

RECURSO ESPECIAL Nº 1.750.719 - SP (2018/0152660-0)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

RECORRENTE : LEONARDO VARIKI E SILVA

RECORRENTE : PAULO SERGIO MARTINS DE MELO

**ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
BRUNA DE CASSIA TEIXEIRA WERNECK -
DEFENSORA PÚBLICA**

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

LEONARDO VARIKI E SILVA e PAULO SERGIO MARTINS DE MELO interpõem recurso especial, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Os recorrentes apontam negativa de vigência aos arts. 157, § 3º, II, e 33, ambos do Código Penal. Argumentam que o delito de latrocínio não admite a forma tentada, por se tratar de crime qualificado pelo resultado. Sustentam não haver fundamentação idônea para a imposição do regime inicial fechado, motivado na gravidade abstrata do delito.

Requerem o provimento do recurso, a fim de que seja desclassificada a conduta a eles imputada, de latrocínio tentado para o de roubo tentado, bem como para fixar o regime inicial mais brando.

Apresentadas as contrarrazões e admitido o especial, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo seu não provimento.

Decido.

Primeiramente, observo que o recurso especial suplanta o juízo de prelibação, haja vista a ocorrência do necessário prequestionamento, além de estarem presentes os demais pressupostos de admissibilidade, razões pelas quais avanço na análise de mérito da controvérsia.

I. Contextualização

O Tribunal *a quo* manteve os termos da sentença que condenou os réus a 6 anos e 8 meses de reclusão e 4 dias-multa, em regime

fechado, pela prática do delito tipificado nos arts. 157, § 3º, II, c/c o 14, II, ambos do Código Penal.

II. Crime de latrocínio na modalidade tentada

Os recorrentes buscam a desclassificação do delito de latrocínio para o de roubo, ambos na forma tentada. Para tal, defendem a tese de que os crimes qualificados pelo resultado, como é o caso do latrocínio, não admitem a tentativa.

Acerca do tema, o Tribunal estadual se manifestou do seguinte modo (fl. 532-533, grifei):

Desde logo o registro de que **esta Turma Julgadora entende que o latrocínio é delito complexo, cujos crimes são o homicídio e o roubo**. Caso não se consuma a subtração e nem a morte, haverá tentativa de latrocínio. E ocorrendo apenas a subtração e não a morte, haverá da mesma forma a tentativa de latrocínio. **Admite-se, portanto a figura do latrocínio tentado**.

Vem à tona decisão da Colenda Corte Superior: "1. Em tema de crime complexo, é de se afirmar a sua forma tentada quando o crime-fim alcança a consumação, não ultrapassando, contudo, o crime-meio os limites da tentativa, precisamente porque no delito não se reúnem todos os elementos da sua definição legal (Código Penal, artigo 14, inciso I). 2. *In casu*, trata-se de crime de roubo próprio, cuja natureza complexa é indubitosa e no qual, embora haja se consumado a subtração patrimonial, o homicídio restou apenas tentado, impondo-se a afirmação da tentativa do delito complexo, classificando-se o fato-crime no artigo 157, parágrafo 3º, segunda parte, combinado com o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal. 3. Recurso provido" (STJ - REsp 313.545 - GO, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido).

No que diz com o mérito, confirma-se por seus próprios e em lançados fundamentos a sentença de primeira instância, considerando que o seu subscritor examinou com atenção a prova dos autos, francamente desfavorável aos recorrentes.

O entendimento firmado no acórdão recorrido, de que o ordenamento jurídico brasileiro admite a figura típica do latrocínio tentado, está de acordo com a jurisprudência desse Tribunal

Superior.

O latrocínio, que, por política legislativa, foi capitulado como crime contra o patrimônio, é integrado, como **crime complexo**, pelos delitos de roubo e de homicídio e prevalece, neste Tribunal, o entendimento de que "há tentativa de latrocínio quando há dolo de subtrair e dolo de matar, sendo que o resultado morte somente não ocorre por circunstâncias alheias à vontade do agente [...], independentemente da natureza das lesões sofridas pela vítima" (HC n. 201.175/MS, Rel. Ministro **Jorge Mussi**, 5ª T., DJe 8/5/2013).

Ressalte-se, ademais, que, para alterar o acórdão recorrido e desclassificar a conduta do réu para o delito de roubo tentado, seria necessário reapreciação dos fatos e das provas dos autos, o que não se admite em recurso especial, ante o óbice imposto pela Súmula n. 7 do STJ.

Nesse mesmo sentido, os precedentes desta Corte:

[...]

1. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "embora haja discussão doutrinária e jurisprudencial acerca de qual delito é praticado quando o agente logra subtrair o bem da vítima, mas não consegue matá-la, prevalece o entendimento de que há tentativa de latrocínio quando há dolo de subtrair e dolo de matar, sendo que o resultado morte somente não ocorre por circunstâncias alheias à vontade do agente" (Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/4/2013, DJe 8/5/2013).

2. De mais a mais, é incabível a discussão acerca da desclassificação do crime de latrocínio devidamente reconhecido pelas instâncias de origem, para o de roubo circunstanciado, porquanto tal tarefa demandaria o reexame de todo o acervo fático-probatório, o que é inadmissível na via do habeas corpus.

[...]

10. Ordem parcialmente concedida para excluir da primeira fase do cálculo das reprimendas uma circunstância judicial e reconhecer a atenuante da confissão espontânea relativamente ao paciente CAIO AGOSTINHO CHAGAS, tornando a sanção deste definitiva em 7 (sete) anos, 6 (seis) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, mais pagamento de 3 (três) dias-multa e a de KEOMA APARECIDO INÁCIO DE BARROS em 10 (dez) anos de reclusão, mais pagamento de 5 (cinco) dias-multa, mantido, no mais, o acórdão

estadual.

(HC n. 445.327/SP, Rel. Ministro **Antonio Saldanha Palheiro**, 6ª T., DJe 29/5/2018)

[...]

1. O Tribunal **a quo**, ao decidir que no delito de latrocínio não se admite a forma tentada, contrariou a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, no sentido de que, sempre que caracterizado o dolo do agente de subtrair o bem pertencente à vítima e o dolo de matá-la, não ocorrido o resultado morte por circunstâncias alheias à sua vontade, há tentativa de latrocínio (REsp 1525956/MG, Rel. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**, Sexta Turma, julgado em 24/11/2015, DJe 07/12/2015).

2. Não há qualquer contrariedade à Súmula n. 610/STF (Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima), uma vez que tal enunciado não afasta a possibilidade de tentativa de latrocínio.

3. O crime de latrocínio (CP, art. 157, § 3º, in fine) é um delito complexo, formado pela união dos crimes de roubo e homicídio, realizados em conexão consequencial ou teleológica e com animus necandi, e, para haver a sua consumação, conforme a Súmula n. 610 do STF, deve haver o resultado morte, sendo despicienda a efetiva inversão da posse do bem. Assim, se houve prova de que o acusado agiu com animus necandi, no crime de roubo, não ocorrendo a consumação da morte por circunstâncias alheias à vontade do réu, conclui-se pela ocorrência da tentativa de latrocínio e não o roubo qualificado pela lesão corporal de natureza grave.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 1.647.962/MG, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, 5ª T., DJe 15/3/2017)

Não constato, portanto, a alegada negativa de vigência ao art. 157, § 3º, II, do Código Penal.

III. Regime prisional.

Quanto à almejada modificação do regime para o semiaberto, cumpre enfatizar que esta Corte tem decidido que o modo

inicial de cumprimento da pena não está vinculado, de forma absoluta, ao *quantum* de reprimenda imposto.

É dizer, para a escolha do regime prisional, devem ser observadas as **diretrizes dos arts. 33 e 59**, ambos do Código Penal, além dos dados fáticos da conduta delitiva, que, se demonstrarem a **gravidade concreta** do crime, poderão ser invocados pelo julgador para a imposição de regime mais gravoso do que o permitido pelo *quantum* da pena (**HC n. 279.272/SP**, Rel. Ministro **Moura Ribeiro**, 5ª T., DJe 25/11/2013; **HC n. 265.367/SP**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, 5ª T., DJe 19/11/2013; **HC n. 213.290/SP**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 4/11/2013; **HC n. 148.130/MS**, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 3/9/2012).

O art. 33, § 3º, do Código Penal dispõe que "a determinação do regime inicial de cumprimento de pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código". Portanto, as mesmas circunstâncias judiciais aferidas pelo magistrado para fixação da pena-base na primeira fase da dosimetria deverão ser sopesadas na imposição do regime inicial de cumprimento de pena, ou ainda, poderá o Juízo apresentar elementos concretos dos autos que exijam a imposição de um regime mais rigoroso que o previsto para a quantidade de pena aplicada.

No caso, o Juiz de primeira instância fundamentou o regime fechado nos seguintes termos: "O regime inicial de cumprimento de pena será o fechado, sendo o único regime compatível com a violência empregada no crime patrimonial, atentando-se contra a vida de agente da autoridade, nos termos do art. 33. § 3º, do Código Penal" (fl. 459).

O Tribunal *a quo* o manteve: "Obrigatório o regime prisional inicial fechado, seja pela pena reclusiva imposta, seja pela gravidade do episódio delituoso, seja pela ousadia e periculosidade dos apelantes" (fl. 541).

Os trechos ressaltados acima demonstram que as instâncias antecedentes fixaram o regime prisional com base na **gravidade abstrata do delito cometido, com a imposição de regime prisional mais gravoso** do que o permitido em razão da sanção aplicada, em ofensa aos enunciados das Súmulas n. 440 do STJ, 718 e 719 do STF, como alegado pela defesa. Embora a Corte estadual se refira à ousadia e à periculosidade

dos réus, não especificou nenhum fato que extrapole o *modus operandi* comum do crime de latrocínio.

Desse modo, ao se considerar **a quantidade de pena imposta aos réus, 6 anos e 8 meses de reclusão**, a valoração positiva de todas as **circunstâncias judiciais** e, por fim, a **primariedade de ambos**, **impõem-se a fixação do regime inicial semiaberto**.

IV. Dispositivo

À vista do exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC, c/c o art. 34, XVIII, "c", parte final, do RISTJ, **dou parcial provimento ao recurso especial para fixar o regime inicial semiaberto**, e mantenho, no mais, o acórdão.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Relator