**HABEAS CORPUS Nº 464.312 - CE (2018/0206622-3)**

| | | |
|---|---|---|
| **RELATORA** | **:** | **MINISTRA LAURITA VAZ** |
| IMPETRANTE | : | OSEAS DE SOUSA RODRIGUES FILHO E OUTROS |
| ADVOGADOS | : | OSEAS DE SOUZA RODRIGUES FILHO - CE021600 |
| | | DAYVIDIANE NOGUEIRA DE LIMA - CE029622 |
| | | FRANCISCO ITALO OLIVEIRA RAMOS - CE028630 |
| IMPETRADO | : | TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ |
| PACIENTE | : | FRANCISCO JAIRO ALBUQUERQUE DE SOUSA (PRESO) |

**EMENTA**

*HABEAS CORPUS*. PENAL. DUPLO HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. VALORAÇÃO NEGATIVA. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. CULPABILIDADE. ASPECTOS GENÉRICOS DO CRIME. AFASTAMENTO. REINCIDÊNCIA. AUMENTO EM 1/6. PATAMAR ADEQUADO. TENTATIVA. FRAÇÃO DE REDUÇÃO. PLEITO DE APLICAÇÃO DO GRAU MÁXIMO. DESCABIMENTO. PERCURSO DO *ITER CRIMINIS* CONSIDERADO. FUNDAMENTO IDÔNEO. INVERSÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. PLEITO DE RECONHECIMENTO DO CONCURSO FORMAL PRÓPRIO. REVOLVIMENTO DO ARCABOUÇO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE NA VIA ESTREITA DO *WRIT*. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA APENAS PARA AFASTAR A CULPABILIDADE COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL.

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de FRANCISCO JAIRO ALBUQUERQUE DE SOUSA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará na Apelação Criminal n. 0070007-03.2016.8.06.0167.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado à pena de 23 (vinte e três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, pela prática dos delitos tipificados nos arts. 121, § 2.º, inciso IV, c.c. o 14, inciso II; e 121, §§ 1.º e 2.º, inciso IV, c.c. o art. 14, II, todos do Código Penal (fls. 48-50), em razão da prática dos seguintes fatos narrados na denúncia (fl. 25):

> *"Noticia Inquérito Policial anexo que no dia 23.06.2016, por volta das 01:00h, o acusado Francisco Jairo Albuquerque de Sousa, munido de uma arma de fogo, tentou contra a vida das vítimas Leonel*

*Carneiro Mota e Iarli Souza do Nascimento, somente não conseguindo a morte destas por circunstâncias alheias à sua vontade.*

*Na data mencionada, as vítimas e o acusado estavam todos no restaurante do BOSCO, localizado no centro da cidade de Sobral sendo que os ofendidos estavam em uma mesa e em outra estava o acusado, juntamente com um amigo e uma menina.*

*Em determinado momento, eis que iniciou-se uma discussão entre o acriminado e a vítima Iarli, por motivos ainda desconhecidos, tendo Jairo mandado que Iarli saísse do restaurante.*

*Percebendo que a discussão estava bastante acalorada, Leonel resolveu intervir para tentar apaziguar os ânimos, solicitando que os envolvidos na briga tivessem calma.*

*Posteriormente, o acusado saiu do local em companhia de seus colegas em um Celta de cor preta. Após uns 20 minutos, porém, retornou ao local no mesmo Celta, tendo o veículo parado ao lado da mesa onde as vítimas estavam. O acusado, então, que estava no banco de trás do carro, baixou os vidros, sacou uma arma e atirou várias vezes contra os ofendidos, vindo a atingi-los.*"

Inconformada, a Defesa interpôs recurso de apelação, tendo o Tribunal de origem negado provimento ao apelo, nos termos da seguinte ementa (fl. 82):

