HABEAS CORPUS Nº 499.039 - SP (2019/0075730-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO BRUNO SHIMIZU - SP281123
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ALEXANDRE HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA
PACIENTE	:	ADENILSON SALVADOR PEREIRA
PACIENTE	:	CASSIO MIRANDA DE ALMEIDA PIFAIA

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus**, impetrado em favor de **ALEXANDRE HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA, ADENILSON SALVADOR PEREIRA** e **CASSIO MIRANDA DE ALMEIDA PIFAIA** contra acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que os pacientes foram condenados às penas de 20 (vinte) anos, 05 (cinco) meses e 10 dias de reclusão, em regime fechado, e 22 (vinte e dois) dias-multa, como incursos nas sanções do artigo 157, parágrafo 3º, segunda parte, c.c. art. 14, inciso II, ambos do Código Penal.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação ao Tribunal de origem, que deu parcial provimento ao apelo, para reduzir as penas de **CÁSSIO MIRANDA DE ALMEIDA PIFAIA** e **ADENILSON SALVADOR PEREIRA**, para 19 (dezenove) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime fechado, e 08 (oito) dias-multa, e de **ALEXANDRE HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA**, para 17 (dezessete) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime fechado, e 08 (oito) dias-multa, nos termos do acórdão juntado às fls. 113-127, com a seguinte ementa:

> *"Latrocínio tentado - Tentativa de roubo e Tentativa de homicídio - Confissão parcial dos réus - Troca de tiros entre um dos agentes e os policiais - Ação voltada para assegurar a impunidade e a posse dos pertences subtraídos – Anuência dos demais sobre as consequências do crime que visavam praticar – Previsibilidade – Coautoria bem configurada – Condenação mantida – Regime prisional – Abrandamento – Impossibilidade –*

Recurso parcialmente provido para adequação das penas."

No presente **writ**, o impetrante sustenta que: *"houve patente excesso na fixação da pena, já que, posto que a sentença e o acórdão tenham se lastreado na confissão do paciente para fundamentar a condenação, a atenuante não teve o devido impacto na pena.*"

Igualmente, aduz: *"O magistrado, ao proceder à dosimetria da pena, reconheceu a incidência da causa de diminuição pela tentativa, contudo, reduziu o montante da pena fixada em apenas 1/3, sem em considerando o iter criminis percorrido.*"

Requer, ao final, a concessão da ordem, para reduzir as reprimendas dos pacientes (fls. 1-11).

As informações foram prestadas às fls. 133-165.

O Ministério Público Federal, às fls. 167-174, manifestou-se nos termos da seguinte ementa:

> *"HABEAS CORPUS. SUCEDÂNEO DE RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. LATROCÍNIO TENTADO. ATENUANTE PRECONIZADA NO ART. 65, III, D E AGRAVANTES PREVISTAS NO ART. 61, II, D E H, AMBOS DO CP. DOSAGEM DAS PENAS NA SEGUNDA ETAPA, REALIZADA DE ACORDO COM O PODER DISCRICIONÁRIO DO MAGISTRADO E O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. FRAÇÃO DE REDUÇÃO DA PENA PELA TENTATIVA FIXADA EM 1/3. ADEQUAÇÃO, DE ACORDO COM O ITER CRIMINIS PERCORRIDO. REVISÃO DA DOSIMETRIA. INVIABILIDADE. PRETENSÃO AO REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. PARECER PELA EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO OU PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM."*

É o relatório.

Decido.

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso

adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade, seja possível a concessão da ordem, de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

A defesa sustenta a ocorrência de flagrante ilegalidade na segunda fase da dosimetria da pena, sob a alegação de que o Tribunal de origem deixou de considerar a confissão, para compensar com a agravante da reincidência.

Acerca do **punctum saliens**, o Tribunal de origem, quando do julgamento do recurso de apelação, assim se pronunciou, **in verbis**:

*"Na segunda etapa, respeitado o entendimento do Magistrado sentenciante, o que se vê é que, de fato, os acusados praticaram o delito mediante tortura (tentando até atear fogo nos cabelos de uma das vítimas) e chegaram a empregar grave ameaça contra crianças - notadamente uma menina de 8 anos de idade que estava no local e somente não foi atingida com golpe de faca diante da intervenção de outra ofendida - **mas a confissão, ainda que parcial, deve ser considerada em favor dos réus, nos termos da Súmula n° 545, do Col. Superior Tribunal de Justiça.***

***Desse, modo, considerando ainda que a reincidência do acusado Adenilson não foi levada em conta nesta fase, e, portanto, não será computada aqui, a pena** dos corréus Adenilson e Cássio deve ser aumentada de 1/4, chegando-se a 28 anos e 9 meses de reclusão e 13 dias multa, de valor unitário mínimo, enquanto a de Alexandre deve suportar o aumento de 1/6, considerando que ele era relativamente menor na época dos fatos (fls. 35), chegando a 26 anos e 10 meses de reclusão e 12 dias-multa, de valor unitário mínimo."*

No presente caso, ao contrário do que alega o impetrante, inexiste flagrante ilegalidade a ser sanada, pois, ao que tudo indica, o Tribunal de origem considerou as confissões dos pacientes, e compensou-as com a reincidência, de modo que as frações sobejantes se referem às agravantes previstas nas alíneas "d" e"h" e 62, todos do Código Penal.

Quanto à fração da tentativa, observa-se que as instâncias ordinárias destacaram a adequação da fração mínima aplicada, levando em conta o critério do **iter criminis**, que foi substancialmente percorrido e chegou

muito próximo da consumação, uma vez que: *"os agentes já tinham separados vários objetos que pretendiam subtrair e ainda permaneceram no local por cerca de uma hora e trinta minutos, sempre aterrorizando os ofendidos, e praticaram todos os atos tendentes à consumação do latrocínio, pois um deles chegou a atirar contra os policiais, e por sorte, não conseguiu atingi-los, situação que, ainda que não tivesse ocorrido a efetiva subtração, já seria suficiente para configurar o crime de latrocínio . "*

No presente caso, inexiste constrangimento ilegal a ser sanado, pois o acórdão impugnado se encontra em consonância com a jurisprudência desta Corte, que considera idôneo o critério do **iter criminis** percorrido.

Qualquer incursão que escape a moldura fática ora apresentada, demandaria inegável revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes deste átrio processual, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária.

A propósito:

> *"PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE MUNIÇÃO. ART. 18 DA LEI N. 10.826/03. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. MOMENTO CONSUMATIVO. FISCALIZAÇÃO PELA ZONA ALFANDEGÁRIA. CARACTERIZAÇÃO DO CONATUS. FRAÇÃO DE REDUÇÃO PELA TENTATIVA. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DOS ELEMENTOS FÁTICO-PROBATÓRIOS. SUM 7/STJ.*
>
> *(...)*
>
> *III - A diminuição da pena pela tentativa deve considerar o iter criminis percorrido pelo agente para a consumação do delito. Para infirmar a conclusão a que chegou o eg. Tribunal de origem seria necessária nova incursão na seara probatória - notadamente no que diz respeito às etapas de execução do delito -, procedimento defeso em sede de apelo extremo.*
>
> *Recursos especiais desprovidos."* (REsp 1392567/PR, **Quinta Turma**, **Minha Relatoria**, DJe 28/04/2017).

> *"CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL.*

TENTATIVA DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE ACIMA DO PISO LEGAL MANTIDA. MAUS ANTECEDENTES. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. SÚMULA 545/STJ. MANIFESTAÇÃO DO RÉU VALORADA NA FORMAÇÃO DO JUÍZO CONDENATÓRIO. AUMENTO DA FRAÇÃO DE REDUÇÃO PELA TENTATIVA. CRITÉRIO DO ITER CRIMINIS PERCORRIDO OBSERVADO. ÓBICE AO REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO NA VIA ELEITA. REGIME PRISIONAL FECHADO. DESPROPORCIONALIDADE. PRIMARIEDADE DO RÉU. WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

4. O Código Penal, em seu art. 14, II, adotou a teoria objetiva quanto à punibilidade da tentativa, pois, malgrado semelhança subjetiva com o crime consumado, diferencia a pena aplicável ao agente doloso de acordo com o perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Nessa perspectiva, a jurisprudência desta Corte reconhece o critério de diminuição do crime tentado de forma inversamente proporcional à aproximação do resultado representado: quanto maior o iter criminis percorrido pelo agente, menor será a fração da causa de diminuição.

5. Considerando que as instâncias ordinárias reconheceram ser cabível a redução da pena pela tentativa em 1/3 devido ao iter criminis percorrido, maiores incursões acerca do tema demandariam revolvimento fático-probatório, o que é inadmissível na via eleita.

(...)9. Writ não conhecido e habeas corpus concedido, de ofício,para estabelecer a pena de 3 (três) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto, e o pagamento de 8 (oito) dias-multa." (HC 361.054/SP, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, DJe 02/05/2017).

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

P. e I.

Brasília (DF), 15 de abril de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator