



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 288.481 - MT (2014/0030799-0)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
IMPETRANTE : STALYN PANIAGO PEREIRA E OUTRO
ADVOGADO : STALYN PANIAGO PEREIRA E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
PACIENTE : RAFAEL DA SILVA SANTOS (PRESO)
PACIENTE : TASSIO RODRIGUES CARVALHO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ART. 157, § 2º, I, II E V, DO CP). *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO E IMPETRADO CONCOMITANTE À INTERPOSIÇÃO DE APELAÇÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. VERIFICAÇÃO DE EVENTUAL COAÇÃO ILEGAL À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. VIABILIDADE. SUPERVENIÊNCIA DE JULGAMENTO DA APELAÇÃO. POSSIBILIDADE DE SE INVOCAR A PREJUDICIALIDADE DO *WRIT*. ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS DA IMPETRAÇÃO, ANTE A RELEVÂNCIA DO TEMA E COM O FIM DE EVITAR EVENTUAL ALEGAÇÃO DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AFIRMAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. ALEGAÇÃO DE QUE O MINISTÉRIO PÚBLICO ADITOU A DENÚNCIA, SEM SE OPORTUNIZAR O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA. ADVOGADO QUE ABRIU MÃO DO PRAZO PARA SE MANIFESTAR E ARROLAR TESTEMUNHAS. IMPOSSIBILIDADE DE A PRÓPRIA DEFESA, QUE DEU CAUSA AO SUPOSTO VÍCIO, ALEGAR A NULIDADE. ART. 565 DO CPP. APLICABILIDADE. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DA NULIDADE DE PROVAS DECORRENTES, EM TESE, DE OUTRAS DECLARADAS ILÍCITAS PELO MAGISTRADO SINGULAR. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA NA IMPETRAÇÃO. PLEITO QUE DEMANDA ANÁLISE DE PROVAS. INVIABILIDADE NA VIA ESTREITA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO OCORRIDO EM AUDIÊNCIA. DEBATE DO TEMA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. AUSÊNCIA. ELEMENTO DE PROVA, ADEMAIS, CORROBORADO POR OUTRAS PROVAS PRODUZIDAS EM JUÍZO. DOSIMETRIA DA PENA. VALORAÇÃO CONJUNTA DAS CIRCUNSTÂNCIA DO CRIME EM RELAÇÃO A AMBOS OS PACIENTES. AFIRMAÇÃO DO MAGISTRADO DE QUE AS CIRCUNSTÂNCIAS SÃO IDÊNTICAS. OFENSA À INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA.

1. O presente *writ* mostra-se como substitutivo do recurso ordinário previsto nos arts. 105, II, a, da Constituição Federal e 30 da Lei n. 8.038/1990, o que é inadmissível, nos termos do atual entendimento adotado no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, que não têm mais admitido o *habeas corpus* como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

situações excepcionais.

2. Apesar de se ter solidificado o entendimento no sentido da impossibilidade de utilização do *habeas corpus* como sucedâneo do recurso cabível, esta Corte Superior de Justiça analisa, com a devida atenção e caso a caso, a existência de coação manifesta à liberdade de locomoção, não tendo sido aplicado o referido entendimento de forma irrestrita, de modo a prejudicar eventual vítima de coação ilegal ou abuso de poder e convalidar ofensa à liberdade ambulatorial.

3. Poder-se-ia cogitar da prejudicialidade do *writ*, em razão da superveniência de julgamento da apelação defensiva, tendo em vista que as questões alegadas foram submetidas a cognição mais ampla no Tribunal local. No entanto, em razão da importância dos temas e a fim de evitar negativa de prestação jurisdicional, mostra-se imperiosa a análise das questões.

4. O magistrado singular, com fundamento nas provas constantes dos autos, condenou os pacientes no crime de roubo triplamente circunstanciado, nos mesmos termos da descrição contida na denúncia, tendo-os absolvido do crime de formação de quadrilha, razão pela qual não se vislumbra divergência entre a acusação e a sentença.

5. O fato de o Ministério Público ter aditado a inicial acusatória para incluir mais dois roubos cometidos contra outras vítimas não configura nulidade, quando evidenciado que, no mesmo ato, foi oportunizado à defesa se manifestar e arrolar testemunhas, tendo o advogado dispensado o prazo de 5 dias, deixando para se pronunciar em alegações finais.

6. Nos termos do art. 565 do Código de Processo Penal, *nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse.*

7. Alcançar conclusão no sentido de que as demais provas dos autos também estão contaminadas pela ilicitude dos elementos declarados nulos pelo magistrado singular demandaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, inviável na via estreita do *habeas corpus*, até porque a impetração não demonstrou, de forma clara e inequívoca, estarem as provas que sustentaram a condenação contaminadas por aquelas declaradas ilícitas pelo Judiciário.

8. Inviável o acolhimento da alegada nulidade, decorrente de a condenação encontrar-se justificada em reconhecimento fotográfico ocorrido em audiência, pois, além de o Tribunal de origem não ter-se manifestado sobre o tema, observa-se que tal prova não se apresenta como único elemento de convicção do magistrado singular, tendo sido corroborada por outras provas produzidas em juízo, donde se infere a não ocorrência de constrangimento ilegal.

9. Evidenciado que o Juízo de primeiro grau justificou o fato de a circunstância judicial das circunstâncias do crime ter sido valorada de forma conjunta em relação aos pacientes por se tratar de elementos idênticos a ambos os acusados, não há ofensa à individualização da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena.

10. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer da ordem nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE).

Brasília, 09 de setembro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 288.481 - MT (2014/0030799-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em benefício de **Rafael da Silva Santos e Tassio Rodrigues Carvalho**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Mato Grosso.

Narram os autos que o Juízo de Direito da Vara Única da comarca de Guiratinga/MT condenou os pacientes como incurso nos crimes de roubo circunstanciado às penas de 10 anos e 6 meses de reclusão, no regime inicial fechado, e 277 dias-multa, negado o direito de recorrer em liberdade (fls. 171/205 – Autos n. 31728).

Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus* na colenda Corte de origem, que denegou a ordem (fls. 206/216 – *Habeas Corpus* n. 138.796/2013):

HABEAS CORPUS - IMPETRAÇÃO EM FACE DE SENTENÇA QUE CONDENOU OS PACIENTES E MANTEVE A SEGREGAÇÃO DESTES - SUSCITADA NULIDADE DA DECISÃO SINGULAR - MATÉRIA ATINENTE À APELAÇÃO - WRIT SUBSTITUTIVO DO RECURSO DE APELAÇÃO - INADEQUAÇÃO DO MANDAMUS - VEDAÇÃO AO APELO EM LIBERDADE - ART. 387, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL C/C SÚMULA N. 9 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - MOTIVAÇÃO IDÔNEA - MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA, GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL - PACIENTE QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO DO PROCESSO - FIXADO O REGIME INICIALMENTE FECHADO PARA CUMPRIMENTO INICIAL DA PENA - ORDEM DENEGADA.

Daí a presente impetração, em que se alega constrangimento ilegal consistente na manutenção da condenação dos pacientes pelo crime de roubo circunstanciado.

Aduzem os impetrantes a ocorrência de ofensa ao princípio da correlação, pois a sentença não guarda consonância com a acusação, sendo nula, configurando cerceamento de defesa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Acrescentam que o Ministério Público aditou a denúncia para requerer a condenação dos pacientes por seis crimes de roubo, deixando-se de proceder nova citação, apresentação de defesa e instrução, configurando nulidade absoluta, pois o aditamento realizado pelo *Parquet* configurou alteração substancial a respeito dos fatos imputados.

Argumentam que o fato de o advogado, à época, ter dispensado o prazo de 5 dias para se manifestar em relação ao aditamento não convalida a nulidade, pois os *pacientes simplesmente ficaram sem defesa em relação a mais dois roubos que lhes foram imputados, SEM AO MENOS SEREM CITADOS. Em casos assim, "data venia", cumpre ao fiscal da lei e ao próprio Poder Judiciário coibir a incúria grave que ofenda princípios constitucionais do processo e não tirar proveito dela em nome da celeridade, resposta social ou economicidade* (fl. 4).

Sustentam os impetrantes que a condenação se encontra consubstanciada em provas declaradas nulas pelo próprio judiciário. Aduzem que todo o acervo probatório *é nulo por derivação da prova tomada mediante tortura e invasão de domicílio (sem autorização judicial para tanto), ilícitos já reconhecidos na sentença guerreada* (fl. 6).

Alegam a ocorrência de nulidade, ainda, em razão de reconhecimento pessoal realizado de forma ilegal (fotografias em audiência), pois o reconhecimento fotográfico só é admissível quando não for possível a cognição pessoal e direta, o que não é o caso dos autos.

Aduzem a ocorrência de ilegalidade na dosimetria da pena, uma vez que não houve individualização das condutas dos pacientes, pois o magistrado singular, além de não atentar aos critérios previstos nos arts. 59 e 68 do Código Penal, tomou por base *alegações genéricas e em determinados momentos repetindo texto quando da análise das referidas circunstâncias judiciais* (fl. 10).

Acrescentam que o reconhecimento das nulidades apontadas, por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ensejar a anulação da ação penal, deverá redundar na revogação da prisão cautelar imposta, ante o consequente excesso de prazo.

Postulam, então, a concessão liminar da ordem para que seja declarada a nulidade absoluta da ação penal, revogando-se a prisão preventiva imposta aos sentenciados.

Em 12/2/2014, indeferi o pedido liminar (fls. 221/223).

Prestadas informações pelo Juízo de primeiro grau (fls. 227/251), o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 254/265):

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ART. 157. § 2º, I, II E V, DO CP) SUSCITADAS NULIDADES DO DECRETO CONDENATÓRIO NÃO PODEM SER APRECIADAS. NEGATIVA DE RECURSO EM LIBERDADE. RÉUS PRESOS DURANTE A INSTRUÇÃO DO PROCESSO COMO FORMA DE RESGUARDAR A ORDEM PÚBLICA E GARANTIR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. ART. 312. CPP FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA BASEADA EM ELEMENTOS CONCRETOS. A REAL GRAVIDADE DA CONDUTA PERPETRADA O *MODUS OPERANDI* EMPREGADO E A EFETIVA PERICULOSIDADE DOS PACIENTES DEMONSTRAM A IMPRESCINDIBILIDADE DA MEDIDA CONSTRITIVA IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO *WRIT* E, CASO CONHECIDO, PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 288.481 - MT (2014/0030799-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

De início, observo que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, em recentes decisões, não admitem mais a utilização do *habeas corpus* como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso próprio ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais.

A propósito: HC n. 109.956/PR, Primeira Turma, Ministro Marco Aurélio, DJe 11/9/2012; HC n. 104.045/RJ, Primeira Turma, Ministra Rosa Weber, DJe 6/9/2012; HC n. 114.924/RJ, Ministro Dias Toffoli, DJe 28/8/2012; e HC n. 146.933/MS, Sexta Turma, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 17/11/2011.

Busca a impetração a declaração de nulidade da ação penal e da condenação imposta aos pacientes, ao argumento de: a) ofensa ao princípio da correlação entre acusação e sentença, decorrente de ilegalidade do aditamento à denúncia realizado sem se proporcionar o contraditório e a ampla defesa; b) ilicitude das provas utilizadas para fundamentar a condenação; e c) ausência de individualização das condutas na dosimetria da pena.

