



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 417.291 - SP (2017/0243367-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : **OSWALDO ALMAGRO JUNIOR**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **OSWALDO ALMAGRO JUNIOR**

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO MAJORADO E EXTORSÃO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. NULIDADE POR AUSÊNCIA DE DEFESA PRÉVIA. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ATIPICIDADE. SENTENÇA CONDENATÓRIA SUPERVENIENTE. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. RECONHECIMENTO PESSOAL. FORMALIDADES RECOMENDADAS PELA LEI PROCESSUAL PENAL. INOBSERVÂNCIA. NULIDADE INOCORRENTE. DECRETO CONDENATÓRIO COM MOTIVAÇÃO IDÔNEA E AMPARO EM AMPLO CONTEXTO PROBATÓRIO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo de revisão criminal e de recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.
2. A alegada nulidade processual por ausência de apresentação da defesa prévia não foi objeto de julgamento pela Corte de origem, o que impede seu conhecimento por este Tribunal, sob pena de indevida supressão de instância.
3. A superveniência de sentença condenatória suplanta as discussões acerca da atipicidade da conduta. Precedentes.
4. A pretensão de reforma do acórdão pela suposta atipicidade das condutas não pode ser apreciada por esta Corte Superior de Justiça, por demandar o exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos, inviável na via estreita do *habeas corpus*.
5. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que as disposições insculpidas no art. 226 do CPP configuram mera recomendação legal, e não uma exigência, porquanto não se comina a sanção da nulidade quando praticado o reconhecimento pessoal de modo diverso.
6. No caso, não há falar em nulidade por desobediência às formalidades insculpidas no art. 226, II, do CPP, haja vista a inobservância de prejuízo ao réu, conforme entendimento corrente nesta Corte, forjado no princípio *pas de nullité sans grief*. Ademais, o reconhecimento pessoal, considerado como prova válida, e demais elementos probantes dos autos, legalmente confeccionados no curso da instrução processual, deram suporte ao juízo de convicção sobre a autoria delitiva e, em consequência, ao decreto condenatório.
7. *Habeas corpus* não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 03 de abril de 2018 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 417.291 - SP (2017/0243367-1)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : OSWALDO ALMAGRO JUNIOR
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : OSWALDO ALMAGRO JUNIOR

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso, com pedido liminar, impetrado em favor de **OSWALDO ALMAGRO JUNIOR**, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Na origem, constata-se condenação em desfavor do paciente à pena de 14 anos, 6 meses e 6 dias de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos crimes dos arts. 157, § 2º, I e II, e 158, § 1º, na forma do 69, todos do Código Penal (e-STJ, fls. 146-166).

O TJSP negou provimento ao apelo defensivo:

"APELAÇÃO – ROUBO E EXTORSÃO QUALIFICADOS – Preliminares – Nulidade por descumprimento do art. 226 do CPP e por ter sido a condenação superior àquela anulada em sede revisional – Inocorrência – Não há obrigatoriedade em seguir, ao pé da letra, a previsão do art. 226, do CPP e, anulados os atos processuais, a nova resposta foi fornecida nos mesmos moldes da anterior, sem a apontada reforma para pior – Mérito – autoria e materialidade delitivas nitidamente delineadas nos autos – Firmes e seguras palavras da vítima que, sem conhecer previamente o réu, não teria razão para acusa-lo falsamente – Dosimetria – Singelas elevações em razão das circunstâncias do crime, personalidade do réu, reincidência e figura qualificada – Regime prisional fechado de rigor – Gravidade concreta das condutas e quantidade de pena que impedem abrandamento – Resposta jurisdicional correta – Preliminares rejeitadas e recurso defensivo desprovido" (e-STJ, fl. 37).

Neste *writ*, assevera a impetração a existência de nulidade processual, pois não apresentada a defesa prévia e não realizado o reconhecimento pessoal à luz do art. 226, II, do Código de Processo Penal.

Destaca, ainda, a atipicidade das condutas atribuídas ao paciente.

Pugna pela concessão da ordem para que seja declarada a nulidade processual desde o recebimento da denúncia.

Liminar indeferida.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 417.291 - SP (2017/0243367-1)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : OSWALDO ALMAGRO JUNIOR
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : OSWALDO ALMAGRO JUNIOR

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO MAJORADO E EXTORSÃO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. NULIDADE POR AUSÊNCIA DE DEFESA PRÉVIA. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ATIPICIDADE. SENTENÇA CONDENATÓRIA SUPERVENIENTE. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. RECONHECIMENTO PESSOAL. FORMALIDADES RECOMENDADAS PELA LEI PROCESSUAL PENAL. INOBSERVÂNCIA. NULIDADE INOCORRENTE. DECRETO CONDENATÓRIO COM MOTIVAÇÃO IDÔNEA E AMPARO EM AMPLO CONTEXTO PROBATÓRIO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo de revisão criminal e de recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.
2. A alegada nulidade processual por ausência de apresentação da defesa prévia não foi objeto de julgamento pela Corte de origem, o que impede seu conhecimento por este Tribunal, sob pena de indevida supressão de instância.
3. A superveniência de sentença condenatória suplanta as discussões acerca da atipicidade da conduta. Precedentes.
4. A pretensão de reforma do acórdão pela suposta atipicidade das condutas não pode ser apreciada por esta Corte Superior de Justiça, por demandar o exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos, inviável na via estreita do *habeas corpus*.
5. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido que as disposições insculpidas no art. 226 do CPP configuram mera recomendação legal, e não uma exigência, porquanto não se comina a sanção da nulidade quando praticado o reconhecimento pessoal de modo diverso.
6. No caso, não há falar em nulidade por desobediência às formalidades insculpidas no art. 226, II, do CPP, haja vista a inobservância de prejuízo ao réu, conforme entendimento corrente nesta Corte, forjado no princípio *pas de nullité sans grief*. Ademais, o reconhecimento pessoal, considerado como prova válida, e demais elementos probantes dos autos, legalmente confeccionados no curso da instrução processual, deram suporte ao juízo de convicção sobre a autoria delitiva e, em consequência, ao decreto condenatório.
7. *Habeas corpus* não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo de revisão criminal e de recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

No caso dos autos, não se configura o alegado constrangimento ilegal, uma vez incólume o acórdão impugnado, cujos destaques se seguem:

"A preliminar, já rechaçada no juízo de piso, não merecia mesmo acolhimento.

Dispensável seguir-se *ipsis litteris* os termos do art. 226 do Código de Processo Penal que, além de não serem obrigatórios, são indiferentes no caso do reconhecimento feito em juízo, pessoalmente.

Esclareça-se ainda que colocar o acusado ao lado de pessoas semelhantes trata-se de mera recomendação do artigo 226, inciso II, do CPP.

Não há dúvida alguma em relação à materialidade delitiva e autoria criminal, ambas admitidas 2 vezes em primeira instância e, ainda, em sede recursal.

Auto de exibição e apreensão do cartão de visita da vítima, com informações manuscritas por ela e pelos bandidos (fls. 15/16), e a prova oral, parte dela refeita, são neste sentido.

Ouvida na Polícia a vítima descreveu em detalhes a empreitada delitiva. Contou que chegava em casa por volta das 20h30 quando foi abordada por 2 indivíduos que chegaram num veículo Peugeot e, utilizando arma de fogo, a dominaram. Um dos assaltantes assumiu a condução de seu veículo, sendo seguido pelo outro que, pouco depois, retirou o toca-fitas daquele carro e ingressou no seu. Ficou no banco do passageiro segurando o acessório, tendo sido obrigada a entregar seu cartão magnético, bem como anotar a senha e sua data de nascimento no verso de um cartão de visitas, oportunidade em que um dos réus, loiro, sacou R\$ 1.500,00 e fez um empréstimo de R\$ 4.000,00 e, na sequência, ingressou num shopping onde fez compras no valor de R\$ 168,00. Antes de a liberarem eles, ainda, pegaram R\$ 54,00 que tinha consigo e a fizeram jurar que não bloquearia o cartão bancário até as 12h30 do sábado, mas como ela o bloqueou, na segunda feira eles ligaram para seu escritório pedindo o número de seu celular, que os demais funcionários se negaram a fornecer 3 dias, entretanto, eles colocaram o cartão de visitas no portão de sua casa, nele escrevendo "Pilantra". Dias depois assistiu reportagem televisa sobre a prisão da dupla e, em razão disso, fez reconhecimento pessoal de Romildo, mas como OSWALDO estava numa Casa de Detenção, pede autorização judicial para tentar reconhece-lo (fls. 20/21).

