



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS N° 888117 - SP (2024/0027832-8)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : GUILHERME DOS SANTOS (PRESO)
ADVOGADO : RAFAEL SILVA DE OLIVEIRA - SP394128
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ROUBO MAJORADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. VIOLAÇÃO AO ART. 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. *DISTINGUISHING*. OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS EVIDENCIADOS. EXCLUSÃO DA MAJORANTE DO EMPREGO DA ARMA DE FOGO. DESNECESSIDADE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Em julgados recentes, ambas as Turmas que compõe 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".

2. No caso dos autos, dos elementos probatórios que instruem o feito, verifica-se que a autoria delitiva do crime de roubo não tem como único elemento de prova o reconhecimento fotográfico, o que gera *distinguishing* em relação ao acórdão paradigma da alteração jurisprudencial, sendo que as instâncias ordinárias contam com as declarações da vítima e provas indiciárias do roubo para robustecer o arcabouço probatório.

3. É despicienda a apreensão e a perícia da arma de fogo, para a incidência da majorante do art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, quando existirem, nos autos, outros elementos de prova que evidenciem a sua utilização no roubo.

4. Embora reconhecida a incidência das atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea, tendo a pena-base sido fixada no piso legal, descabe falar em ilegalidade no cálculo dosimétrico, pois, a teor do entendimento da Súmula 231/STJ, "a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".

5. "A incidência do verbete n. 231/STJ permanece firme na jurisprudência desta Corte e o Aggravante não trouxe argumento idôneo que, em tese, poderia justificar uma modificação do entendimento acerca do tema (overruling)" (AgRg no AREsp n. 2.243.342/PA, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 2/5/2023, DJe de 9/5/2023).

6. 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, no caso, o *modus operandi* do delito.

7. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 02/04/2024 a 08/04/2024, 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, 08 de abril de 2024.

Ministro Ribeiro Dantas
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS N° 888117 - SP (2024/0027832-8)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : GUILHERME DOS SANTOS (PRESO)
ADVOGADO : RAFAEL SILVA DE OLIVEIRA - SP394128
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ROUBO MAJORADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. VIOLAÇÃO AO ART. 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. *DISTINGUISHING*. OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS EVIDENCIADOS. EXCLUSÃO DA MAJORANTE DO EMPREGO DA ARMA DE FOGO. DESNECESSIDADE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Em julgados recentes, ambas as Turmas que compõe 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".

2. No caso dos autos, dos elementos probatórios que instruem o feito, verifica-se que a autoria delitiva do crime de roubo não tem como único elemento de prova o reconhecimento fotográfico, o que gera *distinguishing* em relação ao acórdão paradigma da alteração jurisprudencial, sendo que as instâncias ordinárias contam com as declarações da vítima e provas indiciárias do roubo para robustecer o arcabouço probatório.

3. É despicienda a apreensão e a perícia da arma de fogo, para a incidência da majorante do art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, quando existirem, nos autos, outros elementos de prova que evidenciem a sua utilização no roubo.

4. Embora reconhecida a incidência das atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea, tendo a pena-base sido fixada no piso legal, descabe falar em ilegalidade no cálculo dosimétrico, pois, a teor do entendimento da Súmula 231/STJ, "a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".

5. "A incidência do verbete n. 231/STJ permanece firme na jurisprudência desta Corte e o Aggravante não trouxe argumento idôneo que, em tese, poderia justificar uma modificação do entendimento acerca do tema (overruling)" (AgRg no AREsp n. 2.243.342/PA, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 2/5/2023, DJe de 9/5/2023).

6. 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, no caso, o *modus operandi* do delito.

7. Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto, contra decisão monocrática que não conheceu do *habeas corpus* (e-STJ, fls. 56-69).

A parte agravante alega, em síntese, que há nulidade decorrente da inobservância do art. 226 do Código de Processo Penal e que a condenação não teria apontado outros elementos para a condenação que não o reconhecimento.

