RECURSO ESPECIAL Nº 1.791.843 - RS (2019/0013226-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
RECORRENTE	:	ALEXSANDER DA SILVA PEREIRA
ADVOGADOS	:	ERNESTO DOS ANJOS GONÇALVES E OUTRO(S) - RS024279 MÁRCIO GILBRAN MÜLLER GONÇALVES - RS065422
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por **ALEXSANDER DA SILVA PEREIRA**, com amparo no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado:

> "APELAÇÕES CRIME. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBOS MAJORADOS PELO CONCURSO DE AGENTES. CONCURSO FORMAL. CONTINUIDADE DELITIVA. PRELIMINAR. NULIDADE NO RECONHECIMENTO DOS RÉUS. REJEIÇÃO.
> Os réus foram presos em flagrante na posse de parcela da res e reconhecidos pelas vítimas, em sede policial, por fotografia e pessoalmente, como os autores dos crimes, apontamentos estes confirmados, quando da inquirição judicial dos lesados inexistindo qualquer irregularidade, até porque o procedimento estabelecido no art. 226 do CPP constitui mera orientação. Preliminar rejeitada.
> MÉRITO. PROVA. CONDENAÇÃO MANTIDA.
> A materialidade e a autoria restaram suficientemente comprovadas pela prova produzida nos autos. Ainda que os réus tenham negado as práticas delitivas, foram presos em flagrante, logo após os roubos, porque as vítimas do 1° fato depararam-se com uma viatura policial, comunicando a subtração e as características do veículo utilizado pelos agentes, inclusive placas, sendo este localizado, em local próximo, e em seu interior apreendida quase que a integralidade dos bens subtraídos por oportunidade do 1° e do 2° fatos, ambos roubos perpetrados em locais próximos e por mais de um indivíduo. Ainda, os réus foram reconhecidos pelas vítimas, em sede policial, pessoalmente e por fotografia, como os agentes que as abordaram, em via pública, após desembarcarem do automóvel descrito na denúncia, e, mediante violência e grave ameaça, agredindo-as, subtraíram seus bens, empreendendo fuga. Reconhecimentos que, embora não tenham sido novamente realizados, em juízo, o foram pelas vítimas, quando de suas inquirições judiciais, quadro este igualmente confirmado pelos policiais militares responsáveis pela prisão em flagrante. Versão apresentada pelos acusados, no sentido de que, embora se encontrassem no veículo utilizado para as práticas delitivas, não teriam qualquer envolvimento nos roubos, mencionando que terceira pessoa, não identificada, teria pedido que parassem o automóvel, em determinado momento, retornando, na sequência, sem que notassem a ocorrência de qualquer crime, que, além de fantasiosa e contraditória, em diversas passagens relevantes, não se sustenta, frente ao restante do conjunto probatório. Condenação que

> se impõe, inclusive com a manutenção da majorante do concurso de agentes, plenamente evidenciada pela prova oral, tendo os réus somado esforços para a prática das subtrações.
> PLEITO DEFENSIVO DE AFASTAMENTO DO CONCURSO FORMAL, QUANTO AO 1° FATO, POR CARACTERIZAR *BIS IN IDEM* SUA CUMULAÇÃO COM O CRIME CONTINUADO. DESACOLHIMENTO.
> Na espécie, os réus, mediante apenas uma ação, atingiram, quando do 1° fato, dois patrimônios diversos, quais sejam, o celular e outros bens pertencentes a cada uma das duas vítimas, ocasião em que cientes, inclusive, da distinção de patrimônios, atraindo a incidência do art. 70, caput, primeira parte, do CP. Da mesma forma, minutos antes, em região contígua e mediante semelhante *modus operandi*, haviam abordado a vítima do 2° fato, caracterizando, portanto, a continuidade delitiva, reconhecida na sentença, entre os dois fatos, em um dos quais, o 1°, incidiu o concurso formal, porquanto dois delitos perpetrados mediante uma só ação. Reconhecimento cumulado de ambos os concursos de crimes - concurso formal seguido da continuidade delitiva - que não caracteriza vedado bis in idem, inexistindo em nosso ordenamento jurídico qualquer vedação nesse sentido e se caracterizando, ambos os concursos, em ficção jurídica em benefício do réu e cujo resultado deverá sempre observar a regra do concurso material benéfico, nos termos do art. 70, parágrafo único, do CP.
> PENA. DOSIMETRIA. REDIMENSIONAMENTO. REDUÇÃO DO ÍNDICE DE AUMENTO PELA MAJORANTE DO CONCURSO DE AGENTES PARA O MÍNIMO LEGAL DE 1/3. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO PARA O INICIAL CUMPRIMENTO DAS PENAS. PLEITO DEFENSIVO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS DESACOLHIDO. OFÍCIO À COMARCA DA ORIGEM, UMA VEZ CERTIFICADO O ESGOTAMENTO DA JURISDIÇÃO ORDINÁRIA, TENDO EM VISTA PEDIDO, NO PARECER MINISTERIAL, PARA EXPEDIÇÃO DE MANDADOS DE PRISÃO EM DESFAVOR DOS RÉUS, COM REMESSA DAS PEÇAS PARA A FORMAÇÃO DOS RESPECTIVOS PECS. PRELIMINAR REJEITADA. APELOS DEFENSIVOS PARCIALMENTE PROVIDOS." (e-STJ, fls. 510-512).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (e-STJ, fl. 536).

A defesa aponta, inicialmente, ofensa ao art. 226 do CPP, arguindo a nulidade do acórdão recorrido, em virtude dos vícios do único reconhecimento fotográfico efetuado no inquérito, o que o torna inválido. Alega, ainda, que a prova judicial é insuficiente para a condenação, já que não houve o reconhecimento formal.

Aduz, ainda, negativa de vigência ao art. 155 do CPP, pois as instâncias ordinárias utilizaram o reconhecimento feito na fase inquisitorial como elemento de prova da autoria para condenação.

Sustenta, por fim, negativa de vigência ao art. 70 do CP, haja vista que foi aplicado tanto o concurso formal como o crime continuado, o que é incorreto.

Diante do exposto, requer:

"**a)** a declaração da nulidade dos reconhecimentos pessoais efetuados em

sede inquérito e judicial por ofensa ao art. 226 do CPP;

b) a declaração da ofensa ao art. 155 do CPP, declarando nula a parte da sentença que utilizou os reconhecimentos pessoais feitos em delegacia, bem como o depoimento judicial das vítimas no que tange ao reconhecimento pessoal como fundamento da sentença;

c) a absolvição do recorrente;

d) em não se entendendo pela absolvição, requer-se o afastamento da aplicação conjunta do concurso formal com o crime continuado, mantendo apenas o aumento para o crime continuado;

e) o redimensionamento da fração de aumento do crime continuado (art. 71 do CP)" (e-STJ fl. 597).

Foram apresentadas as contrarrazões (e-STJ fls. 637-645).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento parcial do recurso (e-STJ, fls. 669-681).

É o relatório.

Decido.

A irresignação merece parcial acolhimento.

Colhe-se dos autos, que o réu e seu comparsa foram condenados à pena de 08 (oito) anos, 03 (três) meses e 16 (dezesseis) dias de reclusão, além de 30 (trinta) dias-multa, à razão unitária mínima, nos termos do art. 72 do CP, pela prática do crime previsto no art. 157, §2°, II, por duas vezes, na forma do art. 70 e art. 71, todos do CP.

Inicialmente, no que tange ao pedido de reconhecimento de nulidade do acórdão recorrido, por descumprimento das formalidades do art. 226 do CPP, consta do aresto impugnado:

> "Na espécie, **após a prisão em flagrante dos acusados e quando da inquirição de Giovane Dutra Soares, Tanise de Melo e Laíse Borba de Oliveira, em sede policial (fls. 12,13 e 88), constou de suas declarações que reconheceram os indivíduos presos como os autores dos roubos dos quais foram vítimas**. Ainda foi acostado aos autos, fl. 89, reconhecimento fotográfico da dupla, realizado por Laíse, a qual somente foi inquirida, em âmbito investigativo, alguns dias após o fato, considerando que, após a prisão dos réus, foi imediatamente conduzida ao hospital, em razão de lesão na boca, sofrida por ocasião do crime, impossibilitando a imediata coleta de seu depoimento (fl. 14). **E, novamente inquiridas as lesadas, em juízo, todas confirmaram ter efetivamente realizado, em seara policial, os reconhecimentos pessoais e fotográficos acima descritos.** Assim, inexiste qualquer irregularidade nos procedimentos, até porque, consoante jurisprudência sedimentada nesta Corte, o estabelecido no art. 226 do CPP constitui mera orientação, cautela a ser tomada, que não contamina o restante do conjunto probatório." (e-STJ, fl. 524).

Como se vê, no caso, não há falar em nulidade processual decorrente de violação aos preceitos do art. 226 do Código de Processo Penal. Isso porque as disposições constantes do referido dispositivo configuram mera recomendação legal e não uma exigência, cuja inobservância não enseja a nulidade do ato, notadamente quando a identidade do réu puder ser comprovada por outros meios de provas, tal como ocorrido na espécie.

A corroborar esse entendimento, confiram-se:

> "[...]
> 1. Esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento no sentido de que as disposições insculpidas no artigo 226 do Código de Processo Penal configuram uma recomendação legal, e não uma exigência, cuja inobservância não enseja a nulidade do ato.
> (...)
> 3. *Habeas corpus* não conhecido."
> (HC 460.136/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 30/08/2018).
>
> "[...]
> 3. A jurisprudência deste Tribunal Superior entende que a inobservância das formalidades legais para o reconhecimento pessoal do acusado não enseja nulidade, por não se tratar de exigência, apenas recomendação, sendo válido o ato quando realizado de forma diversa da prevista em lei, notadamente quando amparado em outros elementos de prova.
> 4. Agravo regimental não provido."
> (AgRg no AREsp 1.002.962/SE, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 16/03/2017).

