



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 2142363 - SP (2024/0163858-2)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : PATRICK MACHADO DE MELO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LEONARDO BIAGIONI DE LIMA - DEFENSOR PÚBLICO -
SP326664
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO (CONCURSO DE AGENTES, EMPREGO DE ARMA DE FOGO E RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DA VÍTIMA) E EXTORSÃO MAJORADA (CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMA DE FOGO). ART. 226 DO CPP. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO EM SEDE POLICIAL RATIFICADO EM JUÍZO. EXISTÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS VÁLIDOS. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. DESCLASSIFICAÇÃO DA EXTORSÃO QUALIFICADA PARA FORMA SIMPLES. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF. CRIME ÚNICO. IMPOSSIBILIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. DELITOS DE ESPÉCIES DISTINTAS. INVIABILIDADE. ROUBO. CAUSA DE AUMENTO DE PENA NÃO UTILIZADA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. DESLOCAMENTO PARA PRIMEIRA FASE. POSSIBILIDADE. APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA DE FOGO, DESNECESSIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Como é de conhecimento, a Sexta Turma desta Corte Superior, no julgamento do HC 598.886 (Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, DJe de 18/12/2020, propôs nova interpretação do art. 226 do CPP, estabelecendo 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. Conforme destacado pela Corte de origem, foram atendidas as exigências do artigo 226 do Código de Processo Penal, especialmente ante a prévia descrição da pessoa a ser reconhecida, apresentação de diferentes pessoas e fotografias e lavratura de auto pormenorizado.

3. Além disso, o Tribunal de origem consignou que a condenação do recorrente foi embasada nos depoimentos coesos da vítima que não

hesitou no reconhecimento, a descrição das características físicas e das roupas dos assaltantes, a confirmação do reconhecimento em juízo e a declaração da policial civil.

4. O pedido de desclassificação do crime de extorsão qualificada para a forma simples não foi abordado no acórdão impugnado da forma como posta no presente recurso, o que inviabiliza o conhecimento do recurso especial por ausência de prequestionamento. Incide ao caso a Súmula n. 282/STF.

5. A progressão criminosa entre os crimes de roubo e extorsão pretendida pelo agravante diverge do entendimento desta Corte de que, "Se o agente, após subtrair bens da vítima, mediante emprego de violência ou grave ameaça, a constrange a entregar o cartão bancário e a respectiva senha para sacar dinheiro de sua conta corrente, ficam configurados ambos os delitos, roubo e extorsão, em concurso material" (AgRg no HC n. 763.413/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 28/11/2022, DJe de 2/12/2022).

6. Não há continuidade delitiva entre os delitos de roubo e de extorsão porque de espécies diferentes.

7. Em se tratando de crime de roubo, com pluralidade de causas de aumento, admite-se a utilização das majorantes sobejantes, não empregadas para aumentar a pena na terceira fase da dosimetria, como circunstâncias judiciais desfavoráveis para elevar a pena-base na primeira fase do cálculo. No presente caso, havendo três causas de aumento, não há qualquer ilegalidade em utilizar uma na terceira fase da dosimetria, e as sobressalentes como circunstâncias judiciais negativas, na primeira fase da etapa do critério trifásico, para a exasperação da pena-base, como feito pela Corte de origem.

8. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência n. 961.863/RS, firmou entendimento no sentido de que a incidência da majorante do emprego de arma, prevista no inciso I do § 2º-A do art. 157 e do § 1º do art. 158 do Código Penal, prescinde de apreensão e perícia quando existirem outros elementos de prova que evidenciem a sua utilização no roubo. Precedentes.

9. 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 20/02/2025 a 26/02/2025, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, 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, 27 de fevereiro de 2025.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 2142363 - SP (2024/0163858-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : **PATRICK MACHADO DE MELO**
ADVOGADOS : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
LEONARDO BIAGIONI DE LIMA - DEFENSOR PÚBLICO -
SP326664
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO (CONCURSO DE AGENTES, EMPREGO DE ARMA DE FOGO E RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DA VÍTIMA) E EXTORSÃO MAJORADA (CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMA DE FOGO). ART. 226 DO CPP. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO EM SEDE POLICIAL RATIFICADO EM JUÍZO. EXISTÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS VÁLIDOS. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. DESCLASSIFICAÇÃO DA EXTORSÃO QUALIFICADA PARA FORMA SIMPLES. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF. CRIME ÚNICO. IMPOSSIBILIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. DELITOS DE ESPÉCIES DISTINTAS. INVIABILIDADE. ROUBO. CAUSA DE AUMENTO DE PENA NÃO UTILIZADA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. DESLOCAMENTO PARA PRIMEIRA FASE. POSSIBILIDADE. APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA DE FOGO, DESNECESSIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Como é de conhecimento, a Sexta Turma desta Corte Superior, no julgamento do HC 598.886 (Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, DJe de 18/12/2020, propôs nova interpretação do art. 226 do CPP, estabelecendo 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. Conforme destacado pela Corte de origem, foram atendidas as exigências do artigo 226 do Código de Processo Penal, especialmente ante a prévia descrição da pessoa a ser reconhecida, apresentação de diferentes pessoas e fotografias e lavratura de auto pormenorizado.