Reitera que deve ser afastada a causa de aumento do emprego de arma de fogo, considerando que não foi apreendida a arma e as vítimas não souberam precisar se a arma era real ou de brinquedo.

Entende que a pena deve ser reduzida aquém do mínimo legal, argumentando que "ao reincidente uma pena menor por confessar, por exemplo, e negar igual direito a pessoa primária, de bons antecedentes, esvazia o instituto da confissão." (e-STJ, fl. 75).

Por fim, reitera a falta de fundamento para a fixação do regime fechado.

Pede, ao final, o provimento do presente agravo, para que seja concedida a ordem.

É o relatório.

VOTO

Não obstante as razões do agravo regimental, a decisão deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Consoante já demonstrado na decisão recorrida, o acórdão de origem assim considerou:

"[...]

Aliás, o reconhecimento pessoal em Juízo, ao contrário do que se sustenta, observou o procedimento do art. 226 do Código de Processo Penal, tanto que as vítimas descreveram as características físicas do roubador e, depois, o recorrente foi colocado em uma sala, ao lado de outras duas pessoas com características físicas semelhantes, tendo sido apontado, com segurança, como sendo um dos autores do crime.

Ainda que assim não fosse, isso não tornaria a prova ilegítima. É uma mera faculdade, quando existe dúvida quanto ao dito pela vítima. As regras a serem seguidas não podem causar transtorno a quem foi lesado, ele já sofreu com a ocorrência da infração penal, não pode ser submetido a mais transtornos.

O ordenamento jurídico deve privilegiar quem convive em sociedade de maneira harmônica, não criar desnecessários embaraços quando vai resolver uma questão penal.

"[...]

É a hipótese dos autos, ou seja, houve decreto condenatório não só pelo reconhecimento na polícia, mas por outros elementos probatórios e o contexto fático existente, não se podendo, pois, falar de nulidade.

"[...]

Como se vê, os policiais, em depoimentos coesos e seguros, incriminam o recorrente, pois afirmaram que o visualizaram desembarcar do veículo que posteriormente constataram se tratar daquele produto de roubo, certo que o policial Mycol esclareceu que, durante a perseguição, não o perdeu de vista. Com efeito, inexistente razão para rechaçar as suas narrativas, prevalecendo a presunção de legitimidade dos atos em favor da segurança pública.

Não há motivos para desmerecer os depoimentos. Ao contrário, destaque-se, desde já, o apelante não mostrou que quisessem prejudicá-lo gratuitamente. Inexiste indícios de que queiram mentir. Eles desejam, sim, apresentar o resultado de seu trabalho para inibir a disseminação de crimes.

[...]

O veículo subtraído foi encontrado em poder do recorrente. Assim, reforça-se ser um dos autores do roubo.

Cafferata Nores salienta que a posse da res furtiva é indício tanto mais unívoco e relevante para a inferência da autoria dos crimes subtrativos quanto mais próximos, no tempo e no espaço, o fato indiciário e o fato indicado (La prueba en el proceso penal, ed. Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 184)." (e-STJ, fls. 36-42)

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, no sentido de que se determine, 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 - autorizariam a condenação, potencializando, assim, o concreto risco de graves erros judiciários. 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 1,95 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;

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 diasmulta. 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 n. 598.886/SC, relator Ministro Rogerio

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 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 fixara 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).

A esse respeito, convém a transcrição dos seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓ PRIO. ROUBO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO E PESSOAL REALIZADOS EM SEDE POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. INVALIDADE DA PROVA. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE O TEMA. AUTORIA ESTABELECIDADA UNICAMENTE COM BASE EM RECONHECIMENTO EFETUADO PELA VÍTIMA. ABSOLVIÇÃO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO, DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso ou ação cabível, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus. (AgRg no HC 437.522/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/06/2018, DJe 15/06/2018).

2. A jurisprudência desta Corte vinha entendendo que "as disposições contidas no art. 226 do Código de Processo Penal configuram uma recomendação legal, e não uma exigência absoluta, não se cuidando, portanto, de nulidade quando praticado o ato processual (reconhecimento pessoal) de forma diversa da prevista em lei" (AgRg no AREsp n. 1.054.280/PE, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, DJe de 13/6/2017). Reconhecia-se, também, que o reconhecimento do acusado por fotografia em sede policial, desde que ratificado em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, pode constituir meio idôneo de prova apto a fundamentar até mesmo uma condenação.

3. Recentemente, no entanto, a Sexta Turma desta Corte, no julgamento do HC 598.886 (Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe de 18/12/2020, revisitando o tema, propôs nova interpretação do art. 226 do CPP, para estabelecer 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".

4. Uma reflexão aprofundada sobre o tema, com base em uma compreensão do processo penal de matiz garantista voltada para a busca da verdade real de forma mais segura e precisa, leva a concluir que, com efeito, o reconhecimento (fotográfico ou presencial) efetuado pela vítima, em sede inquisitorial, não constitui evidência segura da autoria do delito, dada a falibilidade da memória humana, que se sujeita aos efeitos tanto do esquecimento, quanto de emoções e de sugestões vindas de outras pessoas que podem gerar "falsas memórias", além da influência decorrente de fatores, como, por exemplo, o tempo em que a vítima esteve exposta ao delito e ao agressor; o trauma gerado pela gravidade do fato; o tempo decorrido entre o contato com o autor do delito e a realização do reconhecimento; as condições ambientais (tais como visibilidade do local no momento dos fatos); estereótipos culturais (como cor, classe social, sexo, etnia etc.).

5. Diante da falibilidade da memória seja da vítima seja da testemunha de um delito, tanto o reconhecimento fotográfico quanto o reconhecimento presencial de pessoas efetuado em sede inquisitorial devem seguir os procedimentos descritos no art. 226 do CPP, de maneira a assegurar a melhor acuidade possível na identificação realizada. Tendo em conta a ressalva, contida no inciso II do art. 226 do CPP, a colocação de pessoas semelhantes ao lado do suspeito será feita sempre que possível, devendo a impossibilidade ser devidamente justificada, sob pena de invalidade do ato.

6. 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, ainda que confirmado em juízo, o reconhecimento falho se revelará incapaz de permitir a condenação, como regra objetiva e de critério de prova, sem corroboração do restante do conjunto probatório, produzido na fase judicial.

7. Caso concreto: situação em que a autoria de crime de roubo foi imputada ao réu com base exclusivamente em reconhecimento fotográfico e pessoal efetuado pela vítima em sede policial, sem a observância dos preceitos do art. 226 do CPP, e muito embora tenha sido ratificado em juízo, não encontrou amparo em provas independentes. Configura induzimento a uma falsa memória, o fato de ter sido o marido da vítima, que é delegado, o responsável por chegar à primeira foto do suspeito, supostamente a partir de informações colhidas de pessoas que trabalhavam na rua em que se situava a loja assaltada, sem que tais pessoas jamais tenham sido identificadas ou mesmo chamadas a testemunhar. Revela-se impreciso o reconhecimento fotográfico com base em uma única foto apresentada à vítima de pessoa bem mais jovem e com traços fisionômicos diferentes dos do réu, tanto mais quando, no curso da instrução probatória, ficou provado que o réu havia se identificado com o nome de seu irmão. Tampouco o reconhecimento pessoal em sede policial pode ser reputado confiável se, além de ter sido efetuado um ano depois do evento com a apresentação apenas do réu, a descrição do delito demonstra que ele durou poucos minutos, que a vítima não reteve características marcantes da fisionomia ou da compleição física do réu e teve suas lembranças influenciadas tanto pelo decurso do tempo quanto pelo trauma que afirma ter sofrido com o assalto.

8. Tendo a autoria do delito sido estabelecida com base unicamente em questionável reconhecimento fotográfico e pessoal feito pela vítima, deve o réu ser absolvido.

9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para absolver o

paciente. (HC n. 652.284/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 27/4/2021, DJe de 3/5/2021.)

"RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. PICHANÇA. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DE PESSOA REALIZADO NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. ELEMENTO INFORMATIVO INSUFICIENTE PARA CONFIGURAR INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. TRANCAMENTO DO PROCESSO. EXCEPCIONALIDADE EVIDENCIADA. RECURSO EM *HABEAS CORPUS* PROVIDO.

1. Conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior, o trancamento do processo no âmbito de *habeas corpus* é medida excepcional, somente cabível quando demonstrada, de maneira inequívoca, a absoluta ausência de provas da materialidade do crime e de indícios de autoria, a atipicidade da conduta ou a existência de causa extintiva da punibilidade. Ademais, dada a excepcionalidade do trancamento do processo em *habeas corpus*, é necessário que o alegado constrangimento ilegal seja manifesto, perceptível *primus ictus oculi*.

2. A Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, por ocasião do julgamento do HC n. 598.886/SC, realizado em 27/10/2020, propôs nova interpretação ao art. 226 do CPP, a fim de superar o entendimento, até então vigente, de que o disposto no referido artigo constituiria "mera recomendação" e, como tal, não ensejaria nulidade da prova eventual descumprimento dos requisitos formais ali previstos. Na ocasião, foram apresentadas as seguintes conclusões: 2.1) 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; 2.2) 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; 2.3) 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; 2.4) 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.

3. No caso, a recorrente foi denunciada com base tão somente em reconhecimento fotográfico extrajudicial, realizado em desconformidade ao modelo legal, a partir de imagens de câmera de segurança - em que aparece a suspeita a metros de distância e sem visão frontal - e sem possibilidade de exata percepção da fisionomia da autora da conduta criminosa.

4. A autoridade policial não exibiu à testemunha outras fotografias de indivíduos com características semelhantes às da recorrente. Em nenhum momento, houve qualquer tentativa de realizar o reconhecimento pessoal da acusada, nos moldes do art. 226 do CPP. Ademais, não houve flagrante delito, tampouco foi a recorrente localizada na posse de qualquer instrumento ou objeto que indicassem ser ela a autora da infração, de maneira que o reconhecimento fotográfico, como único elemento indicativo de autoria e fruto de uma singela pesquisa na rede social Facebook, realizada pela parte interessada, não constitui indícios suficientes de autoria para fins de justificar a deflagração da ação penal.

5. Ademais, não houve preocupação estatal em confirmar ou refutar evidências,

trazidas pela defesa ainda na fase inquisitorial, sobre ser fisicamente impossível que a mulher que aparecera nas gravações da câmera de segurança fosse a recorrente, por estar em local diverso no momento em que perpetrado o fato delituoso.

6. Ao Ministério Público, como fiscal do direito (custos iuris), compromissado com a verdade, cabe velar pela higidez e fidelidade da investigação aos fatos sob apuração, de sorte a dever, antes de promover a ação penal - que não pode ser uma mera aposta no êxito da acusação - diligenciar para o esclarecimento de fatos e circunstâncias que possam interessar ao investigado, ao propósito de evitar acusações infundadas. Vale dizer, do Ministério Público se espera um comportamento processual que não se afaste do indispensável compromisso com a verdade, o que constitui, na essência, a desejada objetividade de sua atuação.

7. Sob a égide de um processo penal de cariz garantista - o que nada mais significa do que concebê-lo como atividade estatal sujeita a permanente avaliação de sua conformidade à Constituição da República ("O direito processual penal não é outra coisa senão Direito constitucional aplicado", dizia-o W. Hassemer) - busca-se uma verdade processualmente válida, em que a reconstrução histórica dos fatos objeto do juízo se vincula a regras precisas, que assegurem às partes maior controle sobre a atividade jurisdicional e mediante standards probatórios que garantam ao jurisdicionado alguma segurança contra incursões abusivas em sua esfera de liberdade.

8. Recurso em habeas corpus provido, a fim de determinar o trancamento do Processo n. 0002804-78.2018.8.26.0011, da 1ª Vara Criminal do Foro Regional de Pinheiros - SP, sem prejuízo de que outra acusação seja formalizada, dessa vez com observância aos requisitos legais. (RHC n. 139.037/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 13/4/2021, DJe de 20/4/2021.)