"*APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. ART. 121, § 2º, IV C/C ART. 14, II E ART. 121, §§ 1º E 2º, IV C/C ART. 14, II, TODOS DO CPB. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. VERSÃO ACOLHIDA PELOS JURADOS DEVIDAMENTE COMPROVADA. DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. TENTATIVA. REDUÇÃO DA PENA. FRAÇÃO MÍNIMA.* ITER CRIMINIS *TOTALMENTE PERCORRIDO. CONCURSO FORMAL IMPRÓPRIO. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. RECURSO NÃO PROVIDO.*

*1. Em decorrência do princípio da soberania dos veredictos, a anulação do julgamento do Conselho de Sentença, sob a alegação de manifesta contrariedade à prova dos autos, somente é possível quando estiver completamente divorciada dos elementos de convicção constantes dos autos, ou seja, quando proferida em contrariedade a tudo que consta dos fólios, o que não ocorre na espécie.*

*2. A opção por uma das versões fluentes da prova não enseja nulidade do julgamento. Precedentes. Havendo pluralidade de versões plausíveis, o Tribunal do Júri é soberano para optar por uma delas, no exercício de sua função constitucional assegurada no art. 5º, XXXVIII, 'c', da Carta Magna.*

*3. A tese acatada pelos jurados encontra respaldo na produção probante levada a efeito durante a instrução criminal, não se havendo falar em decisão contrária à prova dos autos, o que determina a aplicação do enunciado da Súmula 6 deste egrégio Tribunal de Justiça.*

*4. A dosimetria da pena levada a efeito na sentença recorrida encontra-se devidamente fundamentada, com base em elementos*

*concretos do processo e dentro dos parâmetros da razoabilidade, da proporcionalidade e da adequação ao caso concreto, estabelecida a reprimenda em patamar necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.*

*5. O* quantum *de redução pela tentativa é objetivo e inversamente proporcional à proximidade da conduta ao resultado pretendido pelo agente. Precedentes*

*6. A redução da pena pela tentativa deve considerar o* iter criminis *percorrido pelo agente para a consumação do delito. Se o delito esteve muito próximo da consumação, deve ser ela reduzida de um terço, patamar mínimo previsto pelo legislador. (HC 122066/MG).*

*7. Na espécie, o* iter criminis *foi todo percorrido e o delito somente não se consumou devido a circunstâncias alheias à vontade do apelante, sendo de rigor a aplicação da fração mínima de 1/3 (um terço) para a redução da pena pela tentativa.*

*8. O acusado, mediante uma só ação, praticou dois crimes dolosos contra a vida, dirigindo sua conduta com desígnios autônomos em relação a cada uma das vítimas individualmente consideradas, restando caracterizada a hipótese de concurso formal impróprio, nos moldes do disposto no art. 70, segunda parte, do Código Penal.*

*9. Recurso a que se nega provimento.*"

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fls. 121-131).

No presente *writ*, sustentam os Impetrantes, inicialmente, que careceu de fundamentação idônea o aumento da pena-base em razão da valoração negativa das circunstâncias judiciais atinentes aos antecedentes criminais, à culpabilidade e às circunstâncias do fato (fl. 14).

Afirmam que o aumento da pena-base foi desproporcional, pois fixada em 18 (dezoito) anos, ou seja, muito além do mínimo legal imposto ao crime de homicídio qualificado (fl. 14).

Aduzem que "*as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal são preponderantemente favoráveis ao paciente, inexistindo razões plausíveis para se afastar a pena-base do mínimo legal de 12 (doze) anos*" (fl. 16).

Alegam a ausência de fundamentação válida para o aumento exacerbado da sanção na segunda fase da dosimetria da pena em razão do reconhecimento da agravante da reincidência.

Pontuam que "*incrementar a pena do réu em 03 (três) anos com base apenas na reincidência é medida desproporcional, já que vários crimes do nosso código penal não estabelecem nem mesmo uma pena como essa*" (fl.18).

Insurgem-se quanto à fração aplicada para diminuir a pena em razão da tentativa, ressaltando que o Magistrado *a quo*, "*ao aplicar a pena, afasta do mínimo legal fazendo uso de argumentações em abstrato, porém, quando se analisa a diminuição da pena em razão da tentativa se utiliza apenas da fração mínima desconsiderando as circunstâncias do caso concreto*" (fl. 19).

