HABEAS CORPUS Nº 486.361 - SP (2018/0345100-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO ÉRICA LEONI EBELING - SP323262
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	RAFAEL SANTOS SILVA (PRESO)
PACIENTE	:	GILMAR DA FONSECA CRUZ (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de RAFAEL SANTOS SILVA e GILMAR DA FONSECA CRUZ, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da apelação criminal n. 0003041-82.2012.8.26.0477.

Depreende-se dos autos que os pacientes foram condenados, em primeira instância, às penas de 16 (dezesseis) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 15 (quinze) dias-multa e 17 (dezessete) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 23 (vinte e três) dias-multa mínimos, por incursos no artigo 157, § 3º, **in fine**, c.c. artigo 14, inciso II, e artigo 157, § 2º, incisos I e II, na forma do artigo 70, todos do Código Penal.

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, deu parcial provimento ao apelo defensivo para reduzir as reprimendas para 15 (quinze) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 07 (sete) dias-multa, para RAFAEL SANTOS e 17 (dezessete) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 08 (oito) dias-multa, para GILMAR DA FONSECA, em v. acórdão assim ementado:

> *"Latrocínio tentado e roubo duplamente circunstanciado Recursos defensivos Conjunto probatório suficiente para o reconhecimento das práticas delitivas Absolvição Descabimento Desclassificação das condutas*

> *Inviabilidade, porquanto a vontade dos agentes era de assegurar o proveito do crime e garantir a impunidade, e a morte da vítima era um resultado previsível e aceitável Reprimendas redimensionadas Sentença reformada nesta extensão Apelos parcialmente providos"* (fl. 26).

Dai o presente **writ**, onde a impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal na condenação dos paciente, haja vista que não há nos autos nada que demonstre serem os pacientes os autores do roubo, sendo de rigor a absolvição com fulcro no art. 386, inciso V ou VII, do Código de Processo Pena.

Sustenta, ainda, que não há que se falar em latrocínio tentado, pois não se demonstrou que os acusados efetuaram os disparos contra a vítima.

Assevera, também, que *[...] Caso seja ultrapassada a argumentação acima e entenda-se que existiram disparos e dolo de matar a vítima, como pleiteia a acusação em seus memoriais (fls. 232/244), ainda assim, é caso de desclassificação da imputação para os crimes de roubo consumado e de homicídio tentado, tendo em vista tratar-se o latrocínio, inequivocamente, de crime preterdoloso, em que o resultado agravador somente poderá ocorrer a título de culpa (se houver dolo configura, como no caso, crime autônomo)"* (fl. 14).

Aduz, ademais, que *"A causa de aumento pelo emprego de arma de fogo deve ser desconsiderada, pois como denota o laudo de fls. 72/74 a arma de fogo não tinha capacidade de disparo. Na pior hipótese, caso haja condenação nos crimes de latrocínio tentado e roubo consumado requer-se aplicação da diminuição pela tentativa no máximo legal, tendo em vista que não houve morte*" (fl. 18).

Requer, assim, a concessão da ordem para absolver os paciente com fundamento no art. 386, incisos V ou VII, do Código de Processo Penal, bem como a desclassificação para os delitos de roubo consumado e homicídio tentado e o afastamento da causas de aumento relativa ao emprego de arma de fogo.

O pedido liminar foi **indeferido** às fls. 63-64.

Informações prestadas às fls. 71-72.

O Ministério Público Federal, às fls. 97-101, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ** e pela denegação da ordem, em parecer assim ementado:

> *"HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. NÃO CONHECIMENTO. ABSOLVIÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO. AFASTAMENTO DE CAUSA DE AUMENTO DE PENA. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DE PROVAS. COGNIÇÃO SUMÁRIA DO WRIT. IMPOSSIBILIDADE. DENEGAÇÃO.*
>
> *1. Não é cabível a impetração de habeas corpus em substituição a recursos próprios ou como sucedâneo de revisão criminal, salvo em situações excepcionais em que, como aponta a jurisprudência, se evidencie teratologia ou flagrante ilegalidade.*
>
> *2. O habeas corpus, com seu rito célere e de cognição sumária, não se presta à realização de exame aprofundado das provas dos autos, motivo pelo qual os pleitos de absolvição dos pacientes, de desclassificação do crime de latrocínio para o delito de roubo consumado em conexão com um crime de homicídio tentado e de afastamento da causa de aumento de pena relativa ao emprego de arma de fogo, que demandam larga incursão no contexto fático-probatório, devem ser examinados na instrução processual, via apropriada a esse debate.*
>
> *3. Parecer pelo não conhecimento do habeas corpus; se conhecido, pela denegação da ordem"* (fl. 97).

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 apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

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

O eg. Tribunal de origem, ao analisar a matéria, assim fez constar quanto ao tema, **in verbis**:

"A acusação é a de que os recorrentes, agindo em concurso com outros dois indivíduos não identificados, conhecidos por Bruno e Emerson, subtraíram, para si, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, a motocicleta Honda CG Titan KS, ano 2008, placas BYL 1325 São Paulo/SP; dois capacetes; um par de óculos de sol e um aparelho celular, pertencentes a Renato Jonatas Braga Ribeiro e Wesley Donato de Souza e, logo após empregaram violência contra a segunda vítima, a fim de assegurar a impunidade dos roubos e a detenção dos bens subtraídos, não resultando de tal violência a morte do ofendido por circunstâncias alheias à vontade dos agentes.

Segundo apurado, os apelantes e um comparsa, previamente conluiados, decidiram subtrair motocicletas e outros bens e, para tanto, dirigiram-se ao local dos fatos, na posse de um revólver com numeração raspada e municiado e na condução do veículo VW Gol S, de placas CYW 2306, que era guiado por Gilmar.

Já no local, os roubadores avistaram as vítimas, que estavam na via pública, em poder da motocicleta Honda Titan KS e da motocicleta JTA/ Suzuki Bandit N1200.

Os agentes passaram com o veículo Gol em baixa velocidade pelos ofendidos e o estacionaram nas proximidades, dele desembarcando Rafael e um comparsa não identificado, que estava em poder da arma de fogo.

Em seguida, aquela dupla se aproximou das vítimas e, após a exibição da arma de fogo, anunciou o assalto, tentando roubar a motocicleta JTA Suzuki Bandit, porém sem êxito.

Após, os dois apoderaram-se do par de óculos de sol, do aparelho celular e do veículo Honda Titan KS e se evadiram em poder de tais bens e na condução da motocicleta.

Contudo, a motocicleta subtraída era dotada de bloqueador e, por isso, após os roubadores atingirem a Avenida Marginal, aquele veículo parou. Os agentes, então, o abandonaram e ingressaram no interior do automóvel Gol, guiado por Gilmar, que os acompanhava.

Ocorre que a vítima Wesley presenciou os roubadores em fuga e passou acompanhá-los, na condução da motocicleta Suzuki.

Em determinada altura, Wesley ultrapassou o automóvel, pretendendo noticiar os fatos à base da polícia rodoviária, existente nas

proximidades.

Os roubadores, então, a fim de garantir a impunidade dos roubos e a posse dos bens subtraídos, desferiram disparos contra a vítima, que foi atingida na região das costas e teve o pulmão esquerdo perfurado, perdendo os sentidos e caindo ao solo.

De sua parte, os roubadores perderam o controle do automóvel, chocaram-se contra uma proteção de concreto da rodovia e, após capotarem, evadiram-se a pé.

Acionados, policiais militares compareceram àquele local, localizando, no interior do veículo Gol, um revólver, com numeração suprimida, além dos capacetes roubados e de outros objetos, incluindo os aparelhos celulares pertencentes a Gilmar e a Rafael, sendo Wesley socorrido.

A materialidade é incontroversa e a autoria recai, com segurança, sobre os suplicantes.

Em solo policial, Rafael admitiu integralmente a imputação, fornecendo detalhes sobre a empreitada criminosa. Aduziu que, na véspera do natal, encontrou-se com Gilmar e Bruno, ambos residentes em local próximo a sua casa, e resolveram sair para roubar uma motocicleta. Colocaram, então, capacete no veículo Gol, pertencente a Gilmar, e saíram à procura de uma vítima. Pediram a um conhecido, de nome Emerson, que emprestasse uma arma de fogo, o que foi concedido, com a entrega do revólver Taurus, calibre 32. Em determinado local, observaram duas motocicletas na calçada e várias pessoas na rua. Resolveram roubar a motocicleta maior (Suzuki Bandit 1200). Gilmar, que conduzia o veículo, parou e ficou esperando na esquina, enquanto desceu com Bruno para abordar as vítimas. Portando, pessoalmente, a arma de fogo, dominaram os ofendidos e tentaram roubar a motocicleta Suzuki, no entanto, o alarme disparou, razão pela qual decidiram subtrair a motocicleta Honda. Bruno saiu do local com o veículo, enquanto ficou na garup a, apontando a arma para as vítimas.

Rodaram poucos metros, quando, então, a motocicleta acionou o alarme.

Abandonaram-na e seguiram para o veículo Gol, conduzido por Gilmar, fugindo do local. Uma das vítimas passou a persegui-los, sendo fechada, por Gilmar, quando tentava ultrapassá-los. O piloto, entretanto, conseguiu emparelhar com o automóvel e colocou a mão na cintura e, em seguida, efetuou a ultrapassagem. Então, Bruno, que estava no banco do passageiro, abriu o veículo e efetuou quatro disparos, atingindo o condutor da motocicleta. Gilmar perdeu o controle da direção e chocou-se na mureta de proteção, provocando a capotagem. Na sequência, todos saíram do veículo e fugiram para um matagal, esclarecendo que somente Gilmar se lesionou no acidente. Posteriormente, ele se dirigiu a um pronto socorro, sendo medicado e dispensado. Por fim, reconheceu, como sendo de sua propriedade, o aparelho celular Nokia, além de um pendrive e óculos de sol, todos objetos apreendidos no automóvel. Quanto ao celular de marca LG, afirmou pertencer

a Gilmar (fls. 32/34).

Gilmar, também em sede inquisitiva, negou sua participação no crime. Disse conhecer Rafael, apenas por residirem na mesma rua, porém alegou não manter contato com ele.

Refutou ter conduzido o veículo Gol, não sabendo explicar o motivo de ter sido acusado pelo corréu. Questionado sobre como ocorreu o ferimento na orelha, esclareceu que foi em decorrência de um acidente de motocicleta, ocorrido em 23.12, e que foi socorrido no pronto socorro central, por um colega, de nome Francisco. Reconheceu o aparelho celular LG apreendido no interior do veículo utilizado na prática criminosa, referindo que o perdera havia um mês, sem, contudo, registrar ocorrência sobre os fatos (fls. 49/51).

Em Juízo, ambos refutaram a prática delitiva.

Gilmar passou a alegar que foi acusado por ter se relacionado com a ex-namorada de Rafael. Repetiu ter se envolvido em acidente de motocicleta, no dia 23.12, sendo socorrido na mesma data. Admitiu, ainda, que seu celular foi encontrado dentro do veículo utilizado no crime, alegando que havia deixado o aparelho com aquela garota (fls. 230 registro audiovisual).

Rafael, por sua vez, declarou que estava em casa por ocasião dos fatos e que teve o celular roubado, alguns dias antes, porém não registrou a ocorrência. Negou que, na Delegacia, houvesse prestado o depoimento constante às fls. 32/34, sugerindo que o relato foi inventado. Por fim, corroborou ter assinado o documento, todavia, sem lê-lo (idem).

Ressalte-se que a retratação judicial não tem o condão de retirar a validade da confissão extrajudicial, pois a admissão dos fatos vale não pelo lugar em que tomada ou externada, mas por seu conteúdo, máxime se em fina sintonia com o conjunto probatório, como é caso dos autos.

O acolhimento da modificação da versão originariamente ofertada está condicionado à apresentação de elementos indiciários, incumbindo ao confitente desatar-se do encargo de aduzir os motivos que o levaram a adotar a postura pretérita, situação inocorrente nos autos.

Além disso, as versões exculpatórias, restaram isoladas e infirmadas pela prova produzida sob o crivo do contraditório.

Renato Jonatas Braga Ribeiro relatou *que estavam conversando em frente à casa de familiares, com as duas motocicletas estacionadas quando surgiram dois indivíduos e anunciaram o assalto, um deles armado. Eles pretendiam levar a motocicleta maior, mas, como não conseguiram seu intento, partiram com a menor, roubando também os capacetes. O depoente e Wesley decidiram sair em perseguição. No caminho, viram que os assaltantes abandonaram a motocicleta subtraída, que possuía componente corta-combustível e correram em direção a um veículo Gol. Pegou, então, o veículo abandonado e retornou, enquanto Wesley continuou no encalço dos assaltantes. Posteriormente, soube que o amigo fora alvejado e que os roubadores se evadiram, após sofrerem acidente (fls. 222 registro audiovisual).*

No mesmo sentido, Wesley Donato de Souza afirmou *que estava*

na cidade de Praia Grande, em companhia de Renato, além de familiares. Enquanto conversavam na calçada, passou um veículo Gol e dele desceram dois indivíduos. Ambos vieram em sua direção e, com uma arma em punho, anunciaram o assalto. Eles tentaram ligar a motocicleta grande, porém não conseguiram. Levaram, então, a menor, bem como outros pertences. Seguiu, junto com Renato no encalço dos roubadores, e, no caminho, encontraram a motocicleta subtraída, abandonada. Renato retornou com o veículo, ao passo que permaneceu na perseguição aos assaltantes. Ao avistar a presença policial, decidiu seguir em frente, mas foi baleado pelas costas. O veículo Gol ainda bateu na traseira da motocicleta, tentando derrubá-la, mas, nesse momento, acabou por perder o controle, bateu em uma mureta e capotou. Enquanto aguardava por socorro, os roubadores se evadiram a pé. Mais tarde, a arma de fogo e os capacetes foram recuperados, no interior do veículo. Na Delegacia, at ravés de fotografias armazenas em um pendrive, que também estava no automóvel Gol, identificou um dos assaltantes, embora manifestasse pequena hesitação (idem).

Urge obtemperar, a propósito, que, em tema de infrações patrimoniais intencionalmente praticados na clandestinidade a palavra das vítimas assume especial relevância na elucidação dos fatos e na identificação do autor, tanto porque em consonância com os demais elementos probantes, quanto porque não detectado qualquer interesse em prejudicá-lo gratuita e falsamente, não se vislumbrando, a par disso, que se tenha agido por embuste ou simples invencionice.

[...]

Por outro lado, o policial civil Ademir Semionatto Del Carlo detalhou os termos da investigação que culminou com a identificação dos réus. Esclareceu que, através do aparelho de telefonia celular, apreendido no veículo Gol, localizaram fotos de Rafael, constante do banco de dados de documentos públicos. A vítima Wesley, por meio de referidas fotografias, reconheceu-o como um dos assaltantes.

Intimado, ele admitiu a prática do roubo, indicando, inclusive, seus comparsas. Gilmar seria o condutor do veículo e "Bruno", o autor do disparo. Dentro do veículo, também foi localizado o aparelho celular de propriedade de Gilmar. O mesmo, coincidentemente, encontrava-se machucado, mas negou que o ferimento fosse decorrente do capotamento, alegando ter se envolvido em um acidente de motocicleta (fls. 230 mídia audiovisual).

De seu turno, o investigador Gaspar Aparecido Messias não se recordou com exatidão das diligências de que participou, reconhecendo, todavia, a assinatura lançada no relatório policial de fls. 62/63, cujo conteúdo ratificou integralmente (fls. 208 mídia digital).

De igual sorte, Marcelo da Silva do Rosário e Ozair Ribeiro, policiais militares que atuaram no socorro à vítima, não se lembraram com detalhes da ocorrência, porém corroboraram terem relatado, com fidelidade, as informações colhidas à autoridade policial (idem).

Registra-se, a propósito, que os autos não revelam elementos,

minimamente concretos, aptos a depreciar as palavras dos agentes policiais e a regra é de que agem nos termos e limites legais.

Noutros dizeres, eventual arguição de inidoneidade há de ser específica e não genericamente abstrata, não podendo abranger indiscriminadamente toda uma categoria de pessoas, dotadas, diga-se de passagem, de fé pública.

Ademais, não estão proibidos de ser inquiridos nos processos de cuja fase extrajudicial tenham participado no exercício de suas funções, sujeitos que estão ao compromisso de dizer a verdade, sob pena de falso testemunho, valendo acrescentar, paralelamente, inexistir qualquer exigência legal que imponha a ratificação de seus depoimentos por testemunhas civis.

Destarte, a despeito das exculpatórias apresentadas em Juízo, indubitável o envolvimento dos recorrentes nas práticas criminosas.

Em primeiro lugar, não se deve descurar que a identificação dos corréus se deu a partir da apreensão de telefones celulares e pendrive, encontrados no interior do veículo utilizado na empreitada, constatando-se, por meio da lista de contatos, que um dos aparelhos pertencia a Rafael Santos Silva.

