

HABEAS CORPUS Nº 562.098 - SP (2020/0038321-3)

RELATOR : **MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
WESLEY SANCHES PINHO - SP331671
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO HENRIQUE SILVA DOS SANTOS (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso próprio, **com pedido liminar**, impetrado pela Defensoria Pública estadual em favor de PAULO HENRIQUE SILVA DOS SANTOS contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da apelação criminal n. 0002116-75.2014.8.26.0361.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, **em regime inicial fechado, às penas de 38 (trinta e oito) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais o pagamento de 20 (vinte) dias-multa**, como incurso na iras do art. 157, § 3º, segunda parte, c/c art. 14, II, (duas vezes), do Código Penal, além da pena de **1 (um) ano, 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias de reclusão**, tendo em vista a prática do art. 288, **caput**, e parágrafo único, do Estatuto Repressivo (fls. 27-64).

Inconformada, a defesa interpôs **apelação** perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, negou provimento ao recurso, a fim de fixar a reprimenda em **20 (vinte) anos de reclusão, mais o pagamento de 10 (dez) dias-multa**, pela prática dos latrocínios tentados, além de **1 (um) ano, 6 (seis) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão**, no que toca ao crime de associação criminosa, consoante voto condutor do v. acórdão de fls. 115-130.

Dáí o presente **writ**, no qual a defesa alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal, pois não foi demonstrada a estabilidade e o liame subjetivo exigidos para a configuração do delito de associação criminosa.

Superior Tribunal de Justiça

Pondera que “o v. acórdão justifica a condenação na existência de “prévio conluio entre os agentes para a prática do delito em tela, inclusive com divisão de tarefas e atos preparatórios”. Ora, tal fundamentação nada mais é do que a descrição do concurso de agentes, pelo qual o coacto já foi condenado no tocante ao latrocínio tentado, em nada provando o crime de associação” (fl. 7).

Sustenta não se aplicável o concurso formal, já que se estar diante de crime único.

Nesse passo, afirma não se tratar de patrimônios diversos, já que a ação se deu no mesmo contexto fático.

Aduz que a subtração dos bens “da loja e do funcionário, em razão de uma mesma prática delituosa que se desenvolveu em uma só circunstância” (fl. 9).

Expõe inexistir elementos aptos a justificar a exasperação da pena-base em 1/4 (um quarto).

Indica ser o aumento desproporcional.

Defende que a violência empregada não pode ser utilizada para negatar a personalidade, já que o referido elemento é inerente ao delito de latrocínio.

Assere ser cabível a aplicação da atenuante da confissão espontânea.

Menciona ser “imprescindível o afastamento da agravante da dissimulação, a qual só é cabível na hipótese em que tal recurso é utilizado para dificultar ou tornou impossível a defesa do ofendido, o que não se verifica no caso em tela” (fl. 16).

Alega que “o fato de ingressar na loja passando-se por cliente em nada dificultou ou impossibilitou a defesa da vítima, ressaltando-se que o próprio ofendido Douglas declarou ter desconfiado antes mesmo do anúncio do assalto, razão pela qual se trancou no cômodo. Ou seja, a dissimulação em

nada alterou os fatos, em nada contribuiu para a consumação do crime, sendo que não mudaria nada se o agente Josué tivesse adentrado a loja e anunciado o assalto de imediato” (fl. 16).

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja: i) o paciente absolvido do delito de associação criminosa; ii) diminuída a pena-base do delito de latrocínio; iii) afastado o concurso formal e considerada a prática de crime único; iv) aplicada a atenuante da confissão espontânea; e v) afastada a agravante da dissimulação.

A liminar foi **indeferida** (fls. 134-135).

Informações prestadas às fls. 142-182; e 185-240.

O Ministério Público Federal, às fls. 242-247, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ** e, subsidiariamente, pela concessão parcial da ordem, em parecer assim ementado:

*“Habeas Corpus impetrado como sucedâneo recursal. Impossibilidade. Viabilidade, todavia, de concessão da ordem de ofício, mas em menor proporção do que aquela almejada na impetração. Latrocínio e associação criminosa. Pleito absolutório, de revisão da dosimetria e de afastamento do concurso formal. Impossibilidade. Fundamentação idônea. Acolhimento da pretensão que ensejaria revolvimento de matéria fático-probatória, procedimento incompatível com a via eleita. Confissão espontânea qualificada. Entendimento do STJ no sentido de que “mesmo nas hipóteses de confissão qualificada ou parcial, deve incidir a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, desde que tenha sido utilizada como elemento de convicção do julgador” (AgRg no HC 526256/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 25/10/2019). Parecer pelo não conhecimento do **writ**, mas pela concessão da ordem, de ofício, apenas para que seja reconhecida a atenuante da confissão espontânea.” (fl. 242).*

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**.

Conforme relatado, busca-se na presente impetração: i) a absolvição do paciente da prática do delito de associação criminosa; ii) a diminuição da pena-base do delito de latrocínio; iii) o afastamento do concurso formal; iv) a aplicação da atenuante da confissão espontânea; e v) o afastamento da agravante da dissimulação.

Transcrevo, a fim de delimitar a **quaestio**, os seguintes trechos do v. acórdão impugnado:

“A materialidade restou demonstrada pelos boletins de ocorrência, auto de exibição e apreensão (fls. 45/48), termos de avaliação direta e indireta (fls. 49/50, 51 e 52 - os quais comprovam a apreensão de parte da “res furtiva”, bem como de uma das armas de fogo utilizadas pelos Réus), laudos do Instituto de Criminalística (fls. 234/236, 237/240, 245/247, 248/251, 252/274, 275/277 e 300/301 - os quais atestam que os cartuchos apreendidos no local do crime são compatíveis com as armas apreendidas, laudo de lesão corporal (fls. 240 e 242), exame necroscópico (fls. 279/282) e pela prova oral colhida ao longo da instrução processual.

Da mesma forma a autoria.

PAULO confessou os fatos com riqueza de detalhes na esfera policial.

Relatou que juntamente com Eder, JOSUE e outra pessoa cujo nome não soube declinar, combinaram de praticar um roubo na cidade de Mogi das Cruzes, em uma loja de celulares.

Estiveram no local um dia antes dos fatos para colher informações e planejar o assalto.

[...]

As vítimas Felipe e Douglas reconheceram os Réus tanto na esfera policial como em juízo, bem como asseveraram que JOSUÉ, o qual já

havia comparecido à loja no dia anterior aos fatos, passando-se por cliente, anunciou o assalto.

[...]

Ressaltou que PAULO confessou a participação de 04 pessoas no roubo, sendo que 03 entraram na loja e um ficou do lado de fora vigiando, bem como que haviam duas armas de fogo.

Os Policiais Militares Rodrigo de Paula Ribeiro e Ewerton H. Cândido de Oliveira disseram que estavam na base da Polícia Militar no centro de Mogi das Cruzes, quando foram alertados por uma mulher acerca de um roubo.

Correram em direção ao local, avistando entre 03 e 04 indivíduos, todos bem vestidos, inclusive com gravata. Estes, ao perceberem a presença policial, empreenderam fuga, atirando contra eles na via pública.

[...]

Ressaltou que os acusados e os outros agentes são integrantes de uma quadrilha de roubos a loja de celulares e aparelhos similares. Antes de assaltarem a loja objeto dos autos, assaltaram outra loja de celulares da Claro, na cidade vizinha de Suzano.

Por fim disse que os Réus possuem tatuagens ligadas ao PCC.

[...]

Acerca da associação criminosa, ressalta-se que além do prévio conluio entre os agentes para a prática do delito em tela, inclusive com divisão de tarefas e atos preparatórios, o relato do investigador Robson Militão de Oliveira aponta a participação dos envolvidos em outros crimes da mesma natureza.

Cometido tal delito com arma de fogo, caracterizada a conduta tipificada no art. 288, parágrafo único do Código Penal.

[...]

Foi o que se verificou ao caso. Com o intuito de garantir o roubo ou mesmo manter a impunidade desse delito, pelo menos um dos comparsas do Réu, fazendo uso de arma de fogo, disparou contra os policiais.

Nítido o animus necandi ou mesmo o dolo eventual com os riscos que causaria.

Por fim, a lesão sofrida pela vítima (Douglas sofreu coronhadas em sua cabeça) é irrelevante para a configuração do latrocínio tentado, quando comprovado que o agente tinha a intenção ou assumiu o risco de matar, visando assegurar a subtração da coisa alheia móvel, conforme ocorreu in casu.

[...]

A dosimetria das penas merece reparo.

As penas de ambos os delitos foram majoradas em 1/4 na primeira fase pelas consequências do delito para as vítimas (patrimoniais, morais e corporais), bem como na personalidade violenta dos Réus, devendo ser mantida.

Ressalte-se que maior rigor seria plausível e até recomendado, haja vista que além da recuperação de parte ínfima dos bens subtraídos, a

vítima Douglas foi violentamente agredida, bem como os agentes efetuaram disparos de arma de fogo contra os policiais em via pública movimentada, pondo em risco a vida de inúmeras pessoas.

Na segunda fase a reprimenda foi majorada em 1/6 pela agravante da dissimulação.

Tal agravante deve ser mantida, pois os Réus e seus comparsas fingiram ser clientes para facilitar o delito.

Óbvio que as vítimas, vendedores, lidaram com os Réus como seu fossem clientes em potencial, até mesmo pelo fato destes vestirem-se em trajes sociais, minando suas chances de prever a ação criminosa e até mesmo reagir.

Ademais, os Réus e seus comparsas, durante a ação criminosa, também se passaram por funcionários da loja, a fim de não despertar suspeitas, como relatou a testemunha protegida.

Na segunda fase, o magistrado "a quo" desconsiderou a confissão dos Réus, por que além de qualificada, em clara intenção de receber uma reprimenda mais branda, não foi utilizada para fundamentar a condenação.

Entretanto, presentes a atenuante da menoridade relativa para ambos os Réus, de rigor sua aplicação.

A pena do delito de latrocínio retorna a 25 anos de reclusão, mais 12 dias-multa, piso (devido à compensação da atenuante com a agravante) e a de associação armada resta fixada em 01 ano e 15 dias de reclusão.

Na terceira fase, mantêm-se o aumento da pena do delito de associação criminosa pelo uso de arma em 1/2, devido à quantidade de agentes e de armas de fogo utilizadas, resultando em 01 ano, 06 meses e 22 dias de reclusão.

Com relação ao delito de latrocínio, mantêm-se a redução da pena em 1/3 pela tentativa, devido ao iter criminis percorrido, resultando em 16 anos e 08 meses de reclusão, mais o pagamento de 08 dias-multa, piso.

Ainda na terceira fase o magistrado "a quo", entendeu caracterizado o concurso material, pois "Os crimes foram praticados com desígnios autônomos, lembrando que, pelo menos, dois foram os patrimônios atacados...", somando-se as reprimendas.

Respeitado tal entendimento, no caso em tela, com uma única ação, os roubadoras violaram patrimônios distintos, de três vítimas (Felipe, Douglas e do estabelecimento comercial), daí porque evidente o concurso formal em tal caso:

[...]

Aplica-se assim, a fração de 1/5 devido ao número de infrações (03 roubos), conforme precedentes do STJ, resultando em 20 anos de reclusão, mais o pagamento de 10 dias-multa, piso.

Por fim, evidenciado o concurso material (art. 69 do código Penal) entre o delito de latrocínio tentado e associação criminosa armada, devendo tais reprimendas serem somadas.

O regime fechado prevalece diante do quantum da pena, dos motivos ensejadores da majoração da pena base, da gravidade e hediondez do delito (latrocínio)” (fls. 231-239, grifei).

Dos excertos transcritos, verifica-se que a Corte de origem atestou a prática do delito de associação criminosa, destacando a confissão do paciente – informou os comparsas, a divisão de tarefas, o planejamento e a visitação do local do crime em dia anterior ao fato –, o relato de investigador de polícia, o qual aponta a participação dos envolvidos em outros crimes da mesma natureza, e a presença de tatuagens ligadas ao “PCC” no corpo do envolvidos.

Desta feita, afastar a condenação do delito de associação criminosa, encampando os argumentos defensivos de que não há estabilidade e permanência, demanda revolver o conjunto fático-probatório dos autos, medida interdita na via estreita do **habeas corpus**.

A propósito:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ARTIGO 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. INEXISTENTE. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DA ACUSAÇÃO. INOCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO EXECUTÓRIA NÃO VERIFICADA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. CRIME DE AUTORIA COLETIVA. DESCRIÇÃO GENÉRICA ADMITIDA. AUTORIA DELITIVA CONFIGURADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. NULIDADE DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. ARGUIÇÃO NÃO FUNDAMENTADA. INEXISTÊNCIA DE IRREGULARIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

6. Não há como afastar a incidência da Súmula n. 7 desta Corte quanto à comprovação da autoria delitiva, porquanto a Corte originária expressamente consignou a suficiência de provas a demonstrar a participação do recorrente no delito de associação criminosa.

[...]

8. Agravo regimental desprovido” (AgRg no AREsp n. 1339952/ES, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, DJe 08/04/2019, grifei).

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DOIS RECURSOS INTERPOSTOS CONTRA A MESMA DECISÃO. PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. JULGAMENTO APENAS DO PRIMEIRO. CRIME DE CONCUSSÃO EM CONCURSO DE PESSOAS. FUNCIONÁRIO PÚBLICO. ELEMENTAR DO TIPO RELATIVA A CORRÊU POLICIAL QUE SE COMUNICA AO PARTÍCIPE NÃO DETENTOR DE CARGO, EMPREGO OU FUNÇÃO PÚBLICA. ART. 30 DO CP. POSSIBILIDADE. DELITO DE QUADRILHA OU BANCO. ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE PROVAS. ÓBICE DA SÚMULA N. 7/STJ. DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS VIOLADOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 284/STF.