Afirmam que a hipótese é de concurso formal próprio, e não de concurso formal impróprio (fl. 19).

Informam, ainda, que foram interpostos recursos especial e extraordinário.

Requerem, liminarmente e no mérito, seja redimensionada a pena do Paciente.

A liminar foi indeferida, conforme decisão de fls. 135-137.

As informações foram prestadas às fls. 147-148.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* (fls. 151-166).

É o relatório. Decido.

Razão assiste em parte aos Impetrantes.

Como é sabido, o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime. Especialmente quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o Magistrado declinar, **motivadamente**, as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

Na espécie, o Tribunal de origem, ao negar provimento ao recurso de apelação interposto pela Defesa, manteve a dosimetria da pena aplicada ao Paciente pelo Juízo *a quo* com base nos seguintes fundamentos (fls. 91-95):

> "*Na primeira fase da dosimetria, ao analisar as circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do Código Penal, o juiz singular consignou que o apelante registra maus antecedentes criminais, os quais podem ser comprovados às fls. 152/155.*
>
> *Considerou elevada a culpabilidade, haja a severa repulsa social a episódios como o versado nos autos em que jovens têm se matado uns aos outros, banalizando por completo a violência e o*

*caríssimo valor da vida humana.*

*Reconheceu como graves as circunstâncias do crime, considerando que a ação se deu em local onde havia número maior de pessoas que também poderiam ter sido atingidas, dada a forma de execução, muito bem visível no arquivo de vídeo que está nos autos.*

*Com base nessa valoração, fixou a pena-base para cada um dos delitos em 18 (dezoito) anos de reclusão, nada havendo a reparar, porquanto devidamente fundamentada com base em elementos concretos do processo, valendo ressaltar que para o crime de homicídio qualificado a pena cominada é de 12 (doze) a 30 (trinta) anos de reclusão, encontrando-se a pena inicial aplicada ao recorrente dentro dos parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade, perfeitamente adequado ao caso concreto, mormente levando-se em consideração o princípio do livre convencimento motivado do julgador dantes mencionado.*

*Na segunda fase da dosimetria, o juiz monocrático não vislumbrou nenhuma circunstância atenuante, porém reconheceu a agravante da reincidência, na forma do art. 61, I, do Código Penal, elevando a pena inicial em 1/6 (um sexto), resultando na pena intermediária de 21 (vinte e um) anos de reclusão para cada um dos delitos, nada havendo a reparar.*

[...]

*Tratando-se de crime tentado, na forma do art. 14, II, do Código Penal, o juiz singular adotou como critério para a redução da pena a aproximação da consumação do crime, considerando a repetição dos disparos feitos contra as vítimas. Assinalou o magistrado que os registros dão conta de nove disparos que acertaram os ofendidos, a indicar que foi transcorrida por inteiro a fase executiva, bem assim que as vítimas sofreram de fato lesões. Com base nessas considerações, a pena foi reduzida em 1/3 (um terço), resultando na pena de 14 (catorze) anos de reclusão para cada um dos delitos, tornada definitiva em relação ao crime cometido contra a vítima Leonel Carneiro Mota, por não haver mais nada a considerar.*

*Corrobora com o entendimento do juiz monocrático a documentação de fls. 99/117, na qual se verifica que os ofendidos receberam atendimento médico emergencial no hospital da Santa Casa de Misericórdia de Sobral, vítimas de ferimento por arma de fogo.*

*Conforme demonstrado pela prova dos autos, o acusado desferiu vários disparos de arma de fogo na direção das vítimas, quatro dos quais atingiu o ofendido Iarley de Sousa Nascimento, que certamente viria a óbito, mormente considerando que os projéteis atingiram a região toráxica e abdominal, não se consumando o resultado naturalístico, tão somente, porque a vítima foi socorrida para internação cirúrgica naquele hospital.*

*Como se vê, o magistrado singular, em decisão devidamente fundamentada com base em elementos concretos do processo, reduziu a pena do recorrente na fração mínima legalmente prevista, tendo em vista o* iter criminis *percorrido pelo denunciado, que somente não consumou o*

*delito por circunstâncias alheias à sua vontade.*

[...]