3. Além disso, o Tribunal de origem consignou que a condenação do recorrente foi embasada nos depoimentos coesos da vítima que não

hesitou no reconhecimento, a descrição das características físicas e das roupas dos assaltantes, a confirmação do reconhecimento em juízo e a declaração da policial civil.

4. O pedido de desclassificação do crime de extorsão qualificada para a forma simples não foi abordado no acórdão impugnado da forma como posta no presente recurso, o que inviabiliza o conhecimento do recurso especial por ausência de prequestionamento. Incide ao caso a Súmula n. 282/STF.

5. A progressão criminosa entre os crimes de roubo e extorsão pretendida pelo agravante diverge do entendimento desta Corte de que, "Se o agente, após subtrair bens da vítima, mediante emprego de violência ou grave ameaça, a constrange a entregar o cartão bancário e a respectiva senha para sacar dinheiro de sua conta corrente, ficam configurados ambos os delitos, roubo e extorsão, em concurso material" (AgRg no HC n. 763.413/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 28/11/2022, DJe de 2/12/2022).

6. Não há continuidade delitiva entre os delitos de roubo e de extorsão porque de espécies diferentes.

7. Em se tratando de crime de roubo, com pluralidade de causas de aumento, admite-se a utilização das majorantes sobejantes, não empregadas para aumentar a pena na terceira fase da dosimetria, como circunstâncias judiciais desfavoráveis para elevar a pena-base na primeira fase do cálculo. No presente caso, havendo três causas de aumento, não há qualquer ilegalidade em utilizar uma na terceira fase da dosimetria, e as sobressalentes como circunstâncias judiciais negativas, na primeira fase da etapa do critério trifásico, para a exasperação da pena-base, como feito pela Corte de origem.

8. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência n. 961.863/RS, firmou entendimento no sentido de que a incidência da majorante do emprego de arma, prevista no inciso I do § 2º-A do art. 157 e do § 1º do art. 158 do Código Penal, prescinde de apreensão e perícia quando existirem outros elementos de prova que evidenciem a sua utilização no roubo. Precedentes.

9. Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por PATRICK MACHADO DE MELO contra decisão que conheceu parcialmente do recurso especial e, na parte conhecida, deu parcial provimento para redimensionar a pena do recorrente para 17 anos e 8 meses de reclusão e 34 dias-multa.

O agravante alega, em síntese, que "o questionamento acerca do reconhecimento pessoal dos agravantes realizado pela vítima, notadamente foi irregular, pois os procedimentos foram realizados apenas na fase policial, sem a observância do que disposto no artigo 226 do Código de Processo Penal." (e-STJ fl. 489).

Insiste na desclassificação do crime de extorsão qualificada para a forma

simples, pois "o constrangimento para que a vítima fornecesse as senhas ocorreu momentos antes de os roubadores fugirem. Disse a vítima, nesse sentido, que, teriam chegado ao local onde foi deixada pelos roubadores, momento em que eles, no fim, solicitaram os cartões e senhas e, assim, com as informações e em posse dos outros bens, fugiram." (e-STJ fl. 499).

Reitera o pedido de reconhecimento de crime único de roubo majorado ou extorsão ou a ocorrência de continuidade delitiva ou do concurso formal de crimes de roubo e extorsão.

Afirma que "o aumento da pena base a partir da consideração de causas de aumento de pena como circunstância judicial desfavorável viola o sistema trifásico de aplicação da pena, uma vez que majorantes devem, necessariamente, ser empregadas na última fase da dosimetria." (e-STJ fl. 502).

Sustenta o afastamento da majorante do emprego de arma de fogo, pois a mesma não foi localizada, bem como da causa de aumento prevista no art. 158, § 1º, do CP.

Requer a reconsideração da decisão ou a submissão ao órgão colegiado para prover o recurso especial.

É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Em que pese o esforço argumentativo da combativa defesa, não foram apresentados argumentos aptos a reverter as conclusões trazidas na decisão agravada, que se mantêm por seus próprios e jurídicos fundamentos.

O recorrente foi condenado à pena de 18 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, como incurso no artigo 157, § 2º, II e V, e § 2º-A, I, e no art. 158, §§ 1º e 3º, na forma do art. 69, todos do Código Penal, sendo desprovido o recurso de apelação.

Da violação ao art. 226 do CPP

A Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, por ocasião do julgamento do HC n. 598.886/SC (Relator 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 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. Eis a ementa do acórdão:

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

Tal entendimento foi acolhido pela Quinta Turma desta Corte, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 652.284/SC, de minha relatoria, em sessão de julgamento realizada no dia 27/4/2021. Abaixo, ementa do referido julgado:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. 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 AR Esp 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).

No presente caso, o Tribunal *a quo* consignou o seguinte (e-STJ fls. 331):

A despeito da negativa apresentada, os fatos restaram comprovados pelo restante da prova coligida aos autos, em especial pelas declarações da vítima DIEGO, que, sempre que ouvida, descreveu pormenorizadamente a dinâmica do roubo que sofreu, inclusive no que toca à ação conjunta dos assaltantes, à grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo e à restrição de sua liberdade, secundando a acusação. O ofendido logrou, ainda, efetuar o reconhecimento positivo do réu como um dos roubadores.

Com efeito, o declarante deu conta, em linhas gerais, de que se encontrava em seu veículo, parado no local dos fatos, quando fora arrebatado por dois criminosos, que sob ameaça de arma de fogo, anunciaram o roubo. Um dos agentes assumiu a direção do veículo, enquanto o outro adentrou o automóvel, dirigindo-se ao banco traseiro. Foi levado para outro local, ocasião em que os increpados subtraíram objetos do declarante e exigiram as senhas de seus cartões bancários.

O apelante foi reconhecido fotograficamente em solo policial pelo declarante, sem qualquer hesitação, como sendo um dos autores do roubo. Em Juízo, após indicar as características físicas e vestes dos assaltantes, confirmou o reconhecimento do réu, que lhe foi apresentado ao lado de outros indivíduos. Evidentemente, a palavra da vítima merece crédito no confronto com a do réu, consoante a torrencial jurisprudência e a lição dos doutrinadores quanto à sua validade, mormente quando inexistente motivo para infundada

incriminação a inocente, como in casu, e quando encontra ressonância nas demais provas.

Confira-se: PROVA CRIMINAL Roubo Palavra da vítima coerente, segura e afinada com os demais elementos existentes nos autos Prevalhecimento sobre a do réu Recurso não provido JTJ 252/445.

E não se cogite de nulidade dos reconhecimentos por inobservância das formalidades estabelecidas no artigo 226, do Código de Processo Penal, mormente quando amparados por outros elementos de convicção. Isso porque, referido dispositivo tem caráter de recomendação e não de exigência. Assim, não sendo tais medidas obrigatórias, não importam em nulidade do ato.

Neste sentido:

“O artigo 226, inciso II, do Código de Processo Penal, apenas recomenda que o reconhecimento do réu se dê junto a outras pessoas com ele parecidas e não fixa como uma obrigação a ensejar a nulidade, caso inobservada.” (HC 18996/PE; Habeas Corpus 2001/0140460; Relator Ministro Jorge Scartezini, Quinta Turma, DJ 18.11.2002, p. 247).

Aos seguros relatos da vítima, se acrescentem as declarações da policial civil Denise que, embora não tenha se recordado com detalhes dos fatos, deu conta da investigação que levou à autoria delitiva (que recaiu sobre o réu) e confirmou o reconhecimento positivo realizado pela vítima.

Diante de tal cenário, diversamente do que alega a dedicada Defesa, não há falar em fragilidade probatória quando os elementos trazidos aos autos indicam a prática criminosa por parte do acusado.

Devidamente comprovados os crimes descritos na denúncia e a responsabilidade do acusado, principalmente se considerados os reconhecimentos positivos e as seguras declarações apresentadas pela vítima, elementos probatórios estes que constituem, de maneira indubitável, fortes fatores de formação de convicção.

Consta ainda da sentença que "a vítima foi expressa em dizer que foram apresentadas cerca de três fotos para a realização do reconhecimento, sendo reconhecido, sem sombra de dúvidas, o réu." (e-STJ fl. 182).

Mais adiante, afirmou que a "Vítima DIEGO DE PINHO RODRIGUES informa as características físicas do réu como: Um dos réus tinha uma estatura de 1,75, magro, de pele branca de olhos claros, com vestimenta de calça jeans, moletom e boné e o outro como um homem de pele morena, cabelo cacheado e de porte físico de massa magra, com estatura entre 1,80 a 1,85 se recordando apenas que estava de calça jeans e camisa." (e-STJ fls. 182/183).

Ora, da leitura dos trechos acima, verifica-se que, dos elementos probatórios que instruem o feito, a autoria delitiva dos crimes não tem como único elemento de prova o reconhecimento pela vítima em sede policial, o que gera distinguishing em relação ao acórdão paradigma da alteração jurisprudencial. Verifica-se que a autoria delitiva foi

estabelecida pelos depoimentos coesos da vítima que não hesitou no reconhecimento, a descrição das características físicas e das roupas dos assaltantes, a confirmação do reconhecimento em juízo e a declaração da policial civil. Dessa forma, não foi apenas o reconhecimento realizado pela vítima na fase investigativa que embasou a condenação do envolvido pela prática do crime.

Da desclassificação em relação à extorsão qualificada para a forma simples

No ponto, alega a defesa que o constrangimento para que a vítima fornecesse as senhas dos cartões ocorreu pouco antes dos réus fugirem, assim, no seu entender, não houve restrição da liberdade em relação ao crime extorsão, mas somente em relação ao crime de roubo.

Ocorre que, ao dispor sobre o pedido de desclassificação do delito de extorsão para a sua modalidade simples, o Tribunal *a quo* limitou-se a afirmar que "não se cogite da desclassificação para a modalidade simples do delito de extorsão, pois, como visto, ambos os crimes - roubo e extorsão -, foram cometidos em concurso de pessoas e com emprego de arma de fogo" (e-STJ fl. 334).

Como se vê, o tema não foi abordado no acórdão impugnado da forma como posta no presente recurso, o que inviabiliza o conhecimento do recurso especial por ausência de prequestionamento. Incide ao caso a Súmula n. 282/STF.

Nesses casos, apresentados embargos de declaração na origem para que o Tribunal *a quo* analisasse a referida questão; essa persistindo, deveria o recurso ser fundamentado em violação ao artigo 619 do CPP, o que não ocorreu, razão pela qual subsiste patente a ausência de prequestionamento acerca da matéria.

Do reconhecimento do crime único roubo

Interposto recurso de apelação pela defesa, foi-lhe negado provimento, mantendo o concurso material entre os crimes de roubo majorado e de extorsão, em razão da seguinte síntese dos fatos (e-STJ fls. 332/333):

Era mesmo inafastável a condenação pelo delito de extorsão, porquanto comprovado o constrangimento da vítima, exercido pelos agentes com emprego de grave ameaça, para que fornecesse seus cartões bancários e respectivas senhas para obter indevida vantagem econômica.

De fato, o concurso entre os crimes de roubo e extorsão é material, pois, embora sejam do mesmo gênero, não são crimes da mesma espécie. Destarte, inviável se falar em crime único ou na aplicação do princípio da consunção, uma vez que a conduta de subtração dos bens móveis do ofendido não se mistura com a de compeli-lo, mediante violência ou grave ameaça, a fornecer seus cartões e senhas para a realização de saques. Sobre o tema, oportuno trazer à baila os seguintes arestos do Excelso Pretório:

STF: "Roubo e extorsão não são crimes da mesma espécie, e, por isso, não há, quanto a eles, continuidade delitiva, mas, sim, concurso material (RT 603/438-9). Crimes de roubo e de extorsão - Ilícitos penais que não constituem "crimes da mesma espécie" - Conseqüente impossibilidade de reconhecimento, quanto a eles, do nexo de continuidade delitiva - Legitimidade da aplicação da regra pertinente ao concurso material [quot crimina tot poenae (STF HC 71174/SP T1 Rel. Min. Celso de Mello DJ 01/12/2006, p. 75).

O entendimento adotado encontra-se em consonância com a orientação jurisprudencial desta Corte de que, "Se o agente, após subtrair bens da vítima, mediante emprego de violência ou grave ameaça, a constringe a entregar o cartão bancário e a respectiva senha para sacar dinheiro de sua conta corrente, ficam configurados ambos os delitos, roubo e extorsão, em concurso material" (AgRg no HC n. 763.413/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 28/11/2022, DJe de 2/12/2022).

Com efeito, "Descabe falar em crime único, pois 'é firme o entendimento desta Corte Superior de que ficam configurados os crimes de roubo e extorsão, em concurso material, se o agente, após subtrair bens da vítima, mediante emprego de violência ou grave ameaça, a constringe a entregar o cartão bancário e a respectiva senha, para sacar dinheiro de sua conta corrente' (AgRg no AR Esp n. 1.557.476/SP, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 18/2/2020, DJe de 21/2/2020)" (AgRg no HC n. 765.098/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 25/10/2022, DJe de 4/11/2022).

Ademais, o fato de que os crimes foram praticados mediante ações diversas e sucessivas, com desígnios autônomos, inviabiliza o reconhecimento do concurso formal.

Tampouco é possível o reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes de roubo e extorsão, pois, embora sejam delitos do mesmo gênero, são de espécies distintas, o que inviabiliza a aplicação da regra contida no art. 71, do Código Penal. Sobre o tema, segue a jurisprudência desta Corte:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO.

ROUBO CIRCUNSTANCIADO E EXTORSÃO. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM NÃO EVIDENCIADO. PLEITO DE RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO. OFENSA A PATRIMÔNIOS DISTINTOS. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ROUBO E EXTORSÃO. CONTINUIDADE DELITIVA INAPLICÁVEL. CRIMES DE ESPÉCIES DISTINTAS. PRESENÇA DE TRÊS CAUSAS DE AUMENTO. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. OFENSA À SÚMULA 443/STJ. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...]

7. Nos termos da jurisprudência desta Corte, conquanto os crimes de roubo e extorsão sejam do mesmo gênero, são de espécies distintas, o que afasta a possibilidade de reconhecimento da continuidade delitiva, tornando despicando o exame dos requisitos objetivos e subjetivos necessários para a incidência do art. 71 do Código Penal.

[...]

9. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a reprimenda imposta ao paciente a 20 anos, 4 meses e 29 dias de reclusão, além de 38 dias-multa. (HC 435.792/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2018, DJe 30/05/2018)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO, EXTORSÕES QUALIFICADAS. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. CRIMES DE ESPÉCIES DISTINTAS. AUMENTO SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL PELA INCIDÊNCIA DAS DUAS MAJORANTES DO CRIME DE ROUBO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA 443/STJ. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, malgrado os crimes de roubo e extorsão sejam do mesmo gênero, são de espécies distintas, o que afasta a possibilidade de reconhecimento da continuidade delitiva, tornando despicando o exame dos requisitos objetivos e subjetivos necessários para a incidência do art. 71 do Código Penal.

[...]

5. Writ não conhecido (HC 387.171/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 28/06/2017).

Da utilização da causa de aumento na primeira fase da dosimetria do crime de roubo

No tocante à fixação da pena-base acima do mínimo legal, cumpre registrar que a dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade do julgador, estando atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.

A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a pena-base não pode ser fixada acima do mínimo legal com fundamento em elementos constitutivos do crime ou com base em referências vagas, genéricas, desprovidas de

fundamentação objetiva para justificar a sua exasperação. Precedentes: HC n. 272.126/MG, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 8/3/2016, DJe 17/3/2016; R Esp n. 1.383.921/RN, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 16/6/2015, DJe 25/6/2015; e HC n. 297.450/RS, Relator Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 21/10/2014, DJe 29/10/2014.

Outrossim, é firme a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que "é plenamente possível, diante do reconhecimento de várias causas de aumento de pena previstas no mesmo tipo penal, deslocar a incidência de algumas delas para a primeira fase, para fins de majoração da pena-base, desde que a reprimenda não seja exasperada, pelo mesmo motivo, na terceira etapa da dosimetria da pena e que seja observado o percentual legal máximo previsto pela incidência das majorantes" (AgRg no R Esp n. 1.551.168/AL, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 23/2/2016, DJe 2/3/2016), como ocorreu no presente caso.

Assim, **havendo três causas de aumento**, no caso, concurso de agentes, restrição de liberdade da vítima e o emprego de arma de fogo, **não há qualquer ilegalidade em utilizar uma na terceira fase da dosimetria, e as sobressalentes como circunstâncias judiciais negativas, na primeira fase da etapa do critério trifásico, para a exasperação da pena-base**, como feito pela Corte de origem.

O entendimento está alinhado à jurisprudência desta Eg. Corte, conforme se depreende dos seguintes precedentes abaixo transcritos:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIMES DE ROUBO MAJORADO, CORRUPÇÃO DE MENORES E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MODUS OPERANDI. MAJORANTES DO CRIME DE ROUBO. QUANTUM DE AUMENTO. ADEQUAÇÃO. ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA. 9 (NOVE) CRIMES. CULPABILIDADE. ACRÉSCIMO JUSTIFICADO. PROVAS DA PARTICIPAÇÃO DO RÉU NOS DELITOS. REVOLVIMENTO FÁTICO PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. WRIT DO QUAL NÃO SE CONHECEU. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. A ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não é uma operação aritmética, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada, devendo o magistrado eleger a sanção que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato-crime praticado, exatamente como realizado na espécie.

2. Na hipótese, o acórdão recorrido, em observância ao princípio da individualização da pena, utilizou argumentos idôneos para considerar

negativa a circunstância judicial da culpabilidade, em razão da restrição da liberdade das vítimas, do concurso de agentes e da truculência empregada contra as vítimas, decidindo em harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior. 3. A jurisprudência desta Corte se direciona no sentido de que, havendo mais de uma majorante do delito de roubo, como na hipótese, é possível que uma delas seja utilizada como tal e as demais sejam consideradas como circunstâncias judiciais desfavoráveis para elevar a pena-base na primeira fase do cálculo dosimétrico.

[...]

9. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 557.261/PB, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/4/2020, DJe 04/5/2020).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ROUBO. CAUSA DE AUMENTO DE PENA NÃO UTILIZADA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. DESLOCAMENTO PARA PRIMEIRA FASE. POSSIBILIDADE. ALTERAÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO REFERENTE ÀS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS EM RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA SEM AGRAVAR A SITUAÇÃO DO RÉU. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. "É plenamente possível, diante do reconhecimento de várias causas de aumento de pena previstas no mesmo tipo penal, deslocar a incidência de algumas delas para a primeira fase, para fins de majoração da pena-base, desde que a reprimenda não seja exasperada, pelo mesmo motivo, na terceira etapa da dosimetria da pena e que seja observado o percentual legal máximo previsto pela incidência das majorantes (AgRg no REsp n. 1.551.168/AL, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 2/3/2016)" (AgRg no REsp 1770649/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 7/5/2019, DJe 205/2019).

[...]

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1846780/DF, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 10/12/2019, DJe 19/12/2019).

Por outro lado, quanto à tese de que as instâncias ordinárias se valeram de ação penal em andamento como maus antecedentes, verifica-se o tema que não foi objeto de análise no acórdão impugnado, o que inviabiliza o conhecimento do recurso especial por ausência de prequestionamento. Incide ao caso a Súmula n. 282/STF.

Nesses casos, apresentados embargos de declaração na origem para que o Tribunal a quo analisasse a referida questão; essa persistindo, deveria o recurso ser fundamentado em violação ao artigo 619 do CPP, o que não ocorreu, razão pela qual subsiste patente a ausência de prequestionamento acerca da matéria.

Da majorante do emprego de arma de fogo

No que tange à causa de aumento do delito de roubo prevista no art. 157, § 2º-A, inciso I, e do delito de extorsão prevista no art. 158, § 1º, ambos do Código Penal, a

Terceira Seção deste Tribunal Superior decidiu ser desnecessária a apreensão da arma utilizada no crime e a realização de exame pericial para atestar a sua potencialidade lesiva, quando presentes outros elementos probatórios que atestem o seu efetivo emprego na prática delitiva (ER Esp n. 961.863/RS, Relator Ministro CELSO LIMONGI – Desembargador Convocado do TJ/SP), Relator p/ acórdão Ministro GILSON DIPP, Terceira Seção, julgado em 13/12/2010, DJe 6/4/2011).

Salienta-se que, mesmo após a superveniência das alterações trazidas, em 24/5/2018, pela Lei n. 13.654/2018, essa Corte Superior, no que tange à causa de aumento do delito de roubo prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal - nos casos em que utilizada arma de fogo -, manteve o entendimento exarado por sua Terceira Seção, no sentido de ser desnecessária a apreensão da arma utilizada no crime e a realização de exame pericial para atestar a sua potencialidade lesiva, quando presentes outros elementos probatórios que atestem o seu efetivo emprego na prática delitiva, uma vez que seu potencial lesivo é *in re ipsa* (AgRg no HC n. 473.117/MS, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 5/2/2019, DJe 14/2/2019).

Nessa linha, os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. FLAGRANTE FICTO. ARTIGO 302, IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXPRESSÃO "LOGO DEPOIS". ELASTICIDADE EM SUA INTERPRETAÇÃO. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. PRESENÇA DE FUNDADAS RAZÕES. IMAGENS DE CÂMERAS DE SEGURANÇA E CONFISSÃO DE MENOR INFRATOR. MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO.

[...]

4. A Terceira Seção desta Corte, quando do julgamento do EREsp n. 961.863/RS, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, firmou 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, 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.

5. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 1.974.148/SP, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 20/6/2022.)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO

PROVIDO.

1. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Assim, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e dos critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, por exigirem revolvimento probatório.

2. 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 § 2º-A, I, do art. 157 do CP, quando existirem, nos autos, outros elementos de prova que evidenciem a sua utilização no roubo, como na hipótese, em que há farta comprovação testemunhal atestando o seu emprego.

3. Quanto à alegação da defesa de que há julgados recentes afastando a incidência da causa de aumento quando a arma se encontrar desmuniada, inapta para efetuar disparos ou, ainda, quando se tratar de simulacro, cumpre ressaltar que o artefato precisa ter sido apreendido para que seja constatado tratar-se de simulacro ou, ainda, realizada perícia técnica, o que não ocorreu no caso em comento. Ademais, a simples manifestação do réu no sentido do uso de simulacro, sem qualquer respaldo em outro elemento de prova dos autos, não afasta a incidência da causa de aumento de pena.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC n. 720.951/MS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 29/3/2022, DJe de 1/4/2022.)

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. VIOLAÇÃO AO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL - CP. PENA-BASE FIXADA EM 1/4 ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. VIOLAÇÃO AO ART. 157, § 2º-A, I, DO CP. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E EXAME PERICIAL DA ARMA DE FOGO. OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. VIOLAÇÃO AO ART. 157, § 2º, V, DO CP. LIBERDADE DE RESTRIÇÃO DAS VÍTIMAS. TEMPO DESNECESSÁRIO À MERA SUBTRAÇÃO DO OBJETO. VIOLAÇÃO AO ART. 29, § 1º, DO CP. PARTICIPAÇÃO DE MENOR RELEVÂNCIA. NECESSIDADE DE REEXAME FÁCITO PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. VIOLAÇÃO AO ART. 14, II, DO CP. TENTATIVA. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA DECIDIDA COM BASE EM REPETITIVO. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO INTERNO. IMPOSSIBILIDADE. PEDIDO DE CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. INADMSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

3. Não é necessária a apreensão da arma de fogo nem a realização de exame pericial quando, por outros elementos de prova, for possível constatar a sua utilização, razão pela qual não há falar em violação ao art. 157, § 2º-A, I, do CP.

[...]

7. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 1.947.846/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 22/3/2022, DJe de 24/3/2022.)

No presente caso, a Corte de origem concluiu pela utilização ostensiva da arma de fogo, conforme trecho abaixo (e-STJ fl. 334):

*Indiscutível, outrossim, a incidência da majorante do emprego de arma de fogo (também em relação a ambos os delitos) - ainda que a arma não tenha sido apreendida -, diante da segura narrativa da vítima.
A propósito, confira-se:*

Havendo depoimento de testemunha (e também da vítima) anunciando que o acusado teria se utilizado de arma para perpetrar o ilícito do artigo 157 do CP, irrelevante, para fins de aplicação da qualificadora, a apreensão da arma ou existênciade laudo pericial atestando a sua potencialidade lesiva. (HC39625/SP; Habeas Corpus 2004/0162676-1; Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma; DJ 07.03.2005).

Assim, tendo a vítima, em seu depoimento, confirmado a utilização ostensiva da arma de fogo na conduta criminosa, deve ser mantida a causa de aumento do inciso I do § 2º-A do art. 157 do CP.

Do afastamento da causa de aumento do § 1º do art. 158 do Código Penal

Primeiramente, o art. 158 do CP dispõe:

Art. 158 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa: Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

§ 1º - Se o crime é cometido por duas ou mais pessoas, ou com emprego de arma, aumenta-se a pena de um terço até metade

§ 2º - Aplica-se à extorsão praticada mediante violência o disposto no § 3º do artigo anterior.

§ 3º - Se o crime é cometido mediante a restrição da liberdade da vítima, e essa condição é necessária para a obtenção da vantagem econômica, a pena é de reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, além da multa; se resulta lesão corporal grave ou morte, aplicam-se as penas previstas no art. 159, §§ 2º e 3º, respectivamente

O § 3º do art. 158 do CP, introduzido pela Lei n. 11.923/2009, qualifica o crime de extorsão quando cometido mediante a restrição da liberdade da vítima, e essa condição é necessária para a obtenção da vantagem econômica, passando a pena de reclusão a ser de 6 (seis) a 12 (doze) anos, além da multa. Se resulta lesão corporal grave ou morte, aplicam-se as penas previstas no art. 159, §§ 2º e 3º, respectivamente.

A Lei n. 11.923/2009 não cria um novo delito autônomo, chamado de "sequestro relâmpago", sendo apenas um desdobramento do tipo do crime de extorsão, uma vez que o legislador apenas definiu um modus operandi do referido delito.

É pressuposto para o reconhecimento da extorsão qualificada a prática da ação prevista no caput do art. 158 do CP, razão pela qual não é possível dissociar o crime qualificado das circunstâncias a serem sopesadas na figura típica do art. 158.

Assim, tendo em vista que o texto legal é unidade e que as normas se harmonizam, conclui-se, a partir de uma interpretação sistemática do artigo 158 do Código Penal, que o seu § 1º não foi absorvido pelo § 3º, pois, como visto, o § 3º constitui-se qualificadora, estabelecendo outro mínimo e outro máximo da pena abstratamente cominada ao crime; já o § 1º prevê uma causa especial de aumento de pena.

Dessa forma, ainda que topologicamente a qualificadora esteja situada após a causa especial de aumento de pena, com esta não se funde, uma vez que tal fato configura mera ausência de técnica legislativa, que se explica pela inserção posterior da qualificadora do § 3º no tipo do artigo 158 do Código Penal, que surgiu após uma necessidade de reprimir essa modalidade criminosa.

Ademais, não há qualquer impedimento do crime de extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima ser praticado por uma só pessoa sem o emprego de arma, o que configuraria o crime do § 3º do art. 158 do CP, sem a causa de aumento do § 1º do art. 158.

Em circunstância análoga, na qual foi utilizada majorante prevista topologicamente em parágrafo anterior à forma qualificada, tal como na hipótese dos autos, esta Corte Superior decidiu que, sendo compatível o privilégio do art. 155, § 2º, do Código Penal com as hipóteses objetivas de furto qualificado – entendimento proferido no Recurso Especial representativo da controvérsia n. 1.193.194/MG –, *mutatis mutandi*, não há incompatibilidade entre o furto qualificado e a causa de aumento relativa ao seu cometimento no período noturno.

Abaixo, os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DO REPOUSO NOTURNO. POSSIBILIDADE. ÓBICE DA SÚMULA 83 DESTA CORTE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Ao contrário do afirmado, a decisão agravada está sim em absoluta consonância com a linha de raciocínio desenvolvida por esta Corte na apreciação do recurso especial representativo da controvérsia 1.193.194/MG, ocasião em que se decidiu pela compatibilidade do privilégio do art. 155, § 2º, do Código Penal com as hipóteses objetivas de furto qualificado.

2. Desse modo, seguindo, *mutatis mutandi*, a linha do raciocínio jurídico adotado por este Superior Tribunal de Justiça e pela Suprema Corte, verifica-se não haver, também nesta hipótese, incompatibilidade entre o furto qualificado e a causa de aumento relativa ao seu cometimento no período noturno.

3. Assim, à míngua de argumentos robustos o bastante para superar os fundamentos da decisão agravada, mantenho-a incólume pelos seus próprios termos.

4. *Agravo regimental improvido.* (AgRg no AREsp 741.482/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 08/09/2015, DJe 14/09/2015).

HABEAS CORPUS. ART. 155, § 1.º E § 4.º, I E IV, C. C. ART. 71, DO CÓDIGO PENAL. WRIT SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. VIA INADEQUADA. CRIME PRATICADO DURANTE O REPOUSO NOTURNO. APLICAÇÃO DO ART. 155, § 1.º, DO CÓDIGO PENAL. FURTO QUALIFICADO. POSSIBILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME PARA A FORMA TENTADA. AFASTAMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

2. A causa de aumento prevista no § 1.º do art. 155 do Código Penal, que se refere à prática do crime durante o repouso noturno - em que há maior possibilidade de êxito na empreitada criminoso em razão da menor vigilância do bem, mais vulnerável à subtração -, é aplicável tanto na forma simples como na qualificada do delito de furto. Tal entendimento revela, *mutatis mutandis*, a posição firmada por este Sodalício no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n.º 1.193.194/MG, de minha Relatoria, no qual afigurou-se possível o reconhecimento do privilégio previsto no § 2.º do art. 155 do Código Penal nos casos de furto qualificado (CP, art. 155, § 4.º), máxime se presentes os requisitos.

3. O mandamus se presta a sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção. Não cabe nesta via estreita do writ revolvimento fático-probatório a ensejar o afastamento da circunstância relativa ao repouso noturno e da continuidade delitiva, bem como a desclassificação do crime de furto consumado para a forma tentada.

4. Inexiste ilegalidade na dosimetria da pena-base se instâncias de origem apontam motivos concretos para a fixação da reprimenda no patamar estabelecido. Em sede de habeas corpus não se afere o quantum aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório.

5. *Habeas corpus não conhecido.* (HC 306.450/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2014, DJe 17/12/2014)

Dito isso, ficando claramente comprovada a utilização da arma pelos acusados para o cometimento do crime, bem como que ambos agiram em comunhão de vontades, praticando os crimes ora em análise, não há como se afastar o fato dos delitos terem sido praticados em concurso de pessoas e com o emprego de arma de fogo, devendo incidir a causa de aumento prevista no § 1º do art. 158 do CP.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

AgRg no REsp 2.142.363 / SP
PROCESSO ELETRÔNICO
MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2024/0163858-2

Número de Origem:
15393743220198260050

Sessão Virtual de 20/02/2025 a 26/02/2025

Relator do AgRg

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : PATRICK MACHADO DE MELO

ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LEONARDO BIAGIONI DE LIMA - DEFENSOR PÚBLICO - SP326664

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : PATRICK MACHADO DE MELO

ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LEONARDO BIAGIONI DE LIMA - DEFENSOR PÚBLICO - SP326664

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

TERMO

A QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em Sessão Virtual de 20/02/2025 a 26/02/2025, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, 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, 26 de fevereiro de 2025