[...]

3. A reforma do julgado com o intuito de se acolher o pleito defensivo de absolvição pelo delito de formação de quadrilha ou bando exigiria o revolvimento do material fático-probatório dos autos, providência vedada na via eleita ante o óbice da Súmula n. 7/STJ.

[...]

5. Agravo regimental desprovido” (AgRg no REsp n. 1485780/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe 09/05/2018, grifei).

“PROCESSUAL PENAL. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. FALTA DE DEGRAVAÇÃO DE TODOS OS DIÁLOGOS E DE PERÍCIA. NULIDADE. AUSÊNCIA. CRIME DE QUADRILHA. EXISTÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. MATÉRIA IMPRÓPRIA À IMPETRAÇÃO. DESNECESSIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DE TODOS OS MEMBROS DO BANDO. DOSIMETRIA. AFERIÇÃO EM HABEAS CORPUS. SOMENTE QUANDO HÁ FLAGRANTE ILEGALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA NA ESPÉCIE. ORDEM DENEGADA.

[...]

2 - Aferir a existência de provas para a condenação pelo crime de quadrilha não é adequado ao veio restrito do habeas corpus, sendo certo ainda que é dispensável, para a caracterização do delito, a identificação de todos os participantes do bando.

[...]

4 - *Ordem denegada*” (HC n. 382.800/SP, **Sexta Turma**, Rel.^a Min.^a **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe 09/06/2017, grifei).

No mais, cumpre asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a *“dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade”* (HC n. 400.119/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/8/2017).

Em relação à pena-base, verifica-se que a Corte de origem justificou o aumento tendo em vista as consequências do crime – efeitos negativos no campo patrimonial, moral e corporal –, o disparo de arma de fogo em via pública e a personalidade negativa do agente, caracterizada pela violência empregada contra uma das vítimas – desferimento de coronhadas.

Impende ressaltar que a jurisprudência do STJ admite a majoração da pena-base, ante a existência de disparos em via pública.

Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL GRAVÍSSIMA. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RECRUDESCIMENTO PROPORCIONAL. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE DO AGENTE, CIRCUNSTÂNCIAS, MOTIVO E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

[...] As circunstâncias do delito, praticado em via pública movimentada, com risco a terceiros, também justificam desvalorização, conforme procedido em sentença.

[...]

Agravo regimental a que se nega provimento”
(AgRg no HC n. 344.194/PE, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, DJe 09/11/2016, grifei).

**“PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. HOMICÍDIO E
PORTE ILEGAL DE ARMA. DOSIMETRIA. PENA-BASE.
MAJORAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS
DESFAVORÁVEIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL.
INOCORRÊNCIA.**

[...]

2. Admite-se a exasperação da pena-base, no crime de homicídio, com fundamento na efetuação de disparos em via pública, circunstância que, negativamente valorada na primeira fase da dosimetria, não se confunde com a qualificadora prevista no art. 121, §2º, III, do Código Penal (perigo comum).

[...]

4. Habeas corpus não conhecido” (HC n. 312.788/DF, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Gurgel de Faria**, DJe 27/03/2015, grifei).

No que toca às consequências do crime – que devem ser entendidas como o resultado da ação do agente –, a avaliação negativa de tal circunstância judicial mostra-se escoreta se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal.

Diante dos contornos fáticos traçados pelo ato coator, avaliar se as consequências deletérias da ação criminosa transbordaram o campo de proteção conferido pela norma penal demanda a verticalização da prova, aprofundamento não compatível com o campo cognitivo restrito do **habeas corpus**.

Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE POR DECADÊNCIA AO DIREITO DE REPRESENTAR, RENÚNCIA OU PERDÃO. IMPROCEDÊNCIA. DENÚNCIA QUE NARRA CRIME PERPETRADO COM USO DE VIOLÊNCIA REAL, COMETIDO ANTES DO ADVENTO DA LEI N. 12.015/2009. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 698/STF. PRECEDENTES DO STJ. APLICAÇÃO RETROATIVA DO ART. 225, NA REDAÇÃO DA LEI N. 12.015/2009. IRRELEVÂNCIA. REPRESENTAÇÃO QUE PRESCINDE DE FORMALIDADE. MANIFESTAÇÃO DE VONTADE INEQUÍVOCA NO CASO. SUPOSTA ILEGALIDADE NA PENA-BASE. TESE DE QUE NÃO HÁ PROVA NOS AUTOS DE DANO PSICOLÓGICO NA VÍTIMA, PARA FINS DE VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CONSEQUÊNCIAS. TEMA QUE DEMANDA REEXAME DE PROVA. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. EXCLUSÃO DA AGRAVANTE DO ART. 61, II, F, DO CP. QUESTÃO QUE NÃO FOI DEBATIDA NA CORTE DE ORIGEM. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356/STF SUPOSTA ILEGALIDADE NO REGIME INICIAL FECHADO. IMPROCEDÊNCIA. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. ELEMENTO APTO A JUSTIFICAR O REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR.