Em juízo, na nova audiência designada em substituição àquela anulada por conta da ausência do réu, a vítima, depois de pedir que ele fosse retirado da sala de audiência, como lhe garante o art. 217 do CPP, confirmou a prática dos crimes.

Contou que chegava em sua casa, depois de um dia de trabalho, e no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

momento em que fechava o portão um indivíduo de cor negra desceu de um veículo Peugeot de arma em punho e anunciou o assalto. Pouco à frente OSWALDO, que conduzia o Peugeot, o abandonou e ingressou em seu carro, no qual foi obrigada a fornecer o cartão bancário e respectiva senha, que anotou no verso de seu cartão de visitas, junto com a data de seu nascimento.

OSWALDO, então, desceu do carro e foi até um caixa eletrônico e, depois, a um shopping do qual voltou com diversas sacolas. Contou ter ficado do lado de fora do automóvel, ao lado do assaltante negro, passando muito mal e, por isso, pedia para ser libertada, mas OSWALDO fazia “mil ameaças”, chegando a mencionar que iriam para o Riacho Grande. O parceiro do apelante, contudo, ao perceber que ela realmente estava mal, resolveu liberá-la, tendo a soltado na frente de sua casa, depois que prometeu que não bloquearia o cartão, levando com eles o veículo que só foi abandonado horas depois. Os fatos aconteceram numa quinta-feira e, no sábado, os mesmos indivíduos foram até a sua casa de motocicleta e deixaram o cartão de visitas no qual havia feito anotações, nele escrevendo: “Pilantra”, isso depois de passarem o dia anterior ligando para seu escritório à sua procura. Contou ter

ficado apavorada, pintou o cabelo, mudou de sua residência e vendeu seu carro e, dias depois, ao assistir noticiário na televisão em que apareciam os mesmos indivíduos que a haviam roubado e extorquido, foi ao CDP de Santo André onde reconheceu o comparsa e, na data da audiência, o apelante (fls. 614/615).

Na Polícia OSWALDO negou qualquer participação nos fatos afirmando conhecer Romildo apenas de vista, pois moravam no mesmo bairro, tendo sido abordado por policiais ao lado dele depois de um pedido de carona, oportunidade em que foi informado que o veículo em que estavam era roubado.

Alegou, ainda, que ao ser conduzido ao Distrito Policial, como tinha passagem anterior por roubo e não aceitou pagar R\$ 25.000,00 para ser solto, acabou ficando detido (fls. 72/72v).

Em juízo, depois de repetir ter sido preso num carro que não sabia ser roubado, informou ter sido policial militar e, por isso, estar sendo perseguido por policiais civis e cumprindo pena por outro roubo que, por igual, não cometeu (fls. 201).

Em novo interrogatório alegou que no dia dos fatos “certamente estava trabalhando na Móveis Columbus” (sic), informando já ter sido processado e condenado por 3 outros crimes, inclusive por roubo a carteiros, mas nunca foi reconhecido pessoalmente em relação ao presente feito (fls. 616/617).

Romildo, reconhecido pessoalmente (fls. 19), contradisse o apelante afirmando conhece-lo havia algum tempo, pois além de morarem na mesma avenida, jogavam futebol juntos.

Repetiu, contudo, não ter praticado o crime, até porque na ocasião havia se submetido a uma cirurgia na mão direita e estava com o braço engessado não podendo, por isso, sair de casa (fls. 187v).

OSWALDO, depois de reconhecido por fotografia (fls. 84) e na nova audiência de instrução (fls. 611), malgrado tenha alegado um álibi, não fez qualquer esforço para comprová-lo, o mesmo ocorrendo com seu comparsa que, embora tenha alegado que estava com o braço imobilizado em razão de uma cirurgia, não trouxe prova alguma neste sentido, o que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seria fácil, caso fosse verdade, pois bastaria juntar uma ficha clínica ou declaração de qualquer dos profissionais que o atenderam.

João Alberto Gomes Correa Junior, em razão da relevância e repercussão da ocorrência, lembrou-se dos fatos, embora tenham ocorrido muito tempo antes e contou que a vítima, depois de roubada e extorquida, registrou a ocorrência e, passados uns dias, soube da prisão de 2 indivíduos que atuavam com mesmo modus operandi, ou seja, abordavam mulheres distraídas e as levavam em seus próprios veículos, obrigando-as a fornecerem cartão e senha bancários. Diante disso a vítima foi chamada à Delegacia onde comentou ter visto a mesma reportagem e reconheceu os 2 por fotografias, não lembrando se houve reconhecimento pessoal, pois eles estavam presos. Olhando para o réu, em razão do tempo decorrido, não teve certeza de ser a mesma pessoa que participou do crime, embora os traços fossem semelhantes. Questionado, explicou que no dia da reportagem a vítima ligou para a Delegacia comentando ter reconhecido os réus, mas só foi chamada dias depois, quando já estavam de posse das fotografias (CD - fls. 628b).

Diante de tal panorama, formado pelas firmes e seguras palavras da vítima e de um policial que não conheciam previamente o réu e, portanto, razão alguma teriam para mentir fica clara a responsabilidade criminal do réu que, repita-se, já havia sido analisada em primeiro grau e por esta Câmara em sede recursal.

Aliás, não fosse a anulação do presente feito somente por conta da ausência do réu durante a audiência que, refeita, ocorreu novamente sem a sua presença, como garantido pelo ordenamento jurídico em proteção às vítimas e testemunhas, o caso já estaria definitivamente encerrado como, aliás, aconteceu com o assecla Romildo.

De qualquer modo, refeita a instrução, as provas mais uma vez se mostraram firmes e seguras o bastante não só à edição, como à manutenção do decreto de rigor tal qual lançado.

Note-se que as palavras das vítimas se revestem de alto valor probante, principalmente nestes delitos patrimoniais, em que o sujeito ativo sempre procura agir às escondidas, sendo de extrema importância a narrativa do ofendido para revelar detalhes da ação delituosa.

(...)

O réu, de outro lado, além de não comprovar seu alegado álibi ou a perseguição policial, foi reconhecido pela vítima depois de preso, como comprova o boletim de ocorrência de fls. 17/18, ao lado do mesmo comparsa, e acusado de crime semelhante perpetrado contra duas mulheres.

A culta magistrada de piso lembrou que no processo que tratou daquele caso, os réus, em seus depoimentos, fizeram referência ao presente.

(...)"

Inicialmente, a alegada nulidade processual por ausência de apresentação da defesa prévia não foi objeto de julgamento pelo Tribunal de origem, o que impede seu conhecimento por este Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância, consoante pacífico entendimento desta Corte:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. MATÉRIA NÃO APRECIADA NO ACÓRDÃO COMBATIDO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. VARIEDADE, NATUREZA E NÚMERO DE PORÇÕES DE SUBSTÂNCIAS TÓXICAS APREENDIDAS. GRAVIDADE. POTENCIALIDADE LESIVA DA INFRAÇÃO. PERICULOSIDADE SOCIAL. NECESSIDADE DE GARANTIR A ORDEM PÚBLICA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. RECLAMO EM PARTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, IMPROVIDO.

1. Inviável a apreciação, diretamente por esta Corte Superior de Justiça do aventado excesso de prazo na formação da culpa, tendo em vista que tal questão não foi analisada no aresto combatido.

[...]

5. Recurso ordinário em parte conhecido e nessa extensão improvido."

(RHC 66.827/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 24/02/2016.)

Por outro lado, a superveniência de sentença condenatória suplanta as discussões acerca da atipicidade da conduta.

Nesse sentido, confirmam-se:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA E FALTA DE JUSTA CAUSA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. ART. 288 DO CÓDIGO PENAL. WRIT PREJUDICADO. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* DESPROVIDO.

1. "A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior de Justiça consolidaram o entendimento de que a superveniência de sentença penal condenatória inviabiliza a apreciação da alegação de ausência de justa causa e de atipicidade da conduta em sede mandamental." (Precedentes)." (AgRg no RHC 73.975/RO, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/05/2017, DJe 26/05/2017) 2. **Aggravamento regimental no habeas corpus desprovido.**

(AgRg no RHC 37.310/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 12/9/2017, DJe 20/9/2017, grifou-se).