Da mesma forma, não prospera a suscitada negativa de vigência ao art. 155 do CPP, haja vista que as vítimas confirmaram, em juízo, que reconheceram o acusado e o seu comparsa como os autores dos roubos dos quais foram vítimas.

Nesse contexto, imperiosa a condenação do réu.

De outra parte, quanto ao pleito de afastamento da aplicação conjunta do concurso formal com o crime continuado, mantendo-se apenas o aumento referente à continuidade delitiva, razão assiste ao recorrente. Sobre o tema, este Superior Tribunal de Justiça entende que, ocorrendo, na mesma hipótese, o concurso formal entre os delitos e a continuidade delitiva, deve o primeiro ser afastado, sendo aplicado apenas o disposto no art. 71 do Código Penal, devendo o *quantum* de aumento ser regulado pela quantidade total de condutas delituosas praticadas pelo agente, sob pena de *bis in idem*.

A propósito:

> "[...]
> **4. Segundo orientação deste Superior Tribunal de Justiça, quando configurada a ocorrência de concurso formal e crime continuado, aplica-se somente um aumento de pena, o relativo à continuidade delitiva, pelo número total de infrações. Precedentes.**
> 5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente." (HC 406.790/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 5/10/2017, DJe 16/10/2017, grifou-se)
>
> "[...]
> **1. O Superior Tribunal de Justiça é firme em assinalar que a majoração da pena, inicialmente pelo concurso formal e posteriormente pelo crime continuado, configura *bis in idem*.**

> 2. As instâncias de origem não apontaram nenhum elemento dos autos (como o *modus operandi*, por exemplo) que, efetivamente, comprovasse a real exigência de fixação do modo inicialmente mais gravoso.
> 3. Agravo regimental não provido." (AgInt no HC 385.006/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 28/3/2017, DJe 6/4/2017, grifou-se).

Também merece acolhimento o pleito relativo ao redimensionamento da fração de aumento do crime continuado. Isso porque, de acordo com a jurisprudência desta Corte, em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4 para 4 infrações; 1/3 para 5 infrações; 1/2 para 6 infrações e 2/3 para 7 ou mais infrações, de modo que, no caso, tendo sido praticados 3 (três) crimes, deve-se aplicar a fração de 1/5.

Nesse sentido:

> "[...]
> - Esta Corte Superior firmou a compreensão de que a fração de aumento no crime continuado é determinada em função da quantidade de delitos cometidos, aplicando-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações; e 2/3, para 7 ou mais infrações (HC n. 342.475/RN, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 23/2/2016).
> *Omissis.*
> - Agravo regimental desprovido."
> (AgRg no HC 468.063/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/10/2018, DJe 29/10/2018)

Desse modo, uma vez afastada a aplicação do concurso formal e enquadrados os fatos (1º e 2º) no art. 71 do Código Penal, passa-se ao novo cálculo da pena.

> <u>1° Fato - Roubos majorados contra as vítimas Laíse e Tanise.</u>
> Na primeira fase, à vista da análise das vetoriais do art. 59 do CP, a pena base foi fixada, na sentença, para cada um dos roubos, em 04 (quatro) anos de reclusão, patamar mínimo legal, porquanto ausentes agravantes e atenuantes.
> Na terceira fase, presente a majorante do concurso de agentes, aplicada na fração mínima de 1/3, fixa-se a pena total em **05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão,** para cada um dos réus, a qual torno definitiva para o 1º fato, uma vez que excluído o concurso formal.
> A pena de multa foi aplicada, para cada fato, no patamar mínimo legal.
>
> <u>2° Fato - Roubo majorado contra a vítima Giovane.</u>
> Na primeira fase, mantém-se a pena base fixada em 04 (quatro) anos de reclusão, pois ausentes agravantes e atenuantes.

> Na terceira fase, aplicada a majorante do concurso de agentes, na fração de 1/3, a pena definitiva, para cada um dos réus, **perfaz 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.**
> A pena de multa foi aplicada no patamar mínimo legal.
>
> Por fim, no que tange à incidência do art. 71 do CP, em razão da continuidade delitiva entre o 1° e o 2° fatos, a pena de qualquer um dos crimes, porquanto iguais, deve ser acrescida da fração de 1/5, **resultando na pena total, para cada um dos réus, de 06 (seis) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, além de 30 (trinta) dias-multa,** à razão unitária mínima, nos termos do art. 72 do CP.

Fica mantido o regime inicial semiaberto para o resgate da sanção, bem como a impossibilidade de substituição e suspensão condicional da pena, porquanto não preenchidos os requisitos legais dispostos nos artigos 44 e 77 do Código Penal, em especial considerando a pena aplicada e a natureza dos crimes, perpetrados com violência e grave ameaça.

Ante o exposto, nos termos do art. 255, § 4º, III, do Regimento Interno do STJ, dou parcial provimento ao recurso especial, a fim de afastar a aplicação do art. 70 do Código Penal, diminuir a fração de aumento decorrente da continuidade delitiva e, em consequência, reduzir a pena do réu, nos termos da fundamentação. Reconheço, ainda, a necessidade de estender os efeitos dessa decisão ao corréu Luiz Felipe Loureiro Marantes.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 08 de abril de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator