HABEAS CORPUS Nº 494.135 - SP (2019/0046985-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		LEONARDO NASCIMENTO DE PAULA - SP320176
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	RAFAEL DE JESUS NASCIMENTO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de RAFAEL DE JESUS NASCIMENTO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0073866-32.2016.8.26.0050).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal (e-STJ fls. 20/27).

Irresignado, o paciente interpôs recurso de apelação, o qual foi improvido (e-STJ fls. 43/67), em acórdão assim ementado:

> *PRELIMINAR. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO FEITO DESDE A AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. AUSÊNCIA DE RECONHECIMENTO PESSOAL DOS ACUSADOS NA POLÍCIA E EM JUÍZO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. A falta de reconhecimento pessoal nas fases policial e judicial não implica a declaração de nulidade do processo, posto que não configurado cerceamento de defesa, conquanto a falta desse elemento de convicção possa influenciar o magistrado no juízo de culpabilidade, quando da análise do conjunto probatório coligido. Preliminar de nulidade que se confunde com o mérito e, como tal, será analisada.*
>
> *ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES. Configuração. Apelantes que negaram a acusação e atribuíram a autoria uns aos outros. Negativas e versões que restaram isoladas nos autos. Materialidade e autoria devidamente comprovada, não havendo que se falar em fragilidade probatória. Roubadores que deixaram no local do crime uma mochila, com um documento de titularidade do corréu Leonardo*

e uma certidão de nascimento de pessoa cujos pais eram os apelantes Kelly e Rafael. Acusados que foram reconhecidos pelas vítimas na fase policial, por fotografia. Reconhecimento fotográfico corroborado pela narrativa das vítimas, que admitiram já conhecer os acusados, em virtude de encontros pretéritos. Prova emprestada. Juntada neste feito das declarações das vítimas, que foram ouvidas nos autos desmembrados. Admissibilidade. Cerceamento de defesa. Não ocorrência. Juízo a quo que concedeu a oportunidade às partes para manifestarem-se quanto ao conteúdo da prova emprestada. Vítimas que confirmaram a prática do roubo, mediante emprego de arma de fogo e em concurso de agentes. Elementos de convicção suficientes a roborar a condenação. Depoimento do policial civil em consonância com a prova amealhada aos autos. Emprego de arma de fogo comprovado nos autos, notadamente pelas declarações das vítimas. Manutenção da condenação.

PENA. Base fixada no mínimo legal. Reconhecimento, nesta instância, da atenuante da menoridade relativa da apelante Kelly, a qual, contudo, não tem o condão de reduzir a pena-base aquém do mínimo legal (Súmula 231 do STJ). Inexistência de agravantes ou outras atenuantes a serem consideradas. Majoração da pena em três oitavos pelo emprego de arma de fogo e pelo concurso de agentes, na proporção consolidada nesta Corte.

REGIME. Regime inicial fechado fixado com acerto. Gravidade concreta do delito, praticado mediante emprego de arma de fogo, em concurso de agentes. Incabível a fixação de regime menos gravoso exclusivamente pelo cálculo de desconto ou abatimento do tempo de prisão processual, situação que demandaria análise de fatores não constantes dos autos.

BENEFÍCIOS. Incabível a substituição da pena corporal por restritivas de direitos e o sursis penal, por se tratar de crime cometido com grave ameaça à pessoa e tendo em vista o montante da pena cominada.

Desprovimento do recurso de Rafael e provimento parcial à apelação de Kelly, apenas para reconhecer a atenuante da menoridade relativa, sem reflexos na pena final a ela imposta, com expedição de ofício de recomendação ao acusado Rafael e, após o esgotamento de recurso nesta instância, expedição de mandado de prisão em desfavor da acusada Kelly.

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 3/16), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois manteve a majorante do emprego de arma, embora a arma de fogo não tenha

sido apreendida e periciada. Entende ser indispensável a apreensão e perícia do artefato para a configuração da respectiva causa de aumento.

Além disso, aponta ser ilegal o acréscimo de 3/8 na terceira fase da dosimetria, pois baseado na mera indicação do número de majorantes, devendo ser aplicada a fração mínima prevista em lei.

Por fim, assevera que o regime prisional mais gravoso baseou-se na gravidade abstrata do delito, o que configura ilegalidade. Destaca que o paciente é primário e a sua condenação não excede 8 anos de reclusão, razão pela qual faz jus ao regime semiaberto. Ainda em relação ao regime, afirma que o paciente encontra-se preso desde 5/9/2016 e não foi observada a regra da detração prevista no § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal, o que também ensejaria o estabelecimento de regime mais brando.

Ao final, formula pedido liminar para que o paciente aguarde em regime mais brando o julgamento deste *writ* e, no mérito, pede a concessão da ordem para que a sua pena seja reduzida, além do abrandamento do regime prisional.

É o relatório. **Decido**.

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção do paciente.

No caso dos autos, ao menos em juízo de cognição sumária, não verifico manifesta ilegalidade apta a justificar o deferimento da medida de urgência, sendo necessário aprofundado exame dos autos para a aferição de eventual constrangimento ilegal.

Ademais, o pedido liminar confunde-se com parte do próprio mérito da impetração, o qual deverá ser analisado em momento oportuno, por ocasião do julgamento definitivo do *habeas corpus.*

Ante o exposto, **indefiro** a liminar.

Suficientemente instruída a impetração, dispenso informações.

Dê-se vista dos autos ao Ministério Público Federal.

Intimem-se.

Brasília (DF), 19 de fevereiro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator