de ambos foi mantida, e que permaneceram presos por aproximadamente 70 (setenta) dias, de rigor a condenação dos réus ao pagamento de indenização por danos morais.

No que tange ao *quantum* indenizatório, deve-se observar que seu arbitramento levará em conta as funções ressarcitória e punitiva da indenização – e esta admitida com tranquilidade pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – bem como a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, não podendo o dano moral representar procedimento de enriquecimento para aquele que se pretende indenizar.

Com efeito, a indenização do dano moral encontra base doutrinária e jurisprudencial na teoria do desestímulo à prática de nova e reiterada conduta ilícita, com intuito claro de advertir ao lesante que não mais se admite postura neste sentido, também conhecida como função punitiva da indenização (intimidativa, pedagógica e profilática); bem como no princípio da razoabilidade, arbitrando-se valor moderado, equitativo e compatível à situação econômica do ofensor e do ofendido, sem que cause a penúria do primeiro e o enriquecimento do segundo.

Ou seja, é na fixação de indenização, como forma de compreensão ao dano moral sofrido, que a equidade equilibra o valor do pedido, do que realmente se necessita e o do que se pode pagar, sempre ao arbítrio subjetivo e prudente do Julgador.

No que concerne a tal arbitramento, ressalte-se que os Tribunais pátrios têm procurado, à míngua de critérios legais para seu procedimento, valorar as situações submetidas à análise, de modo a evitar que a indenização assim concedida seja fonte de enriquecimento indevido para quem a recebe, ao mesmo tempo em que se busca desestimular o ofensor a repetir o cometimento do ilícito.

Destarte, sopesando todos esses ensinamentos doutrinários e jurisprudenciais e face às peculiaridades do caso em tela, o valor da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

indenização deve ser razoável e proporcional.

Assim, considerando que os autores ficaram presos por 70 aproximadamente (setenta) dias – foram presos no dia 23/6/2015 e soltos após a decisão proferida no HC nº 2180196-09.2015.8.26.0000, em 3/9/2015 (fls. 17 e 187/188 do HC nº 2180196-09.2015.8.26.0000) – e que as provas juntadas aos autos demonstrando que não foram os requerentes os autores do crime sequer foram valoradas pelo douto magistrado que conduziu e julgou a ação penal nº 0004720-07.2015.8.26.0609, fixa-se o valor da indenização por dano moral em R\$ 70.000,00 (setenta mil reais) para cada um dos autores desta ação, devida solidariamente pelos réus – a quem tocará ressarcir a metade do valor ao ente que eventualmente a tenha solvido integralmente, em consonância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, com incidência de correção monetária a partir do arbitramento, isto é, da data deste julgamento, a teor da Súmula nº 362 do Colendo STJ, acrescida de juros moratórios incidentes a partir da data do evento danoso (prisão dos autores), conforme estabelece a Súmula nº 54 do Colendo STJ, nos termos definidos pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal no julgamento do Tema de Repercussão Geral nº 810, melhor detalhados pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Tema de Recursos Repetitivos nº 905, sem olvidar a incidência da Taxa SELIC a partir da publicação da Emenda Constitucional nº 113/21 em 09.12.2021, nos termos do art. 3º da referida norma constitucional.

Menciono, nesse sentido, trecho do V. Acórdão proferido nos autos do processo nº 1001114-25.2021.8.26.0291, de relatoria do Desembargador **Fermino Magnani Filho**, que manteve a indenização por danos morais, fixada em R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) pelo juízo de primeiro grau, em caso semelhante ao ocorrido nestes autos:

“Ação julgada procedente nestes termos: Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido para condenar a requerida ao pagamento da quantia de R\$ 80.000,00 com atualização monetária pela Tabela Prática do E. TJ/SP, partir da presente data (Súmula 362 do STJ) e juros moratórios, desde o evento danoso, calculados na forma do artigo 1º-F da Lei



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

9494/97. *Em consequência, JULGO EXTINTO o feito com fundamento no art.487, I, do Código de Processo Civil. Em razão da sucumbência, arcará a FESP com o pagamento de honorários advocatícios, ora fixados, na forma do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil, em 10% sobre o valor atualizado da condenação (fls 151). 2- Configura-se a responsabilidade civil objetiva do Estado pela existência de nexo de causalidade entre a conduta estatal e o dano. Presentes estes três elementos, de rigor a indenização, sendo prescindível a análise da culpa. Este raciocínio encontra substrato na Carta Política, cujo artigo 37, § 6º, é explícito: As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.” (TJSP; **Apelação Cível 1001114-25.2021.8.26.0291; Relator (a): FERMINO MAGNANI FILHO; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de Jaboticabal - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 17/05/2022; Data de Registro: 17/05/2022).***

Diante da reversão do resultado da demanda, e, conseqüentemente, dos ônus sucumbenciais, em razão do acolhimento do pleito dos autores, em observância ao disposto no art. 85, §§ 1º, 3º, 4º, II, 5º, 9º e 11, do CPC, também computada a sucumbência recursal do apelado (§§ 1º e 11), a verba honorária devida pelos apelados aos advogados dos apelantes deverá ser fixada no momento da liquidação do julgado, nos percentuais previstos nos incisos de I a V, do § 3º, do art. 85, do CPC/15, observando que a fixação do valor da indenização em valor inferior ao inicialmente solicitado não importa em sucumbência recíproca (Súmula 326 do STJ).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Por derradeiro, considero prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional invocada, observando o pacífico entendimento do Colendo STJ de que *“é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida”*. Além disso, esclareço também que eventuais recursos de *“embargos declaratórios, mesmo para fins de prequestionamento, só são admissíveis se a decisão embargada estiver eivada de algum dos vícios que ensejariam a oposição dessa espécie recursal”* (STJ, EDcl no RMS nº 18205/SP, rel. Min. FELIX FISCHER, 5ª Turma, julgado em 18.04.2006).

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso.

CARLOS VON ADAMEK

Relator