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FALSIFICAÇÃO, ADULTERAÇÃO OU ALTERAÇÃO DE PRODUTOS DESTINADOS A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO DO ART. 72 DO CP. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. EXAME PREJUDICADO. DENÚNCIA QUE ATENDE AOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. DOSIMETRIA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 273, § 1º-B, DO CP PELA CORTE ESPECIAL (AI NO HC N. 239.363/PR). VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROPORCIONALIDADE E DA OFENSIVIDADE. FIXAÇÃO DA PENA QUE MELHOR SE ADEQUE AO CASO. PRECEDENTES. NOVA DOSIMETRIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O agravante não apresentou argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental.

2. O conteúdo do art. 72 do Código Penal não foi objeto de debate prévio na instância de origem. Ausente, portanto, o devido prequestionamento nos termos da Súmula 211/STJ.

3. Na linha da diretriz jurisprudencial desta Corte Superior, bem como do Supremo Tribunal Federal, com a prolação de sentença penal condenatória, fica prejudicada a discussão acerca da aptidão da inicial acusatória, porquanto aferida, após prévia e ampla dilação probatória, a presença de justa causa para a condenação, não havendo mais sentido analisar eventual mácula condizente com a própria higidez da denúncia. Precedentes.

4. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da AI no HC n. 239.363/PR, declarou a inconstitucionalidade do preceito secundário da norma prevista no art. 273, § 1º-B, do Código Penal. Ante a referida declaração de inconstitucionalidade, a consequência deve ser a determinação de retorno dos autos à instância a quo, a fim de que proceda à nova capitulação jurídica, atentando-se ao preceito secundário que melhor se adeque ao fato, prejudicadas as demais questões.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 959.060/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 12/12/2016, grifou-se).

Ainda, a pretensão de reforma do acórdão pela suposta atipicidade das condutas não pode ser apreciada por esta Corte Superior de Justiça, por demandar o exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos, inviável na via estreita do *habeas corpus*.

A propósito, o seguinte julgado:

"CRIMINAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE, NULIDADE ABSOLUTA OU TERATOLOGIA A SER SANADA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-COMPROBATÓRIO. ORDEM DENEGADA.

I. Conquanto o uso do *habeas corpus* em substituição aos recursos cabíveis -- ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo - crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do *habeas corpus*.

II. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (Medida Cautelar no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Mandado de Segurança n.º 28.524/DF (decisão de 22/12/2009, DJE n.º 19, divulgado em 01/02/2010, Rel. Ministro Gilmar Mendes e HC n.º 104.767/BA, DJ 17/08/2011, Rel. Min. Luiz Fux), nos quais se firmou o entendimento da "inadequação da via do habeas corpus para revolvimento de matéria de fato já decidida por sentença e acórdão de mérito e para servir como sucedâneo recursal".

III. Na hipótese, a condenação transitou em julgado e a impetrante não se insurgiu quanto à eventual ofensa aos dispositivos da legislação federal, em sede de recurso especial, buscando o revolvimento dos fundamentos exarados nas instâncias ordinárias quanto à dosimetria da pena imposta, preferindo a utilização do writ, em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico.

IV. Inexistência, na espécie, de flagrante ilegalidade, nulidade absoluta ou teratologia a ser sanada pela via do habeas corpus, caracterizando-se o uso inadequado do instrumento constitucional.

V. Ademais, se a Corte de origem reconheceu, de forma fundamentada, que a conduta praticada pelo paciente subsume-se ao tipo penal previsto no art. 33 da Lei n.º 11.343/06, o pleito de reconhecimento da atipicidade da conduta demandaria profundo reexame de provas, peculiar ao processo de conhecimento.

VI. Ordem denegada" (HC 229.374/DF, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe 20/03/2012.)

De mais a mais, a jurisprudência desta Corte é firme no sentido que as disposições insculpidas no art. 226 do CPP configuram mera recomendação legal, e não uma exigência, porquanto não se comina a sanção da nulidade quando praticado o reconhecimento pessoal de modo diverso.

Confirmam-se:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E RECEPÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA. DOLO. CONHECIMENTO SOBRE A ORIGEM ILÍCITA DO VEÍCULO APREENDIDO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. RECONHECIMENTO DE PESSOA. FORMALIDADES RECOMENDADAS PELA LEI PROCESSUAL PENAL. INOBSERVÂNCIA. NULIDADE INOCORRENTE. DECRETO CONDENATÓRIO COM MOTIVAÇÃO IDÔNEA E AMPARO EM AMPLO CONTEXTO PROBATÓRIO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF.

AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O Tribunal de origem, soberano na apreciação das provas, manteve a condenação do recorrente, como incurso nas penas dos crimes previstos nos artigos 157, §2º, I e II, e 180, na forma do art. 69, todos do CP, porquanto considerou provada a materialidade e autoria delitivas, bem como o elemento subjetivo exigido por ambos os tipos penais violados. 2. Com relação ao crime de receptação, especificamente, a instância ordinária concluiu que as circunstâncias do caso concreto demonstram o inequívoco conhecimento do réu sobre a origem criminosa do veículo apreendido sob sua posse.

Demais disso, considerou, ainda, a inércia da defesa em apresentar e comprovar álibi capaz de desconstituir a imputação e as provas que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sustentam nestes autos. A revisão do julgado recorrido, nesta parte, demandaria o reexame de matéria fático-probatória, o que, em sede de recurso especial, constitui medida vedada pelo óbice da Súmula n. 7/STJ.

3. O acórdão recorrido está alinhado à jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual as disposições insculpidas no art. 226 do CPP, configuram uma recomendação legal, e não uma exigência absoluta, não se cuidando, portanto, de nulidade quando praticado o ato processual (reconhecimento pessoal) de modo diverso.

Precedentes.

4. Ademais, a demonstração da autoria do roubo pautou-se pela análise de outros meios de prova, produzidos em sede judicial, não havendo qualquer incerteza ou ilegalidade quanto à condenação do agravante.

5. O reconhecimento pessoal do agravante pela vítima do roubo não constituiu fonte única para formar o juízo de convicção sobre a autoria delitiva. A imputação do fato ao réu ampara-se também em outros elementos integrantes do conjunto probatório, que, aliás, sequer foram impugnados pela defesa - incidência da Súmula 283/STF.

Rever a conclusão alcançada pela instância ordinária demandaria o reexame de fatos e provas. Nova incidência da Súmula 7/STJ.

6. Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp 1067238/BA, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 25/4/2017, DJe 3/5/2017).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. RECONHECIMENTO PESSOAL. FORMALIDADES. ART. 226 DO CPP. NÃO VIOLAÇÃO. DIREITO DE PRESENÇA. OITIVA DE TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO. RETIRADA DO RÉU. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. 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" (AgRg no AREsp n. 837.171/MA, Rel. Ministro Rogerio Schietti, 6ª T., DJe 20/4/2016).

2. As instâncias de origem consideraram outros elementos de prova, além do reconhecimento pessoal do agente, para embasar a condenação e, assim, não há que se falar na nulidade por ofensa ao art. 226 do CPC.

3. O Superior Tribunal de Justiça é firme em assinalar que o direito de presença - como desdobramento da autodefesa (que também comporta o direito de audiência) - assegura ao réu a possibilidade de acompanhar os atos processuais, sendo dever do Estado facilitar seu exercício.

4. A circunstância de as vítimas sentirem-se expressamente constrangidas constitui motivação concreta e suficiente para a medida adotada pelo Juiz de primeiro grau, mormente porque o defensor público permaneceu na sala, o que afasta qualquer alegação de cerceamento de defesa, bem como de eventual prejuízo, como bem destacado pela Corte de origem.

5. Agravo regimental não provido." (AgRg no REsp 1371800/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/10/2017, DJe 27/10/2017).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No presente caso, não há falar em nulidade por desobediência às formalidades insculpidas no art. 226, II, do CPP, haja vista a inobservância de prejuízo ao réu, conforme entendimento corrente nesta Corte, forjado no princípio *pas de nullité sans grief*. Ademais, o reconhecimento pessoal, considerado como prova válida, e demais elementos probantes dos autos, legalmente confeccionados no curso da instrução processual, deram suporte ao juízo de convicção sobre a autoria delitiva e, em consequência, ao decreto condenatório.

Desse modo, não se evidencia hipótese de flagrante ilegalidade a ensejar a concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0243367-1

HC 417.291 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00740481920028260564 12292002 20170000432655 740481920028260564
90000168420028260564 993060875159

EM MESA

JULGADO: 03/04/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: OSWALDO ALMAGRO JUNIOR
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: OSWALDO ALMAGRO JUNIOR
CORRÉU	: ROMILDO GREGÓRIO JULIÃO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.