Cumprе salientar, desde logo, que sobreveio o julgamento do recurso de apelação interposto pela defesa, ao qual o Tribunal de origem deu parcial provimento, apenas para redimensionar a pena imposta, tendo o julgado recebido a seguinte ementa (fls. 369/392):

APELAÇÃO CRIMINAL – SENTENÇA CONDENATÓRIA - ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO USO DE ARMA, CONCURSO DE PESSOAS E RESTRIÇÃO DE LIBERDADE DAS VÍTIMAS, EM CONCURSO FORMAL – RECURSO DEFENSIVO – 1) PRELIMINAR DE NULIDADE – EMENDA DA INICIAL – AUSÊNCIA DE NOVA CITAÇÃO – INOCORRÊNCIA – DEFESA QUE ABRE MÃO DO PRAZO PREVISTO NO ARTIGO 384, § 2º DO CPP – 2) PRELIMINAR DE NULIDADE POR ILICITUDE DA PROVA – ALEGADA CONDENÇÃO EM PROVAS ILÍCITAS – INOCORRÊNCIA – PROVAS QUE JÁ FORAM EXTIRPADAS NA SENTENÇA PROFERIDA PELO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MAGISTRADO E NÃO UTILIZADAS PARA CONDENÇÃO – PRELIMINARES REJEITADAS. MÉRITO – ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS PARA EMBASAR O ÉDITO CONDENATÓRIO – IMPOSSIBILIDADE – PALAVRA DAS VÍTIMAS EM CONSONÂNCIA COM OS DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS DOS AUTOS – DOSIMETRIA DA PENA – PENA-BASE APLICADA EM 02 (DOIS) ANOS ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM VIRTUDE DE APENAS UMA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL (CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME) – DESPROPORCIONALIDADE NA DOSAGEM DA PENA QUE NÃO ATENDE AOS PRINCÍPIOS REGULARES DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – PENA-BASE REDIMENSIONADA – REDUÇÃO DA FRAÇÃO DO AUMENTO DE PENA NA TERCEIRA FASE EM RELAÇÃO ÀS MAJORANTES – SENTENÇA DE ORIGEM QUE AUMENTA A PENA NOS TERMOS DA SÚMULA Nº 443 DO STJ – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO PARA REDIMENSIONAR A PENA DOS RECORRENTES.

Constando que foi indagada à defesa se queria dispor do prazo previsto no art. 384, § 2º do CPP para se manifestar sobre o aditamento, e tendo esta aberto mão do direito de se manifestar, não há se falar em nulidade da sentença.

Considerando que as provas que a defesa pretende extirpar já foram excluídas na sentença proferida pelo magistrado, e que o édito condenatório se deu por meio de provas colhidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, rejeita-se preliminar de nulidade.

Mérito - No roubo, via de regra praticado na clandestinidade, a palavra das vítimas constitui valioso elemento de prova, de modo que inviável a absolvição pretendida, uma vez que restou satisfatoriamente comprovado o emprego de violência na subtração da *res furtiva*, bem como a autoria delitiva.

Verificada a desproporcionalidade na dosagem da pena, em virtude do patamar de aumento definido na sentença (02 anos acima do mínimo legal para apenas uma circunstância judicial desfavorável), revela-se desarmoniosa com os princípios regulares da razoabilidade e proporcionalidade, devendo ser redimensionada.

Fixada a fração da pena na terceira fase, em harmonia com a Súmula nº. 443 do STJ, (*O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes*), fica inviável a sua reforma.

Poder-se-ia cogitar da prejudicialidade do *writ*, tendo em vista que as alegações trazidas na impetração, em quase sua totalidade, foram objeto de exame pelo Tribunal local em cognição mais ampla (apelação criminal).

No entanto, tendo em vista a importância do tema e a fim de evitar negativa de prestação jurisdicional, hei por bem analisar detidamente as afirmações formuladas na impetração.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em relação à alegada ofensa ao princípio da correlação entre a acusação e a sentença, não vislumbrei constrangimento ilegal apto a justificar a concessão de ordem de *habeas corpus* de ofício.

A denúncia proposta contra os pacientes possui o seguinte teor (fls. 80/83):

[...]