*Assim, encontrando-se a fração de redução da pena pela tentativa devidamente fundamentada, com base nas peculiaridades do caso concreto, e em conformidade com a jurisprudência supra aludida, não merece reparo a sentença recorrida neste particular.*

*Em relação à vítima Iarli Souza Nascimento, o magistrado singular reduziu a pena em 1/3 (um terço), considerando a decisão soberana do Conselho de Sentença que reconheceu que o acusado, em relação a esta vítima, agiu sob o domínio da violenta emoção, resultando na pena de 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, tornada definitiva por não haver mais nada a considerar.*

*Aplicadas as penas na forma do art. 70, parte final, do Código Penal, resultou a reprimenda total definitiva de 23 (vinte e três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, nada havendo a reparar, porquanto o acusado, mediante uma só ação, praticou dois crimes dolosos contra a vida, dirigindo sua conduta com desígnios autônomos em relação a cada uma das vítimas individualmente consideradas, restando caracterizada a hipótese de concurso formal impróprio.*"

O Tribunal de origem considerou, para elevar a pena-base, os maus antecedentes, a culpabilidade e as circunstâncias do crime como circunstâncias judiciais negativas.

Quanto aos maus antecedentes, foi consignado que o Paciente ostenta condenações com trânsito em julgado que não configuram reincidência, conforme certidões juntadas aos autos. Assim, correta a valoração negativa dessa circunstância judicial. Nesse sentido:

"*AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. MAIOR AMPLITUDE. REGISTROS DE CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO HÁ MAIS DE CINCO ANOS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*

***1. Embora o STF ainda não haja decidido o mérito do RE n. 593.818 RG/SC - que, em repercussão geral já reconhecida (DJe 3/4/2009), decidirá se existe ou não um prazo limite para se sopesar uma condenação anterior como maus antecedentes -, por ora, o STJ possui o entendimento consolidado de que 'O conceito de maus antecedentes, por ser mais amplo, abrange não apenas as condenações definitivas por fatos anteriores cujo trânsito em julgado ocorreu antes da prática do delito em apuração, mas também aquelas transitadas em julgado no curso da respectiva ação penal, além das condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos, as quais também não induzem reincidência, mas servem como maus antecedentes.*** *Precedentes.' (HC n. 337.068/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe*

*28/6/2016).*

***2. Segundo a jurisprudência deste Superior Tribunal, decorrido o prazo de cinco anos entre a data do cumprimento ou da extinção da pena e a infração posterior, a condenação anterior, embora não possa prevalecer para fins de reincidência, pode ser, em princípio, sopesada a título de maus antecedentes.***

*3. O agravante ostenta condenações anteriores transitadas em julgado há mais de 5 anos (18/11/2003 e 7/10/2008). Inequívoca, portanto, a conclusão de que, por ocasião do cometimento do delito objeto deste agravo, ocorrido em 20/9/2014, ele era, sim, possuidor de maus antecedentes.*

*4. Agravo regimental não provido.*" (AgInt no REsp 1.682.361/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/10/2018, DJe 16/11/2018, sem grifos no original.)

A culpabilidade foi recrudescida em razão da "*severa repulsa social a episódios como o versado nos autos em que jovens têm se matado uns aos outros, banalizando por completo a violência e o caríssimo valor da vida humana*" (fl. 91). Neste ponto, considero que essa circunstância judicial foi considerada como negativa com base em fundamentação inidônea, pois foram ressaltados tão somente aspectos genéricos e inerentes ao delito de homicídio, motivo pelo qual não deve ser considerada para a elevação da pena-base. Com igual conclusão:

"HABEAS CORPUS. *HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO E HOMICÍDIO CULPOSO. PENA-BASE. VÍCIO DE FUNDAMENTAÇÃO. AFASTAMENTO DA CULPABILIDADE E DAS CONSEQUÊNCIAS NEGATIVAS DO CRIME. CONFISSÃO QUALIFICADA. INCIDÊNCIA DO ART. 65, III, "D", DO CP. CAUSA DE AUMENTO DO ART. 121, § 4°, DO CP. CARACTERIZAÇÃO. DIMINUIÇÃO MÁXIMA PELA TENTATIVA. ITER CRIMINIS. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA PARA CORRIGIR ILEGALIDADES NA DOSIMETRIA.*

*1. Por ocasião da análise das circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal, o órgão jurisdicional tem o dever de motivar, com lastro em elementos concretos dos autos, eventual elevação da pena-base.*

*2. O registro de elemento secundário mais grave da conduta, a denotar* modus operandi *incomum do homicídio culposo e do homicídio qualificado tentado (elevado número de tiros), justifica a análise negativa das circunstâncias dos crimes.*

*3. Nos crimes perpetrados contra a vida, o sofrimento é resultado inerente ao tipo penal. O Juiz, sem especificar consequências traumáticas específicas ou, por exemplo, graves prejuízos financeiros suportados pelo núcleo familiar em decorrência da morte, não pode*

*considerar de forma negativa a vetorial em apreço.*

*4.* ***Impõe-se o afastamento da análise desfavorável da culpabilidade, se o julgador deixou de mensurar, em grau de intensidade, o maior grau de censurabilidade da conduta.***

[...]

*9. Ordem parcialmente concedida para afastar a consideração negativa das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP relacionadas às consequências dos crimes e à culpabilidade, reconhecer a confissão espontânea e diminuir a pena do crime de homicídio qualificado no grau máximo, em razão da tentativa.*" (HC 391.990/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/10/2018, DJe 07/11/2018; sem grifos no original.)

Já circunstâncias do crime foram valoradas negativamente "*considerando que a ação se deu em local onde havia número maior de pessoas que também poderiam ter sido atingidas, dada a forma de execução, muito bem visível no arquivo de vídeo que está nos autos*". Percebe-se que a situação que envolveu a prática criminosa, em que várias outras pessoas poderiam ter sido atingidas pelos disparos da arma de fogo, transcendeu elementar do núcleo do tipo do crime de homicídio qualificado na forma tentada, sendo, de maneira adequada, valoradas negativamente as circunstâncias do crime pelas instâncias ordinárias.

A propósito:

"HABEAS CORPUS. *HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO E HOMICÍDIO CULPOSO. PENA-BASE. VÍCIO DE FUNDAMENTAÇÃO. AFASTAMENTO DA CULPABILIDADE E DAS CONSEQUÊNCIAS NEGATIVAS DO CRIME. CONFISSÃO QUALIFICADA. INCIDÊNCIA DO ART. 65, III, "D", DO CP. CAUSA DE AUMENTO DO ART. 121, § 4°, DO CP. CARACTERIZAÇÃO. DIMINUIÇÃO MÁXIMA PELA TENTATIVA. ITER CRIMINIS. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA PARA CORRIGIR ILEGALIDADES NA DOSIMETRIA.*

*1. Por ocasião da análise das circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal, o órgão jurisdicional tem o dever de motivar, com lastro em elementos concretos dos autos, eventual elevação da pena-base.*

*2.* ***O registro de elemento secundário mais grave da conduta, a denotar* modus operandi *incomum do homicídio culposo e do homicídio qualificado tentado (elevado número de tiros), justifica a análise negativa das circunstâncias dos crimes.***

[...]

*9. Ordem parcialmente concedida para afastar a consideração negativa das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP relacionadas às consequências dos crimes e à culpabilidade, reconhecer a confissão*

> *espontânea e diminuir a pena do crime de homicídio qualificado no grau máximo, em razão da tentativa.*" (HC 391.990/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/10/2018, DJe 07/11/2018; sem grifos no original.)

Dessa forma, razão assiste em parte aos Impetrantes quanto à insurgência em torno do aumento de pena-base, devendo, apenas, ser excluída a culpabilidade como circunstância judicial negativa.

Em relação ao novo *quantum* a ser aplicado, verifica-se que as instâncias ordinárias aplicaram a fração de 1/6 (um sexto) para o aumento da pena-base em relação a cada circunstância judicial negativa reconhecida, o que não se mostra desproporcional. Conforme já decidiu esta Corte, "'*embora não haja critério matemático para a fixação da pena-base,* ***mostra-se proporcional o aumento em torno de 1/6 (um sexto), calculado a partir das penas mínima e máxima abstratamente cominadas, para cada vetorial negativa****, em obediência ao princípio da discricionariedade vinculada' (AgRg no REsp n. 1.429.646/AM, rel. Ministro NEFI CORDEIRO* [...]" (AgRg no HC 321.810/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 30/08/2018; sem grifos no original.)

Dessa forma, considerando a permanência de 2 (duas) circunstâncias judiciais desfavoráveis, quais sejam, os maus antecedentes e as circunstâncias do crime, fixo a pena-base do Paciente, para cada um dos delitos, em 16 (dezesseis) anos de reclusão.

Na segunda fase da dosimetria, a reincidência foi considerada como circunstância agravante, elevando a reprimenda inicial em 1/6 (um sexto). A jurisprudência deste Superior Tribunal consolidou-se no sentido de que a quantidade de aumento de pena em decorrência das agravantes genéricas deve se pautar, em regra, pelo percentual mínimo fixado para as majorantes, que é de 1/6 (um sexto). Assim, o patamar fixado encontra-se adequado. Nesse sentido:

> "HABEAS CORPUS. *PENAL. TENTATIVAS DE HOMICÍDIO QUALIFICADO E ROUBOS MAJORADOS. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. NEGATIVAÇÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ELEMENTOS INERENTES AO PRÓPRIO TIPO PENAL. REINCIDÊNCIA. FRAÇÃO DE 1/6. PROPORCIONALIDADE. MAJORANTES. ART. 654, § 2º, DO CPP. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO DA SÚMULA 443/STJ. CONTINUIDADE DELITIVA.*

> *FRAÇÃO DE RECRUDESCIMENTO. CRITÉRIO OBJETIVO. NÚMERO DE INFRAÇÕES.*
>
> *1. A culpabilidade, as circunstâncias e as consequências do crime foram sopesadas em desfavor do paciente, sem que o Magistrado sentenciante demonstrasse a existência de elementos concretos a justificar o recrudescimento da reprimenda. Ademais, o interesse em auferir vantagem econômica no crime de roubo configura elemento inerente ao próprio tipo penal e, por isso, inadmissível para justificar o recrudescimento da pena.*
>
> *2.* ***Quanto à segunda fase de aplicação da reprimenda, em razão da ausência de previsão no Código Penal do patamar de aumento ou de diminuição, a jurisprudência deste Tribunal tem se firmado no sentido de que a fração de 1/6 para cada agravante ou atenuante atende ao critério da proporcionalidade.***
>
> *3. Com fundamento no art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, que autoriza a concessão de habeas corpus de ofício, deve ser reconhecida a existência de ilegalidade flagrante na terceira fase da fixação da reprimenda, pela prática dos delitos de roubo, tendo em vista o enunciado da Súmula 443/STJ, bem como na fração de aumento aplicada decorrente do reconhecimento da continuidade delitiva, que deve atender ao critério objetivo referente ao número de infrações.*
>
> *4. Ordem de* habeas corpus *concedida nos termos em que pleiteada e, presente ilegalidade manifesta, concedida, também, de ofício, a fim de redimensionar a pena do réu para 12 anos, 10 meses e 9 dias de reclusão, e pagamento de 16 dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão proferido pelo Tribunal a quo."* (HC 269.768/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 30/06/2017; sem grifos no original.)

Dessa forma, mantenho o aumento em 1/6 (um sexto), na segunda fase da dosimetria, em razão da incidência da agravante da reincidência, alcançando a pena o patamar de 18 (dezoito) anos e 8 (oito) meses de reclusão.

Quanto ao pleito de aplicação, em grau máximo, da fração redutora da tentativa, o Tribunal de origem assim se manifestou (fl. 92):

> *"Tratando-se de crime tentado, na forma do art. 14, II, do Código Penal, o juiz singular adotou como critério para a redução da pena a aproximação da consumação do crime, considerando a repetição dos disparos feitos contra as vítimas. Assinalou o magistrado que os registros dão conta de nove disparos que acertaram os ofendidos, a indicar que foi transcorrida por inteiro a fase executiva, bem assim que as vítimas sofreram de fato lesões. Com base nessas considerações, a pena foi reduzida em 1/3 (um terço), resultando na pena de 14 (catorze) anos de reclusão para cada um dos delitos, tornada definitiva em relação ao crime cometido contra a vítima Leonel Carneiro Mota, por não haver mais nada a considerar.*

*Corrobora com o entendimento do juiz monocrático a documentação de fls. 99/117, na qual se verifica que os ofendidos receberam atendimento médico emergencial no hospital da Santa Casa de Misericórdia de Sobral, vítimas de ferimento por arma de fogo.*

*Conforme demonstrado pela prova dos autos, o acusado desferiu vários disparos de arma de fogo na direção das vítimas, quatro dos quais atingiu o ofendido Iarley de Sousa Nascimento, que certamente viria a óbito, mormente considerando que os projéteis atingiram a região toráxica e abdominal, não se consumando o resultado naturalístico, tão somente, porque a vítima foi socorrida para internação cirúrgica naquele hospital.*

*Como se vê, o magistrado singular, em decisão devidamente fundamentada com base em elementos concretos do processo, reduziu a pena do recorrente na fração mínima legalmente prevista, tendo em vista o* iter criminis *percorrido pelo denunciado, que somente não consumou o delito por circunstâncias alheias à sua vontade.*"

Como se percebe, as instâncias ordinárias aplicaram a minorante da tentativa no percentual mínimo de 1/3 (um terço), asseverando que o *iter criminis* percorrido pelo Paciente aproximou-se da consumação, destacando que as vítimas foram atingidas por vários tiros, tendo uma delas sido atingida em regiões letais, precisando ser submetida a procedimento cirúrgico.

Nessas condições, a inversão do julgado, de forma a verificar se, na hipótese dos autos, deve ser aplicada a fração máxima do redutor ora examinado, implicaria, necessariamente, profunda análise do arcabouço fático-probatório atinente ao caso, o que é defeso na via estreita do *habeas corpus.*

A propósito:

"HABEAS CORPUS. *SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. MOTIVO FÚTIL. RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA. NULIDADE. NÃO ARGUIDA NO MOMENTO OPORTUNO. PRECLUSÃO. AFASTAMENTO DAS QUALIFICADORAS. INVIABILIDADE NA VIA ESTREITA DO* HABEAS CORPUS. *DOSIMETRIA. DUAS QUALIFICADORAS. UTILIZAÇÃO DE UMA DELAS PARA MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. LEGALIDADE. TENTATIVA. REDUÇÃO EM 1/2 (METADE). ADEQUAÇÃO. REVISAR A FRAÇÃO. INVIABILIDADE DO REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. REGIME INICIAL FECHADO. ART. 33, §§ 2º E 3º DO CP*. HABEAS CORPUS *NÃO CONHECIDO.*

[...]

*V - A redução da pena em razão da tentativa, no montante de 1/2 (metade), no caso, levou em conta o* iter criminis *percorrido quase em sua totalidade, uma vez que a vítima foi atingida por diversos golpes de*

*faca, em regiões vitais, afigurando-se a gravidade das lesões, inclusive porque teve que ser submetida a cirurgia e ficou diversos dias internada. Para modificar esta conclusão, seria necessária aprofundada análise do acervo probatório da ação penal, medida inviável no* habeas corpus.

[...]

Habeas corpus *não conhecido."* (HC 450.592/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2018, DJe de 21/08/2018.)