[...]

3. O exame da tese defensiva, no sentido de que não há prova de dano psicológico - elemento utilizado para a valoração negativa do vetor consequências do crime - demandaria reexame de matéria de prova, o que inviável nos termos da Súmula 7/STJ.

[...]

6. Agravo regimental improvido” (AgRg no AREsp n. 1038268/RN, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 06/04/2017, grifei).

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. SIGNIFICATIVO DANO AMBIENTAL. REEXAME DAS PROVAS. SÚMULA N. 7/SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

- O acolhimento da pretensão recursal demandaria o reexame de matéria fática, o que é inviável em sede de recurso especial, à luz do óbice contido no Enunciado n. 7 da Súmula do STJ.

Agravo regimental desprovido” (AgRg no AREsp n. 654.162/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Ericson Maranhão** (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), DJe 28/08/2015, grifei).

“DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. REDUÇÃO DE PENA. PRINCÍPIO NON BIS IN IDEM. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA.

1. É firme o constructo doutrinário e jurisprudencial, no sentido de que os pedidos de redução de pena, salvo o caso de ilegalidade manifesta no seu estabelecimento, são estranhos ao âmbito de cabimento do habeas corpus, requisitando, como requisitam, diversamente da só consideração da sentença e do acórdão, o reexame do conjunto da prova, por influentes as circunstâncias e conseqüências do crime, os antecedentes, a conduta social, a personalidade, os motivos e a culpabilidade do agente na definição da resposta penal suficiente e necessária para a aprovação e prevenção do delito.

*2. A violação do princípio non bis in idem na definição da resposta penal, que enseja concessão de **habeas corpus**, é a que se mostra evidente e demonstrada **primo ictu oculi**.*

3. Ordem denegada” (HC n. 10.193/MS, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Hamilton Carvalhido**, DJ 28/08/2000, p. 134, grifei).

No que concerne à personalidade, cumpre assinalar que *“a valoração negativa da personalidade do agente exige a existência de elementos concretos e suficientes nos autos que demonstrem, efetivamente, a maior periculosidade do réu aferível a partir de sua índole, atitudes, história pessoal e familiar, etapas de seu ciclo vital e social, etc., sendo prescindível a existência de laudo técnico confeccionado por especialistas nos ramos da psiquiatria e psicologia para análise quanto a personalidade do agente”* (AgRg no REsp n. 1301226/PR, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza De Assis Moura**, DJe 28/03/2014, grifei).

Na hipótese em foco, a negatificação da personalidade está devidamente fundamentada, tendo em vista a agressão violenta perpetrada

contra a vítima – desferimento de coronhadas.

Veja-se:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE. INTERPRETAÇÃO DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO QUE A CONFIRMOU. EFEITO SUBSTITUTIVO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVADAS. PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL. PARCIAL PROCEDÊNCIA. UNDAMENTOS VÁLIDOS: PRÁTICA DE PISTOLAGEM, AGIOTAGEM E USO DE VIOLÊNCIA. ALEGAÇÃO DE CARÊNCIA DE PROPORCIONALIDADE NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE, EM FACE DE MESMO NÚMERO DE VETORES JUDICIAIS NEGATIVADOS. NÃO OCORRÊNCIA. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO JUÍZO. PRECEDENTES.

[...]

2. *Os fundamentos utilizados para justificar a exasperação da pena-base, no que se refere à negatização dos vetores judiciais da conduta social e da personalidade, atinentes à pistolagem, violência e agiotagem, foram idoneamente aplicados.*

[...]

4. *Agravo regimental improvido*” (AgRg no REsp n. 1803372/AM, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe 02/10/2019, grifei).

“REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. VIOLÊNCIA EXACERBADA. CRIME PRATICADO NO ÂMBITO FAMILIAR. PRESENÇA DE CRIANÇA DE TENRA IDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

1. *O excesso de violência empregada na prática delitiva é circunstância que demonstra uma maior gravidade da conduta, permitindo aferir uma personalidade agressiva, bem como a presença de consequências mais dramáticas.*

[...]

4. *Agravo regimental desprovido*” (AgRg no AREsp n. 1043716/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe 24/05/2017, grifei).

“HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. DECISÃO FUNDAMENTADA. VIOLÊNCIA EXERCIDA CONTRA A VÍTIMA. PERSONALIDADE DESVIRTUADA. ENVOLVIMENTO EM ATO INFRACIONAL ANTERIOR. INSUFICIÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

1. Mostra-se fundamentada a sentença que fixa a pena-base um pouco acima do mínimo legal em razão das desfavoráveis circunstâncias judiciais, notadamente a violência exercida pelo acusado contra a vítima.

[...]

3. Ordem parcialmente concedida” (HC n. 117.497/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJe 16/03/2009, grifei).

Importar esclarecer não existir o **bis in idem** alegado pela defesa. Isso porque, a despeito de o tipo penal prever a violência como um dos seus elementos, o grau de violência empregado na execução delitiva justifica a maior censura da conduta e permiti elevação mais intensa da pena-base.

Assim, não há se falar em dupla valoração do mesmo elemento.

Confira-se:

“PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO. PENA-BASE. FUNDAMENTO IDÔNEO. CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO. ITER CRIMINIS. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO E PROBATÓRIO. INCOMPATIBILIDADE COM A VIA ELEITA. TRÁFICO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. MOTIVAÇÃO CONCRETA A JUSTIFICAR A NÃO APLICAÇÃO DA MINORANTE. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O elevado grau de reprovabilidade da conduta (culpabilidade) configura circunstância apta a justificar o aumento da pena-base, quando indicados fundamentos concretos, tal qual o fato de ter o acusado agido com dolo extremado, extrapolando os limites da razoabilidade do que se poderia

considerar como inerente ao próprio tipo penal, por ter sua conduta se revestido de demasiada reprovabilidade social, muito aquém daquela já existente com a simples prática do delito, uma vez que desferiu vários tiros na direção da vítima, buscando incansavelmente matá-la.

2. Muito embora o resultado morte seja ínsito ao delito de latrocínio, cuida-se de delito de cunho patrimonial, em se considerando que tem por fim precipuamente a subtração de bem mediante o emprego de violência, a qual, por sua vez, dá ensejo ao evento morte, de modo que a intensidade do dolo quanto à morte da vítima, concretamente fundamentada, justifica a exasperação da pena-base, por evidenciar especial reprovabilidade.

[...]

5. Decisão monocrática mantida.

6. Agravo regimental improvido” (AgRg no HC n. 399.235/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 14/03/2018, grifei).

Ademais, é cediço que a pena-base deve ser fixada concreta e fundamentadamente (art. 93, inciso IX, Constituição Federal), de acordo com as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal brasileiro, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do delito.

Assim, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o juiz sentenciante, **dentro da discricionariedade juridicamente vinculada**, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se, na primeira fase da dosimetria, pelos oito fatores indicativos relacionados no **caput** do art. 59 do Código Penal, a saber: culpabilidade; **antecedentes**; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; e comportamento da vítima, e indicar, especificamente, dentro destes parâmetros, os motivos concretos pelos quais as considera favoráveis ou desfavoráveis, pois é justamente a motivação da decisão que oferece garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal.

Além disso, não se admite a adoção de um **critério puramente matemático, baseado apenas na quantidade de circunstâncias judiciais desfavoráveis**, até porque de acordo com as especificidades de cada delito e

também com as condições pessoais do agente, uma dada circunstância judicial desfavorável poderá e deverá possuir maior relevância (valor) do que outra no momento da fixação da pena-base, em obediência aos princípios da individualização da pena e da própria proporcionalidade.

Sobre o tema, colaciono os seguintes julgados desta Corte Superior:

"HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, I E II, DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ACRÉSCIMO CONCRETAMENTE MOTIVADO. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. REAL ABALO PSICOLÓGICO SOFRIDO PELAS VÍTIMAS, INCLUSIVE AS CRIANÇAS. TERCEIRA FASE. QUANTUM DE ACRÉSCIMO. SÚMULA N.º 443 DESTA CORTE. FLAGRANTE ILEGALIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

*1. Não há ilegalidade na fixação da pena-base se o Juiz justificou concretamente a medida em razão das consequências do delito, dado o abalo emocional sofrido pelas vítimas, inclusive as crianças, mantidas sob a mira de revólver municiado, engatilhado e manuseado pelo agente com dedo no gatilho. Não se trata de presunção ou motivação abstrata, mas de concreta justificativa. O Tribunal de origem inclusive destacou que a família submete-se a tratamento psiquiátrico desde os fatos até a atualidade, indicando os reflexos no cotidiano das crianças, que sofrem dificuldade de sono e sensação de medo constante. Considerando o mínimo e o máximo previsto para o tipo penal, não se constata desproporcionalidade. **Esta Corte já decidiu que o quantum de acréscimo não depende da quantidade de circunstâncias judiciais, mas sim de adequada motivação. Não se trata de critério matemático.***

2. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, o acréscimo da pena na terceira fase da dosimetria requer a devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um aumento mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de majorantes presentes. Súmula n.º 443 desta Corte.

3. Habeas corpus parcialmente concedido a fim de reduzir a pena aplicada aos pacientes para 8 (oito) anos de reclusão e 13 (treze) dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão" (HC n. 387.992/SP, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 15/5/2017 - grifei).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. EXPRESSIVO PREJUÍZO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ. APLICAÇÃO DO QUANTUM DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. OFENSA À RAZOABILIDADE NÃO VERIFICADA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

[...]

2. O elevado valor do prejuízo causado à vítima - R\$ 70.000,00 - mostra-se devidamente justificado para o aumento procedido na primeira fase da dosimetria, por demonstrar maior reprovabilidade da conduta.

3. A fixação da pena-base acima do mínimo legal não se dá com base em critérios matemáticos, tendo em vista que é admissível certa discricionariedade do órgão julgador, conforme estabelece o princípio do livre convencimento motivado.

4. Não se verifica violação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade pela exasperação da pena-base em 1 ano de reclusão, em decorrência da valoração negativa de uma circunstância judicial (consequência do crime), para o delito previsto no art. 155, § 4º, do CP, cuja pena em abstrato varia de 2 a 8 anos.

5. Agravo regimental improvido" (AgInt no HC n. 377.446/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 20/4/2017 - grifei).

"REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL DECIDIDO MONOCRATICAMENTE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO.

Os artigos 544 e 557 do Código de Processo Civil/73, aplicável subsidiariamente na área penal, autorizam ao relator apreciar de forma unipessoal recurso manifestamente inadmissível ou improcedente, justamente o que se verificou no presente caso, em que se negou provimento ao agravo em recurso especial pois a pretensão recursal exigiria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, inexistindo, portanto ofensa ao princípio da colegialidade.

HOMICÍDIO. CONDENAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ELEMENTOS CONCRETOS CONSTANTE DOS AUTOS. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO EXPLICITADA PELO TRIBUNAL DE

ORIGEM. AUSÊNCIA DE VÍCIO. RECURSO IMPROVIDO.

1. Na condenação, atento às peculiaridades do caso, deve o magistrado sentenciante guiar-se pelas oito circunstâncias relacionadas no "caput" do artigo 59 do Código Penal, inexistindo critério puramente objetivo ou matemático, uma vez que é admissível certa discricionariedade do órgão julgador.

2. Utilizada fundamentação concreta para a majoração da pena-base a título de culpabilidade, personalidade e circunstâncias do crime, não há irregularidade na dosimetria da pena.

3. Não há vício no acórdão recorrido que explicita os fundamentos adotados na sentença condenatória ensejadores da majoração da pena-base.

4. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no AREsp n. 759.277/ES, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 1º/8/2016 - grifei).

Quanto ao afastamento da agravante da dissimulação, verifica-se que a Corte originária atestou a sua incidência, ao fundamento de que os agentes, vestidos em trajes sociais, passaram-se por clientes e por funcionários do estabelecimento comercial, a fim de não levantar suspeitas, minando, assim, as chances das vítimas de reagir a empreitada criminoso

Nesse contexto, assentir com os argumentos defensivos de que não houve dissimulação ou que esta foi ineficaz para dificultar a defesa da vítima é impossível na via eleita. Isso porque, para tanto, seria imprescindível o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos.

Confira-se:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PROPORCIONALIDADE. OCORRÊNCIA DA DISSIMULAÇÃO. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. VERIFICAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. CONCURSO ENTRE AGRAVANTE E ATENUANTE. CONFISSÃO. PREPONDERÂNCIA SOBRE A DISSIMULAÇÃO. FRAÇÃO DE ATENUAÇÃO DE 1/12. TENTATIVA, FRAÇÃO UTILIZADA.

ITER CRIMINIS PERCORRIDO. SÚMULA 7/STJ. LEGALIDADE NA FIXAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

4. Segundo consta dos autos, a agravante da dissimulação foi reconhecida pelo Conselho de Sentença, não podendo ser afastada nesta via recursal, sob pena de violação à soberania dos veredictos, prevista no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea "c", da Constituição Federal. Ademais, rever tal conclusão, como requer a parte recorrente, no sentido da ausência de comprovação da ocorrência da dissimulação, demandaria o revolvimento de matéria fático-probatória dos autos, o que é inviável em sede de recurso especial, por força da incidência da Súmula n. 7/STJ.

[...]

8. Agravo regimental não provido” (AgRg no REsp n. 1804984/TO, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares Da Fonseca, DJe 03/06/2019, grifei).

Melhor sorte assiste à defesa no que concerne à atenuante da confissão espontânea.

O STJ já assentou que a confissão qualificada, quando efetivamente utilizada como elemento de convicção, enseja a aplicação da atenuante prevista na alínea *d* do inciso III do artigo 65 do Código Penal.

Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. USO DE DOCUMENTO FALSO. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. CONFISSÃO QUALIFICADA. APLICAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA.

1. Incide a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal na hipótese em que o réu espontaneamente confessou a prática do crime que lhe foi imputado, fornecendo dados que corroboraram a sua condenação, mesmo que a confissão tenha sido parcial e agregada de elementos que afastam a ilicitude da conduta.

[...]

3. Agravo regimental desprovido” (AgRg no REsp n. 1580410/PE, Sexta Turma, Rel. Min. Antonio Saldanha

Palheiro, DJe 23/10/2017, grifei).

No que diz respeito ao pleito de reconhecimento de crime único, a jurisprudência desta Corte Superior é iterativa no sentido de que a subtração de patrimônios pertencentes a diversas vítimas, no mesmo contexto, por meio de uma única ação constitui concurso formal impróprio, e não crime único.

Nesse passo, alterar o que fora estabelecido no acórdão impugnada requer reexame de provas, situação não permitida na via angusta do **habeas corpus**.

A propósito:

“PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO. RECONHECIMENTO DE CONDUTA ÚNICA. CONCURSO FORMAL IMPRÓPRIO. MAIS DE UMA VÍTIMA. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. PENA-BASE. CONDUTA SOCIAL. MOTIVAÇÃO IDÔNEA DECLINADA. AGRAVO DESPROVIDO.

[...]

2. Descabe falar em reconhecimento de crime único de latrocínio. Isso porque as instâncias ordinárias adotaram entendimento em consonância com a jurisprudência prevalente neste Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que há concurso formal impróprio na prática de latrocínio quando a conduta do agente tenha por escopo mais de um resultado morte, ainda que a subtração recaia sobre os bens de uma única vítima, na medida em que ficam evidenciados desígnios autônomos, atraindo, portanto, o comando legal disposto no art. 70, segunda parte, do Código Penal.

3. Para infirmar a conclusão da sentença condenatória, no sentido da ausência de unidade de desígnios nos crimes de latrocínio, o que ensejou o reconhecimento do concurso formal impróprio, para infirmar tal conclusão seria necessário revolver o contexto fático-probatório dos autos, o que não se coaduna com a via do habeas corpus.

[...]

5. Agravo regimental desprovido” (AgRg no HC n. 531.133/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 25/11/2019, grifei).

'HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO TENTADO E ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO, CONCURSO DE AGENTES E RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DA VÍTIMA. CRIME ÚNICO. NÃO OCORRÊNCIA. VÍTIMAS E PATRIMÔNIOS DISTINTOS. CONCURSO FORMAL CARACTERIZADO. ORDEM DENEGADA.

1. Dúvida não há de que o paciente, em um mesmo contexto fático e circunstancial, por meio de uma única ação, abordou vítimas distintas, atingindo-lhes os patrimônios material e emocional, não se podendo falar, portanto, em crime único, mas em pluralidade de delitos.

2. Habeas corpus denegado” (HC n. 192.927/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe 23/04/2012, grifei).

Nesse contexto, **mantendo os parâmetros dosimétricos empregados pelas instâncias ordinárias**, passo ao recálculo da pena:

1ª Fase: conservo a pena-base em 25 (vinte e cinco) anos, mais o pagamento de 12 (doze) dias-multa;

2ª Etapa: reconheço a incidência da agravante da confissão espontânea. Assim, tendo em vista a existência de **duas atenuantes preponderantes** – confissão espontânea e menoridade relativa – e um agravante da dissimulação, retorno a sanção ao mínimo legal.

3ª Fase: promovo a redução da reprimenda em 1/3 (um terço), em razão da modalidade tentada, de modo a diminuir a pena para 13 (treze) anos e 4 (quatro) meses, mais o pagamento de 7 (sete) dias-multa. Elevo a reprimenda em 1/5 (um quinto), ante o concurso formal impróprio, de forma a alcançar o patamar de **16 (dezesseis) anos de reclusão, mais o pagamento de 8 (oito) dias-multa, quantum** que torno definitivo à míngua de outras causas de aumento e de diminuição de pena.

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

Contudo, **concedo a ordem de ofício**, a fim de, tão somente, redimensionar a pena dos delitos de latrocínio (157, § 3º, segunda parte, c/c art.

14, II, do Código Penal) em **16 (dezesseis) anos de reclusão, mais o pagamento de 8 (oito) dias-multa**, mantidos os demais termos da condenação.

P. e I.

Brasília (DF), 21 de março de 2020.

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)

Relator