No caso dos autos, ao contrário do que sustenta a defesa, o Tribunal de origem afirmou que o reconhecimento do paciente seguiu os trâmites legais. Por outro lado, dos elementos probatórios que instruem o feito, verifica-se que a autoria delitiva do crime de roubo não tem como único elemento de prova o reconhecimento fotográfico, considerando que o paciente foi encontrado na posse do veículo subtraído. Tais circunstâncias geram *distinguishing* em relação ao acórdão paradigma da alteração jurisprudencial.

Outrossim, não comporta guarida o pedido de exclusão da majorante do emprego de arma de fogo em razão da não apreensão, assim como decidido pelo Tribunal de origem:

"[...]"

O emprego de arma de fogo também ficou demonstrado pelo dito pelas vítimas, pois afirmaram que os roubadores portavam ao menos três artefatos dessa natureza. E, para o reconhecimento dessa causa de aumento, não há necessidade de se apreender ou submeter a arma de fogo à perícia, notadamente quando comprovada sua utilização por outros meios de prova, consoante farta jurisprudência (STF - HC94236/RS T2 Segunda Turma - Min. Teori Zavascki J. em 3.9.2013; HC106455/SP T1 Primeira Turma Min. Rosa Weber J. em 4.12.2013; HC111959/SP T2 Segunda Turma - Min. Ricardo Lewandowski J. em 7.8.2012; RHC 111434/DF T1 Primeira Turma Min. Cármen Lúcia J. em 1.4.2012; HC103910/MG T1 Primeira Turma Min. Luiz Fux J. em 8.11.2011 e HC 107793/RS T2 Segunda Turma Min. Ayres Britto J. em 31.5.2011. TACRIMSP revisão Rel. Gonzaga Franceschini JUTACRIM 93/378; TACRIM SP AC Rel. Haroldo Luz RT 680/362; TACRIM SP AC Rel. Sérgio Pitombo RJD19/159; TACRIM SP AC Rel. Almeida Braga RT 676/315 e TACRIM S Previsão Rel. Ferreira Rodrigues JUTACRIM 29/464). De se observar que há julgado admitindo apenas a palavra da vítima para reconhecer sua incidência (Apelação nº 1.286.417/1 12ª Câmara de Direito Criminal Relator: Barbosa de Almeida J. em 25.2.2002 V. U.

Quanto ao tema, a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência n. 961.863/RS, firmou o entendimento de que é despicienda a apreensão e a perícia da arma de fogo, para a incidência da majorante do art. 157, § 2º, inciso I, do CP, quando existirem, nos autos, outros elementos de prova que evidenciem a sua utilização no roubo. Para corroborar tal entendimento, os seguintes julgados:

"DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. PEDIDO DE EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO INCISO I DO § 2º-A DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DA APREENSÃO DE ARMA DE FOGO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

III - De toda sorte, reitere-se que a Terceira Seção desta Corte, quando do julgamento do EREsp n. 961.863/RS, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, firmou o entendimento no sentido de que, para a incidência da causa especial de aumento prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, é dispensável a apreensão e realização de perícia no respectivo objeto, desde que existentes outros meios que comprovem a utilização da arma de fogo na prática delituosa. Com efeito, restando comprovado o uso da arma de fogo por outros meios de prova, mostra-se adequada a incidência da causa de aumento prevista no art. 157, § 2º-A, inciso I, do Código Penal, sendo prescindível sua apreensão e perícia, mesmo diante da égide da Lei n. 13.654/2018. Nesse diapasão: HC n. 508.924/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 18/06/2019; AgRg no HC n. 473.117/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 14/02/2019; HC n. 369.630/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 4/10/2016; e HC n. 214.150/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 25/2/2016.

Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC 665.770/GO, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2021, DJe 24/09/2021.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ROUBO MAJORADO. DECISÃO MONOCRÁTICA. POSSIBILIDADE. POSTERIOR ANÁLISE PELA TURMA. DOSIMETRIA. MAJORANTE. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRESCINDÍVEL APREENSÃO E PERÍCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Não há falar em violação ao princípio da colegialidade na decisão proferida nos termos do art. 34, XVIII, a, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça - RISTJ que dispõe que cabe ao relator, em decisão monocrática, 'não conhecer do recurso ou pedido inadmissível, prejudicado ou daquele que não tiver impugnado especificamente todos os fundamentos da decisão recorrida', lembrando, ainda, a possibilidade de apreciação pelo órgão colegiado por meio da interposição do agravo regimental.

2. Esta Corte Especial já se manifestou no sentido de que, para caracterizar a causa de aumento do uso de arma, é prescindível a apreensão e a perícia desta, quando sua utilização for comprovada por outras provas, tal qual se deu no caso concreto.

3. O regime prisional mais gravoso fixado diante da gravidade concreta do delito, posicionamento cabível diante do entendimento deste Sodalício.

4. Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC 634.452/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 11/5/2021, DJe 17/5/2021.)

No tocante à segunda fase da dosimetria, o acórdão entendeu que:

"Na segunda fase, embora presentes as atenuantes da confissão espontânea e da menoridade relativa, a pena permanece no mesmo patamar, porque "as atenuantes, ao contrário das minorantes, nunca podem levar a pena privativa da liberdade para nível aquém do mínimo legal que é, até aí, a reprovação mínima estabelecida no tipo(cf. precedentes do Pretório Excelso e Súmula n. 231 STJ) (...)" (RSTJ161/494). Súmula 231 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça: "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal". Posição esta que, majoritariamente, prevalece no Estado de São Paulo: cf. RT 795/623,755/615, 735/588, apenas para ilustrar." (e-STJ, fl. 44)

Com efeito, nos moldes do reconhecido pelas instâncias ordinárias, embora reconhecida a incidência das atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea, tendo a pena-base sido fixada no piso legal, descabe falar em ilegalidade no cálculo dosimétrico, pois, a teor do entendimento da Súmula 231/STJ, "a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".

Nesse sentido, cito os recentes julgados de ambas as turmas que compõem a Terceira Seção desse Tribunal:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. DISPARO DE ARMA DE FOGO. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO. DESOBEDIÊNCIA. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. SÚMULA N. 7 DO STJ. CONSUNÇÃO. CONDUTAS AUTÔNOMAS. MODIFICAÇÃO. SÚMULA N. 7 DO STJ. DESOBEDIÊNCIA À ORDEM LEGAL DE PARADA NO CONTEXTO DE REPRESSÃO DE CRIME. CONDUCTA TÍPICA. SÚMULA N. 83 DO STJ. FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA. SÚMULA N. 7 DO STJ. ATENUANTE. FIXAÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. NÃO POSSIBILIDADE. SÚMULA N. 231 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A pretensão absolutória baseada na insuficiência de prova da autoria e da materialidade delitiva implica a necessidade de incursão vertical no acervo probatório produzido nos autos, o que é inviável, no recurso especial, pelo disposto na Súmula n. 7 do STJ.

2. No tocante à absorção do crime de porte ilegal de arma de fogo pelo disparo, o julgado impugnado destacou se tratar de condutas autônomas, sem uma relação de meio e fim necessária ao reconhecimento do fenômeno jurídico da absorção de crimes. Súmula n. 7 do STJ.

3. A desobediência à ordem legal de parada em contexto de repressão de crimes caracteriza o ilícito previsto no art. 330 do Código Penal. Na hipótese, os recorrentes não obedeceram à determinação de parada dos policiais militares que averiguavam a prática de disparo de arma de fogo. Incidência do disposto na Súmula n. 83 do STJ. 4. A Corte de origem asseverou que a falsificação do documento de identidade somente foi constatada na delegacia depois da consulta ao banco de dados, circunstância que afastaria a tese de falsificação grosseira. A modificação dessa compreensão enseja o reexame fático-probatório, procedimento vedado, em recurso especial, pelo disposto na Súmula n. 7 do STJ.

5. Não é possível a redução da pena abaixo do mínimo previsto no tipo penal, na segunda fase da dosimetria, em decorrência de atenuantes, conforme estabelecido na Súmula n. 231 do STJ.

6. Agravo regimental não provido." (AgRg no AREsp n. 2.120.835/SC, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 11/10/2022, DJe de

17/10/2022.);

"PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. APROPRIAÇÃO INDÉBITA TRIBUTÁRIA. ART. 2º, II, DA LEI N. 8.137/90. 1) VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS E DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. ANÁLISE DESCABIDA EM RECURSO ESPECIAL. 2) VIOLAÇÃO AO ART. 2º, II, DA LEI N. 8.137/90 COMBINADO COM O ART. 18 DO CÓDIGO PENAL - CP. DOLO. AUSÊNCIA. ÓBICE DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. 2.1) SUPERVENIÊNCIA DO RHC 163.334 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. CONTUMÁCIA. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. ÓBICE DA AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO PARA ANÁLISE EXAURIENTE. 3) VIOLAÇÃO AO ART. 65 DO CP. ATENUANTE QUE NÃO PODE REDUZIR A PENA NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA AQUÉM DO LIMITE MÍNIMO LEGAL. SÚMULA N. 231 DO STJ. 4) AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. 'Nos termos do entendimento consolidado no âmbito desta eg. Corte, é incabível a verificação de eventual violação a princípios ou a dispositivos de extração constitucional, em sede de recurso especial ou de seus respectivos recursos, ainda que para fins de prequestionamento, por importar expressa violação a competência constitucional atribuída ao Pretório Supremo Tribunal Federal' (AgRg no REsp 1873511/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 22/9/2020).

2. Para se concluir pela inexistência de dolo, seria necessário o revolvimento fático probatório, vedado conforme Súmula n. 7 do STJ, pois o Tribunal de origem fez constar que a omissão do recolhimento do ICMS ao Fisco foi opção do agravante diante de dificuldades financeiras.

2.1. Em julgamento superveniente ao acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça, o STF, no RHC 163.334, fixou tese no sentido de que a tipificação do delito do art. 2º, II, da Lei n. 8.137/90, exige a demonstração do dolo de apropriação do ICMS cobrado de forma contumaz. No caso concreto, a contumácia foi noticiada na sentença, motivo pelo qual inexistente flagrante ilegalidade. Uma apreciação exauriente esbarra no óbice da ausência de prequestionamento.

3. A jurisprudência desta Corte, inclusive por meio da Súmula n. 231, fixou o entendimento de que a pena, na segunda fase da dosimetria, diante de atenuante, não pode ser reduzida aquém do mínimo legal. A referida restrição decorre do entendimento de que o legislador impôs limite também para essa etapa.

3.1. 'O sistema da fixação da pena privativa de liberdade estabelecido nos arts. 59, 67 e 68 do C.P. é o da relativa indeterminação e não da absoluta indeterminação' (REsp 424.925/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 6/6/2002, DJ 1º/7/2002, p. 388).

4. Agravo regimental parcialmente conhecido e desprovido." (AgRg no REsp n. 1.909.443/SC, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 11/5/2021, DJe de 17/5/2021.)

Outrossim, vale ressaltar que "A incidência do verbete n. 231/STJ permanece firme na jurisprudência desta Corte e o Agravante não trouxe argumento idôneo que, em tese, poderia justificar uma modificação do entendimento acerca do tema (overruling)" (AgRg no AREsp n. 2.243.342/PA, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 2/5/2023, DJe de 9/5/2023).

Por fim, quanto ao regime, o Tribunal asseverou que:

"Embora primário e sem antecedentes (fls. 42), o recorrente praticou crime grave, roubo em concurso com outros três indivíduos e com emprego de, ao menos, três

armas de fogo, além de ter agredido fisicamente as vítimas durante a ação criminosa, sem olvidar que, após o crime, ainda em concurso com esses agentes, adulterou as placas do veículo subtraído e encetou fuga em região movimentada, colocando em risco a integridade física de transeuntes, demais condutores e policiais, tanto que o carro foi encontrado colidido e muito danificado (cf. fotografias de fls. 24/29e laudo pericial de fls. 124/126), culminando com sua perda total. Patente, pois, a periculosidade do apelante, sendo prejudicial à sociedade, que deixa à mercê do medo e criminalidade." (e-STJ, fl.46)

Com efeito, os fundamentos utilizados para a manutenção do regime fechado 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 Supremo Tribunal Federal.

Por certo, nada obstante o fato de a pena-base ter sido imposta no piso legal, o estabelecimento do regime mais severo do que o indicado pelo *quantum* da reprimenda baseou-se na gravidade concreta do delito, evidenciada pelo seu *modus operandi*, que exige resposta estatal superior, dada a maior reprovabilidade da conduta, em atendimento ao princípio da individualização da pena.

Em verdade, 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.

A respeito:

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE AGENTES E PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. REDUÇÃO DA PENABASE. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. TERCEIRA FASE. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. QUANTUM DE MAJORAÇÃO. ACRÉSCIMO DA REPRIMENDA EM 3/8. MOTIVAÇÃO CONCRETA. OBEDIÊNCIA À SÚMULA N. 443/STJ. REGIME MAIS GRAVOSO. LEGALIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. No tocante à pena-base, ausente o interesse recursal, uma vez que esta fora fixada no mínimo legal.
2. No presente caso, o aumento da pena em fração superior ao mínimo, como feito pelo Tribunal de Justiça, em razão da incidência de duas majorantes, decorreu de peculiaridades concretas do crime e com indicação da maior reprovabilidade da conduta, notadamente pelo envolvimento de três agentes e o *modus operandi*, - uma vez que a vítima foi derrubada no chão, teve o rosto coberto com um pano e arma encostada em sua cabeça, tendo sido ainda trancada em um cômodo da residência, com as mãos amarradas, enquanto os envolvidos subtraíam os bens visados -, revelando a gravidade concreta da conduta perpetrada, não sendo a hipótese de aplicação da Súmula 443/STJ. Precedentes.
3. Em relação ao regime de cumprimento de pena, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal ou na reincidência. Súmulas 440/STJ, 718/STF e 719/STF.
4. No caso dos autos, verifica-se que o regime mais gravoso foi fixado com base nas circunstâncias e consequências do crime, praticado em concurso de três agentes, com o emprego de arma de fogo e com notícia de que empregada efetiva violência a

vítima foi derrubada no chão, teve o rosto coberto com um pano e arma encostada em sua cabeça, foi ainda trancada em um cômodo da residência, com as mãos amarradas, enquanto os agentes subtraíam os bens visados (e-STJ fls. 645/646), o que configura motivação concreta a justificar regime fechado, mesmo sendo o acusado primário e a pena-base ter sido fixada no mínimo legal. Precedentes.

5. Mostra-se irrelevante a discussão acerca do tempo de prisão provisória, conforme dispõe o art. 387, § 2º, do CPP, para fins de escolha do regime inicial de cumprimento da pena. Isso porque, conforme se observa nos autos, descontado o período de prisão cautelar (10 meses), não haveria alteração do regime inicial fixado na condenação.

6. Agravo regimental não provido." (AgRg no AREsp n. 2.223.435/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 9/5/2023, DJe de 15/5/2023.)

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

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

AgRg no HC 888.117 / SP
PROCESSO ELETRÔNICO
MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2024/0027832-8

Número de Origem:
15011081320238260542

Sessão Virtual de 02/04/2024 a 08/04/2024

Relator do AgRg

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RAFAEL SILVA DE OLIVEIRA
ADVOGADO : RAFAEL SILVA DE OLIVEIRA - SP394128
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GUILHERME DOS SANTOS (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : GUILHERME DOS SANTOS (PRESO)
ADVOGADO : RAFAEL SILVA DE OLIVEIRA - SP394128
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 02/04/2024 a 08/04/2024, 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, 09 de abril de 2024