"*PENAL. PROCESSO PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. TRIBUNAL DO JÚRI. NULIDADE. QUESITO REFERENTE À DESCLASSIFICAÇÃO FORMULADO ANTERIORMENTE AO QUESITO DA ABSOLVIÇÃO. PREJUÍZO CONCRETO NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS QUESITOS NO MOMENTO OPORTUNO. PRECLUSÃO. DOSIMETRIA. FRAÇÃO DA TENTATIVA.* ITER CRIMINIS. *NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO E PROBATÓRIO. INCOMPATIBILIDADE COM A VIA ELEITA. DETRAÇÃO PENAL. ART. 387, § 2º, CPP. ANÁLISE IRRELEVANTE. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL.* HABEAS CORPUS *DENEGADO.*

[...]

*5. Estando devidamente fundamentada a redutora da tentativa, a pretensão de estabelecimento da fração máxima em razão do* iter criminis *percorrido exigiria o revolvimento fático-probatório, providência incompatível com a via eleita. Precedente.*

[...]

*8.* Habeas corpus *denegado."* (HC 408.596/GO, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 29/06/2018.)

Dessa forma, na terceira fase da dosimetria, mantenho a diminuição da pena em razão da tentativa em 1/3, alcançando o patamar de 12 (doze) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão para cada crime. Em relação ao delito praticado contra IARLI SOUZA NASCIMENTO, as instâncias ordinárias reconheceram que o Acusado agiu com o domínio de violenta emoção, reduzindo a pena em 1/3 (um terço). Dessa forma, mantendo o mesmo montante de diminuição, a pena fica estabelecida em 8 (oito) anos, 3 (três) meses e 16 (dezesseis) dias de reclusão em relação a essa vítima.

Por fim, vejo que a Corte de origem realizou minucioso exame do caso em concreto e concluiu pela ocorrência de concurso formal impróprio entre os delitos. Para desconstituir tal entendimento, imprescindível seria o revolvimento de matéria fático-probatória, o que é inviável na estreita via do *habeas corpus*, uma vez que não se

coaduna com o rito célere e com a cognição sumária do remédio constitucional.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*:

> "*PENAL*. HABEAS CORPUS. *ART. 157*, CAPUT, *C.C. ART. 14, II, E 70* IN FINE, *DO CÓDIGO PENAL. CONCURSO FORMAL IMPRÓPRIO. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. REEXAME. INVIABILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCABÍVEL NESTA VIA PROCESSUAL. REGIME INICIAL FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. ELEMENTO CONCRETO. ADEQUAÇÃO. ORDEM DENEGADA.*
>
> *1.* ***A descaracterização do concurso formal impróprio entre os dois crimes cometidos demandaria, necessariamente, o reexame dos fatos e das provas produzidos nos autos, o que é vedado em sede de*** **habeas corpus*****. Na espécie, o Tribunal de origem afirmou que os crimes foram praticados com desígnios autônomos, conclusão que torna inviável, nesta via eleita, a aplicação do concurso formal***.
>
> [...]
>
> *3. Ordem denegada.*" (HC 399.662/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 28/08/2017).

Assim, em relação à vítima LEONEL CARNEIRO MOTA, chega-se ao montante de pena de 12 (doze) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, e quanto à vítima IARLI SOUZA NASCIMENTO, alcança-se o patamar de 8 (oito) anos, 3 (três) meses e 16 (dezesseis) dias de reclusão, os quais deverão ser somados, em razão da regra do concurso formal imprópiro, totalizando a reprimenda em 20 (vinte) anos, 8 (oito) meses e 26 (vinte e seis) dias de reclusão.

Ante o exposto, CONCEDO EM PARTE a ordem de *habeas corpus*, apenas para afastar a consideração negativa da culpabilidade, alcançando a reprimenda final 20 (vinte) anos, 8 (oito) meses e 26 (vinte e seis) dias de reclusão.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 29 de março de 2019.

Ministra LAURITA VAZ
Relatora