Em continuidade às diligências, após pesquisa junto ao sistema oficial, confirmou-se a identidade civil de Rafael, bem como seu endereço e fotografia, esta compatível com as imagens contidas no pendrive apreendido.

Ainda na sequência do procedimento investigatório, a vítima Wesley efetuou o reconhecimento fotográfico de Rafael, como sendo um dos autores do roubo.

Por conseguinte, instado a comparecer ao Distrito Policial, Rafael assumiu não só sua participação no crime, como também, espontaneamente, forneceu detalhes de sua execução, vinculando o corréu Gilmar na prática (além de outras pessoas), nada havendo nos autos que justificasse a falsa incriminação.

A propósito, corroborando as declarações de Rafael, naquela seara, averiguou-se que o aparelho de telefonia remanescente, localizado dentro do veículo Gol, pertencia a Gilmar, o que evidentemente o coloca no cenário criminoso (malgrado as variadas escusas sequer comprovadas - de que perdera o aparelho, ou, ainda, que o deixara com a ex-namorada de Rafael).

Além disso, deve-se salientar que, tal como referido no depoimento de Rafael, poucos dias após os fatos, havia ferimentos na orelha de Gilmar, que segundo consta, teriam sido decorrentes do capotamento envolvendo o veículo em que se encontravam os réus.

Nesse particular, muito embora, interrogado, Gilmar sustente ter sofrido acidente de motocicleta, no dia 23.12.2012, ocasião em que teria se lesionado, e na qual se submetera a socorro médico, é certo que o ofício expedido pelo Hospital Irmã Dulce (fls. 64) desmentiu tal assertiva, ao atestar que referido corréu compareceu ao local somente às 13h21, do dia 24.12.2012 (poucas horas depois dos fatos, ocorridos por volta de 0h40).

Por outro lado, ainda que, em Juízo, Rafael tenha, sem explicações verossímeis, mudado completamente sua versão sobre os fatos, é certo que a palavra da vítima Wesley afasta a negativa, já que, poucos dias após o crime, houve o seguro reconhecimento fotográfico (fls. 25), circunstância corroborada pela oitiva judicial do investigador Ademir.

Obtempere-se, a respeito do reconhecimento, que a hesitação manifestada, em Juízo, por Wesley, não é suficiente para descrédito do relato primitivo, e é plenamente justificável pelo decurso do tempo, que pode blindar a recordação precisa dos fatos.

Outrossim, ainda nesse sentido, inexiste qualquer eiva no reconhecimento realizado pela vítima.

Ora, conquanto o reconhecimento fotográfico não seja especificado como meio de prova contemplado pelo ordenamento jurídico, ele deve ser tido como prova inominada como tantas outras não previstas expressamente em lei, que pode e deve ser considerada para a busca da verdade real, não havendo óbice a sua utilização, corroborada pelos demais elementos de convicção, como na hipótese em apreço.

Saliente-se, ainda, que eventual inobservância do disposto no artigo 226, do Código de Processo Penal, acenado nas razões recursais defensivas, não sugere nulidade, pois tal regra jurídica tem valia pela recomendação de observância de formalidades, visando possibilitar maior eficácia (certeza) no procedimento de reconhecimento.

E tanto assim o é que a norma registra a expressão "se possível"; por isso, a jurisprudência pacificou-se no sentido de que o reconhecimento, feito com segurança, tem o valor probatório, independentemente da não realização do procedimento recomendado.

Em suma, o quadro probatório é seguro em apontar os apelantes como sendo os autores do roubo apurado nos autos, de maneira que não vingam os pleitos absolutórios embasados no argumento de insuficiência probatória.

Em outras palavras, os elementos investigativos, respaldados pela prova produzida sob o crivo judicial e com as garantias processuais de contraditório e ampla defesa, revelaram- se suficientes para evidenciar o premeditado desígnio dos acusados, juntamente com outro indivíduo não identificado, de subtrair motocicleta e demais objetos das vítimas e de, posteriormente, atentar contra a vida de Wesley, desferindo-se disparo, pelas costas (além da tentativa de derrubá-lo da motocicleta), de modo que configurados os requisitos do tipo penal imputado.

A ação evidencia, portanto, a assunção do risco de ceifar a vida do ofendido, o que apenas não se consumou por circunstâncias alheias à vontade dos acusados, valendo ressaltar ser irrelevante a ausência de identificação do autor do disparo (segundo Rafael, em sede inquisitiva, o responsável teria sido o inimputável "Bruno"), já que os réus, de algum modo, contribuíram para a produção das lesões corporais no ofendido, eis que, subjetivamente vinculados e munidos de armas de fogo, o resultado lhes era plenamente previsível.

A propósito, Julio Fabbrini Mirabete prelecionava, a respeito que, "respondem todos os agentes pelo latrocínio quando a morte é causada por um deles e houver previsibilidade do resultado, que ocorre quando têm eles consciência de que está sendo empregada arma na prática do crime. É irrelevante mesmo a identificação daquele que desferiu o golpe fatal contra a vítima. A aplicação do artigo 29, §2º, do Código Penal, para a desclassificação do latrocínio para roubo, só se justifica se o agente não podia prever o resultado morte e não tinha condições de evitá-lo (in: "Código Penal Interpretado", Ed. Atlas, 9ª Edição, 2015, págs. 1218/1219).

Por fim, tampouco merece acolhida o pleito de desclassificação das condutas para o crime de roubo consumado, cumulado com homicídio tentado.

Isso porque, verte da dinâmica fática, que os apelantes alvejaram a vítima com o fim de assegurar a consumação do crime de roubo e garantir sua impunidade.

Como bem assentou a ilustre Procuradoria-Geral de Justiça, "a vontade dos agentes era de assegurar o proveito do crime ou a impunidade, e a morte da vítima era um meio aceitável para isso. A intenção inicial dos agentes sempre foi a subtração dos bens das vítimas" (fls. 334).

No mais, irrelevante para a configuração do latrocínio na sua forma tentada (artigo 157, § 3º, segunda figura, do Código Penal) o fato de não ter sido alcançado o resultado morte, se demonstrado, como na hipótese vertente, que o agente, no decorrer da prática delitiva, tenha atentado contra a vida do ofendido ou assumido o risco de assim fazê-lo.

[...]

Nesse contexto, de rigor a manutenção das condenações, tal como emanadas monocraticamente.

Passa-se à análise da dosimetria.

?? Rafael *As penas-bases foram fixadas em 22 (vinte e dois) anos de reclusão e pagamento de 30 (trinta) dias-multa, para o latrocínio, e 06 (seis) anos de reclusão e pagamento de 30 (trinta) dias-multa, para o roubo, considerando-se a especial culpabilidade, visto que os réus agiram com ousadia ao atirarem contra a vítima durante perseguição, sem olvidar as consequências da ação, já que Wesley teve o pulmão perfurado.*

Nada obstante, não havendo justificativa para fixação diferenciada, impõe-se adotar o mesmo patamar de exasperação para ambos os crimes. Além disso, as penas de multa deverão ser adequadas, em proporcionalidade às privativas de liberdade.

Assim, adotada a fração de 1/10, utilizada para o latrocínio, as sanções perfazem, provisoriamente, 22 (vinte e dois) anos de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias-multa menores, e, para o roubo, 04 (quatro) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias-multa menores.

Na etapa intermediária, a menoridade relativa atenuou a pena de cada um dos crimes em 01 (um) ano.

No entanto, de rigor a redução de ambas as penas em 1/6

(patamar utilizado para o crime de roubo), o que enseja o retorno aos pisos rasos, diante da impossibilidade de redução aquém dos mínimos legais.

Na derradeira fase, conserva-se a redução de 1/3 em razão do reconhecimento da tentativa, com relação ao crime de latrocínio, diante do iter criminis percorrido, na medida em que, após ser desapossado de seus bens, o ofendido Wesley foi alvejado em região vital durante perseguição em rodovia de grande movimento, somente não se consumando sua morte por circunstâncias alheias à vontade dos agentes.

Nesse compasso, a pena atinge, ainda provisoriamente, 13 (treze) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 06 (seis) dias-multa.

Por outro lado, no tocante ao roubo consumado, incensurável a majoração de 3/8, em virtude das circunstâncias fáticas do emprego de arma e concurso de agentes, que juntas, provocam maior intimidação às vítimas e lhes colocaram em extrema desvantagem, alcançando-se 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, e 13 (treze) dias-multa mínimos.

Inafastável a elevação penal prevista no § 2º, do artigo 157, do Código Penal, pela implementação dos incisos I e II.

No caso, além das palavras das vítimas e malgrado o laudo de fls. 73/74 tenha concluído que a arma de fogo apreendida não poderia ser utilizada para realização de disparos, incontroverso que o ofendido Wesley, durante a perseguição aos assaltantes, foi alvejado, conforme, aliás, corrobora o exame de corpo de delito de fls. 65.

Logo, é plausível que houvesse mais de uma arma com os roubadores, sendo despicienda sua apreensão, bem como peritagem.

No mais, o concurso de agentes também restou referendado, tanto pelos relatos das vítimas, quanto pela admissão extrajudicial de Rafael, revelando que o crime foi cometido por, pelo menos, três pessoas, todas com atuação ativa na empreitada.

Portanto, não se cogita em afastamento das majorantes, ou ainda, em alteração do patamar de exasperação.

Por fim, mantido o concurso formal e o aumento de 1/6, as penas perfazem, definitivamente, 15 (quinze) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 07 (sete) dias-multa (a regra do artigo 72, do Código Penal, não foi observada e sua aplicação nesta sede seria prejudicial ao réu).

?? Gilmar As penas-bases foram fixadas em 22 (vinte e dois) anos de reclusão e pagamento de 30 (trinta) dias-multa, para o latrocínio, e 06 (seis) anos de reclusão e pagamento de 30 (trinta) dias-multa, para o roubo, à vista das circunstâncias judiciais já referidas.

Adotados os mesmos fundamentos utilizados com relação a Rafael, readéquam-se as basilares para 22 (vinte e dois) anos de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias-multa menores, e, para o roubo, 04 (quatro) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias-multa menores.

Na última etapa, mantém-se a diminuição pela tentativa, em 1/3, no tocante ao latrocínio, e a elevação de 3/8, pelo duplo circunstanciamento

do crime de roubo, o que perfaz 14 (quatorze) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 07 (sete) dias-multa menores, para o primeiro, e 06 (seis) anos e 18 (dezoito) dias de reclusão e pagamento de 15 (quinze) dias-multa menores, para o segundo.

Por derradeiro, exasperada a maior pena em 1/6, por conta do concurso formal, a reprimenda resulta, definitivamente, em 17 (dezessete) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 08 (oito) dias-multa menores.

O regime prisional inicial fechado viu-se corretamente estabelecido, tanto pelo montante punitivo, quanto pelas circunstâncias fáticas, e está em consonância com o imperativo da Lei nº 8.072/90.

Por conseguinte, exaurida a instância ordinária, sendo incontroverso que os recursos especial e extraordinário não são dotados de efeito suspensivo a não impedir a eficácia da decisão condenatória (artigo 995, caput, do Novo Código de Processo Civil), tampouco se prestam a discutir fatos e provas (propiciando apenas apreciação de matéria exclusivamente de direito), e tendo em conta que restou superado o entendimento do Excelso Supremo Tribunal Federal emanado do HC nº 84.078/MG, pelo recente julgamento do HC nº 126.292/SP (Tribunal Pleno, DJ 17.02.2016), reafirmado em sede do julgamento da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo nº 964.246/SP e nas decisões que indeferiram as medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n os 43 e 44 (Plenário, DJ 05.10.2016), não há óbice para a execução provisória das penas mantidas nesta sede, de modo que podem ser de pronto iniciadas.

Anote-se, por derradeiro, que o advento da Lei nº 13.654/2018 não implica qualquer repercussão ao caso concretamente analisado.

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO aos apelos interpostos defensivamente para reduzir as reprimendas para 15 (quinze) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 07 (sete) dias-multa menores, para Rafael Santos Silva e 17 (dezessete) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 08 (oito) dias-multa menores, para Gilmar Fonseca da Cruz, mantida, no mais, a respeitável sentença apelada, por seus próprios e jurídicos fundamentos, ficando determinada a expedição incontinenti dos competentes mandados de prisão para cumprimento das condenações às privativas de liberdade confirmadas neste Segundo Grau" (fls. 75-92, grifei).

Como se vê do excerto em referência, o eg. Tribunal de origem, apreciando detalhadamente a prova produzida nos autos, concluiu pela existência de elementos aptos a sustentar a condenação dos pacientes como incursos nos delitos previstos no **artigo 157, § 3º, in fine, c.c. artigo 14, inciso II, e artigo 157, § 2º, incisos I e II, na forma do artigo 70, todos do Código**

Penal.

Ademais, entender de modo contrário ao estabelecido pelas instâncias ordinárias para absolver ou mesmo desclassificar as condutas imputadas aos pacientes, demandaria, necessariamente, **amplo reexame da matéria fático-probatória**, procedimento que, a todo evidência, é incompatível com a estreita via do **mandamus**.

Nesse sentido:

> *"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ESTUPRO. PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. CRIME CONSUMADO.* ***MAIORES INCURSÕES SOBRE O TEMA QUE DEMANDARIAM REVOLVIMENTO FÁTICO-COMPROBATÓRIO. IMPROPRIEDADE DO WRIT. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ROUBO PARA FURTO. EMPREGO DE VIOLÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE.*** *CONTINUIDADE DELITIVA. CRIMES DE ESPÉCIES DISTINTAS. CONCURSO MATERIAL CONFIGURADO. QUANTUM DE PENA E REGIME PRISIONAL FECHADO MANTIDOS. WRIT NÃO CONHECIDO.*
>
> *[...]*
>
> *3. Considerando os atos lascivos aos quais a vítima foi submetida, claramente atentatórios à sua dignidade sexual, resta consumado o crime de estupro, não havendo se falar, portanto, em tentativa.* ***De mais a mais, maiores incursões acerca do tema demandariam revolvimento fático-comprobatório dos autos, o que não se coaduna com a via do habeas corpus.***
>
> *[...]*
>
> *6. Writ não conhecido"* (HC 390.463/SP, **Quinta Turma,** Rel. Min. **Ribeiro Dantas,** DJe 22/06/2017, grifei).

> *"PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO.* ***ROUBO. PLEITO ABSOLUTÓRIO E DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA O CRIME DE FURTO. REEXAME PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE PELA VIA DO WRIT.*** *IMPOSIÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. PRESENÇA DE FUNDAMENTAÇÃO ABSTRATA.*

IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. A via estreita do habeas corpus não se presta ao revolvimento da matéria fática, como ocorre quando a decisão é atacada sob alegações de má apreciação das provas e de desclassificação da conduta, devendo a coação ser manifestamente ilegal.

3. Estabelecida a pena definitiva em 5 anos e 10 meses de reclusão, sendo primário o agente e favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime semiaberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33 do Código Penal.

4. Habeas corpus não conhecido, mas ordem concedida de ofício para fixar o regime inicialmente semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva" (HC 270.011/SP, **Sexta Turma,** Rel. Min. **Nefi Cordeiro,** DJe 22/04/2016, grifei).

No que tange à causa de aumento da pena do delito de roubo prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, esta Corte entende ser desnecessária a apreensão e perícia da arma empregada no crime de roubo, quando presentes outros meios hábeis a comprovar a sua efetiva utilização, **o que se verifica no caso em análise.**

Além disso, a jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que a utilização de arma carente de potencial lesivo, como forma de intimidar a vítima do delito de roubo, caracteriza o emprego de violência, porém não permite o reconhecimento da majorante de pena, em face da sua ineficácia para a realização de disparos

No entanto, embora o laudo pericial tenha concluído pela incapacidade da arma para disparos, o v. acórdão impugnado consignou a existência de **mais de uma arma de fogo**, bem como o fato da **vítima ter sido alvejada (**comprovação também por **laudo pericial)** durante a perseguição aos assaltantes, nos seguintes termos:. [...] ***além das palavras das vítimas e***

malgrado o laudo de fls. 73/74 tenha concluído que a arma de fogo apreendida não poderia ser utilizada para realização de disparos, incontroverso que o ofendido Wesley, ***durante a perseguição aos assaltantes, foi alvejado, conforme, aliás, corrobora o exame de corpo de delito de fls. 65.*** *Logo, é plausível que* ***houvesse mais de uma arma com os roubadores,*** *sendo despicienda sua apreensão, bem como peritagem"* (fl. 42, grifei).

Diante de tais considerações, portanto, não se vislumbra a existência de qualquer flagrante ilegalidade passível de ser sanada pela concessão da ordem de ofício.

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

P. e I.

Brasília (DF), 15 de abril de 2019.

Ministro Felix Fischer
Relator