

HABEAS CORPUS Nº 512.886 - SP (2019/0155146-4)

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RICARDO LOBO DA LUZ - SP284486
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROGERIO PINHEIRO DE OLIVEIRA

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. ARGUIÇÃO DE NULIDADE (RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO NA FASE INQUISITORIAL). OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. NÃO OBSERVÂNCIA DO ENUNCIADO N.º 443 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REGIME FECHADO. CABIMENTO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de ROGERIO PINHEIRO DE OLIVEIRA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido no julgamento da Apelação Criminal n.º 0105087-04.2014.8.26.0050.

Em 23/11/2016, o Paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, fixado regime inicial fechado, além de 13 (treze) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2.º, incisos I e II, do Código Penal, deferido o direito de recorrer em liberdade (fls. 33-34), por ter subtraído diversos objetos das vítimas, mediante violência, emprego de arma de fogo e concurso de agentes, no dia 25/07/2014 (fl. 23).

O Tribunal *a quo*, em 22/11/2018, negou provimento ao apelo defensivo.

Neste *writ*, a Impetrante defende haver nulidade sob alegação de vício no procedimento de reconhecimento de pessoa, mediante fotografia e afirma que o prejuízo é presumido (fls. 4-5).

Sustenta, ainda, haver ilegalidade na terceira fase da dosimetria, pois a elevação da pena em 3/8 (três oitavos) – mantida pela Corte Estadual – levou em consideração somente o critério quantitativo de causas de aumento (fls. 8-10). Aduz não

haver justificativa para fixação de regime mais gravoso (fls. 10-13).

Nestes termos, busca, em liminar, a suspensão do processo penal até o julgamento final deste *writ*. No mérito, requer o trancamento da ação penal ou, subsidiariamente, a fração mínima de aumento na terceira fase da dosimetria e a fixação de regime inicial semiaberto (fls. 13-14).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 48-49).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* e, caso conhecido, pela denegação da ordem, em parecer que recebeu a seguinte ementa:

HABEAS CORPUS IMPETRADO COMO SUCEDÊNEO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. PENAL. PROCESSO PENAL. ROUBO MAJORADO. AUMENTO DE 3/8 NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES. MAIOR GRAVIDADE DA CONDUTA E PERICULOSIDADE SOCIAL DO RÉU. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 443/STJ. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 440/STJ. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO OU DENEGAÇÃO DO WRIT. CASO ULTRAPASSADO O JUÍZO DE PRELIBAÇÃO, NO MÉRITO, PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM." (Fl. 53).

É o relatório. Decido.

Por um lado, em ralação à **nulidade do reconhecimento fotográfico de pessoa na fase inquisitorial**, sublinho que, na perspectiva instrumentalista, não há declaração de nulidade presumindo o prejuízo, conforme pretende a Impetrante.

Constato, outrossim, que na formação do juízo de culpa, ora impugnado, foi **reconhecida a autoria com base no reconhecimento do réu em juízo pela vítima, bem como no depoimento do Investigador de polícia (fls. 27-28)**. Portanto, o elemento de informação produzido na fase inquisitorial não foi determinante para a condenação, o que traduz a ausência de prejuízo, necessário a declaração de nulidade, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal.

A propósito, consta na sentença que a "*vítima reconheceu o réu em Juízo de forma categórica, como sendo o autor do delito, chegando a informar que foi o agente que mais manteve contato, o qual não usava qualquer boné ou máscara*" (fl. 27).

Como se sabe, independentemente do grau da nulidade, a teor do mencionado dispositivo legal, "*nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.*" É a consagração, entre nós, do princípio do prejuízo, também conhecido pela expressão *pas de nullité sans grief*.

Nesse sentido: HC 466.410/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA (DJe 15/10/2018); REsp 1.577.195/PB, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA (DJe 10/10/2018).

De outra parte, certo é que o aumento acima do mínimo, na terceira fase da dosimetria da pena, deve ser fundamentado com base em dados concretos que justifiquem maior elevação. No caso, assim consignou o Tribunal estadual, mantendo integralmente a sentença condenatória, *litteris*:

*"A pena-base foi fixada no mínimo legal e, a seguir, **aumentada em 3/8, por reconhecidos o emprego de arma de fogo e o concurso de agentes.** Tal majoração é a que melhor atende ao critério da proporcionalidade na hipótese do roubo duplamente circunstanciado. Com o advento da Lei nº 9.426/96, existindo hoje cinco causas de aumento, o acréscimo, entre um terço e metade, deve ser regulado em consonância com a maior ou menor gravidade da conduta, seja em relação a cada circunstância majorante, seja em relação à concorrência de duas ou mais, porquanto reveladoras da exacerbação da periculosidade do agente, a justificar a imposição de sanções mais rigorosas, sem que isso implique em bis in idem.*

A pena se consolida, portanto, em 5 anos e 6 meses de reclusão, com 13 dias-multa mínimos.

[...]

*A propósito, que não haveria qualquer ilegalidade na fixação do regime inicial como fechado, e nem ofensa às Súmulas 718 e 719, do Supremo Tribunal Federal, pois **os fatos concretos e as circunstâncias judiciais aferidas (assalto com emprego de arma e violência contra as vítimas, invasão da residência), ambos extraídos dos autos, demonstram não ser recomendável a adoção de regime prisional mais brando, sobretudo para não se provocar afrouxamento excessivo e intolerável estímulo ao criminoso, forjando, em seu espírito, a sensação de uma ilusória impunidade.**" (fls. 41-42; sem grifos no original.)*

Todavia, o fato do delito haver sido perpetrado com emprego de arma de fogo e em concurso de agentes, não é suficiente para majorar a pena.

Está caracterizado, portanto, o desrespeito à orientação consolidada no Verbete Sumular n.º 443 do Superior Tribunal de Justiça, pelo qual: "*O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige*

fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes."

A propósito, destaco o seguinte julgado:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO. DOSIMETRIA. CAUSA DE AUMENTO DA PENA. MAJORAÇÃO ALÉM DE 1/3. FUNDAMENTAÇÃO ABSTRATA. A UTILIZAÇÃO DE ARMA DE FOGO E A PRÁTICA DO CRIME EM CONCURSO DE PESSOAS NÃO SÃO SUFICIENTES PARA JUSTIFICAR A ELEVAÇÃO DA PENA. INDICAÇÃO DE ESPECIFICIDADES DO CASO CONCRETO. NECESSIDADE.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a majoração da pena na terceira fase da dosimetria alusiva ao delito de roubo majorado, em fração mais elevada que 1/3, demanda fundamentação concreta.

2. O fato de o crime haver sido perpetrado com emprego de arma de fogo e em concurso de agentes, não é justificativa suficiente para majorar a pena, sem que haja indicação de peculiaridades do caso concreto que fundamentem a elevação.

3. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 1.632.047/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 25/04/2017, DJe de 03/05/2017; sem grifos no original.)

Conforme cediço, a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena aplicada deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal. Nesse sentido, são os enunciados n.º 440 da Súmula desta Corte e n.º 718 e 719 da Súmula do STF, respectivamente, *in verbis*:

"Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito."

"A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada."

"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."

Na espécie, embora não tenha sido exasperada a pena-base, **considerou-se a violência contra as vítimas e a invasão da residência como**

elementos desabonadores de regime prisional mais brando, o que se mostra válido, uma vez que tais elementos se prestariam a valorar negativamente as circunstâncias do crime. Logo, trata-se de dado concreto extraído dos autos.

Fixadas essas premissas, **passo a redimensionar a pena** do Paciente.

Art. 157, § 2.º, incisos I e II, do Código Penal

Na primeira etapa, mantém-se a pena no patamar de 4 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias multa, no piso.

Na fase intermediária, ausentes causas modificativas, mantenho o *quantum*.

Na terceira etapa, face às majorantes do emprego de arma de fogo e do concurso de agentes, reformo o acórdão impugnado para majorar a pena em 1/3 (um terço), **alcançando, portanto, 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, bem como 13 (treze) dias-multa, mantidos os demais aspectos da dosimetria realizada pelas instâncias ordinárias.**

Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE a ordem de *habeas corpus* para redimensionar a pena do Paciente em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, bem como 13 (treze) dias-multa, mantidos os demais aspectos da dosimetria da pena realizada pelas instâncias ordinárias.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 11 de junho de 2019.

Ministra LAURITA VAZ
Relatora