1º Fato

No dia 31 de Março de 2013, por volta das 14:00 hs, na Rua 17, n. 778, Bairro Santa Maria Bertila, nesta comarca de Guiratinga/MT, os denunciados TÁSSIO RODRIGUES CARVALHO, GEDEMAR SEVERINO VIEIRA, RAFAEL DA SILVA SANTOS e MARCOS DIEGO CAMPOS ARAÚJO, agindo previamente ajustados com unidade de desígnios e intenso *animus rem sibi habendi*, subtraíram, para eles próprios, mediante o emprego de grave ameaça - e violência, sendo esta empreendida mediante o uso de arma de fogo, vários aparelhos celulares, 02 televisões, vários cartões de créditos, várias jóias, relógios, documentos de veículos e 01 (um) veículo de propriedade das vítimas MÁRCIO SÉRGIO DOS SANTOS MENDES, JOSÉ HARYOSHI INAGAKI, DALTON MARTINI e GILMAR DOMINGOS MOCELIN.

Consta no Caderno investigativo que no local e data acima mencionados, os denunciados, munidos de arma fogo, adentraram à residência da vítima GILMAR DOMINGOS MOCELIN e o fez, bem como sua família, de reféns.

As tarefas da quadrilha foram divididas da seguinte forma: Tássio e Gedemar, além de indicar a residência onde deveria ser feito o assalto, deram, cobertura à ação dos demais denunciados, ficando do lado de fora da casa prevenindo e alertando os comparsas sobre eventual chegada da polícia.

Enquanto Tássio e Gedemar vigiavam a casa da vítima, Rafael, Marcos Diego e o adolescente Wadson entraram no local do crime, amarraram as seis vítimas que ali estavam e, sempre se valendo de ameaça exercida com uma arma de fogo, a qual era empunhada por Marcos Diego, consumaram a empreitada criminoso em questão.

Com a arma de fogo posta na cabeça do filho de uma das vítimas, estas foram obrigadas a entregar aos denunciados os aparelhos celulares, televisões, cartões de créditos, Jóias, relógios, documentos de veículos e 01 (um), veículo de propriedade da vítima Gilmar.

Vale ressaltar, que fora RAFAEL quem adentrou na residência das vítimas, com a arma em punho e anunciou o assalto, ainda, sempre fazendo ameaças de matar todas as vítimas.

Após a entrega dos objetos, as vítimas foram amarradas e presas no banheiro do interior da residência, oportunidade que, os denunciados empreenderam fuga.

Contudo, após realizar diligências, os policiais localizaram no interior, na residência do denunciando TÁSSIO RODRIGUES CARVALHO, uma das televisões do roubo, bem como várias munições de arma de fogo, momento ao qual fora realizada a prisão em flagrante do denunciando e após



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

interrogatório perante a Autoridade Policial, este passou a confessar o delito de roubo acima mencionado.

Ainda há informações nos autos, da participação de um adolescente conhecido como WADSON SALES LEONEL quanto ao delito de roubo, tendo este, também, realizado ameaças em desfavor das vítimas.

2º Fato

Em data e local não identificados, o denunciado GEDEMAR SEVERINO VIEIRA, agindo consciente e dolosamente, adquiriu em proveito próprio, coisa que sabia ser produto de crime, 01 (uma) motocicleta Honda Fan 125cc, cor preta, PLACA NPM-3596, consoante auto de apreensão de fls. 08.

Restou apurado no vertente caderno investigativo, que na data de 05.04.2013, o denunciado foi flagrado em atitude suspeita, andando de posse da referida motocicleta, pelas ruas de Guiratinga.

Nesta oportunidade, os investigadores de polícia civil, conduziram o denunciado GEDEMAR SEVERINO VIEIRA à Delegacia de Polícia desta Cidade, oportunidade pela qual verificaram que a placa da motocicleta estava adulterada.

Após depoimento prestado perante a Autoridade Policial, o denunciado passou a confessar que adquiriu a motocicleta de TÁSSIO RODRIGUES CARVALHO, sendo esta, produto de um crime de roubo realizado em outra oportunidade, na Cidade de Rondonópolis/MT.

3º Fato

Consta dos autos, em data aproximada à da consecução dos delitos encartados na denúncia, o fato dos denunciados terem alugado uma casa nesta Cidade de Guiratinga, a fim de associarem-se, de forma ou maneira estável, em quadrilha, para o cometimento de diversos crimes, dentre os quais, os aqui narrado.

À luz do exposto e, pelo mais que consta no incluso caderno informativo, o Ministério Público do Estado de Mato Grosso denuncia TÁSSIO RODRIGUES CARVALHO, GEDEMAR SEVERINO VIEIRA, RAFAEL DA SILVA SANTOS e MARCOS DIEGO CAMPOS ARAÚJO, supra qualificados, como incurso nas sanções dos artigos 157, § 2º, incisos I, II e V, e art. 288, parágrafo único, c.c. o artigo 29, todos do Código Penal, em concurso material (art. 69, CP), ainda, denuncio GEDEMAR SEVERINO VIEIRA, como incurso nas sanções dos artigos 180 e 311 do Código Penal Brasileiro; protestando para que, seja recebida e autuada a presente denúncia, procedendo-se, posteriormente, à citação do denunciado para o oferecimento de defesa, instalando-se o devido processo legal, para ao final ser condenado; ouvindo-se as testemunhas adiante indicadas.

[...]

Em audiência ocorrida em 18/6/2013, o Ministério Público entendeu por bem aditar a denúncia para modificar a descrição do primeiro fato delituoso narrado na inicial anteriormente apresentada, nos seguintes termos (fl. 365):

[...]

Dada a palavra ao Promotor de Justiça: MM. Juiz, o Ministério Público do Estado de Mato Grosso, com fulcro no art. 384 do CPP, vem à presença de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

V. Exa. aditar a denúncia de fls. 05-10 dos autos em questão, nos seguintes termos:

No dia 31 de março de 2013, por volta das 14:00h, na Rua 17, nº 778, Bairro Santa Maria Bertila, nesta Comarca de Guiratinga/MT, os denunciados Tássio Rodrigues Carvalho, Gedemar Severino Vieira, Rafael da Silva Santos e Marcos Diego Campos Araújo, agindo previamente ajustados, com unidade de desígnios e intenso *animus rem sibi havendi*, subtraíram, para eles próprios, mediante o emprego de grave ameaça e violência, sendo esta empreendida mediante o uso de arma de fogo, vários aparelhos celulares, 02 televisões, vários cartões de créditos, dinheiro, várias jóias, relógios, documentos de veículos e 01 (um) veículo de propriedade das vítimas Gilmar Domingos Mocellin, Vilma Terezinha Acco Mocellin, Robson Fernando Mocellin, José Haryoshi Inagaki, Dalton Martini e Vilson Santana Costa, mantendo-se os demais termos da denúncia. Quanto às testemunhas que poderia indicar, mantenha-se apenas as já ouvidas, sendo desnecessária novo arrolamento.

[...]

Conforme se vê, o *Parquet* estadual imputou aos pacientes Tássio Rodrigues Carvalho e Rafael da Silva Santos a conduta de subtrair, mediante emprego de arma, concurso de agentes e restrição da liberdade de seis vítimas, diversos objetos pessoais de valor (celulares, jóias, relógios, cartões de crédito etc) pertencentes a seis vítimas, bem como a de associar-se de forma estável e permanente para a prática de crimes.

O Juízo de primeiro grau julgou parcialmente procedente a denúncia para condenar os pacientes apenas como incursos no crime de roubo circunstanciado, nos seguintes termos (fls. 309/321):

[...]

A denúncia imputou aos réus as causas de aumento de pena inseridas no art. 157, § 2º, I, II e V, do CP.

Tocante ao inciso I, "se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma", todas as vítimas confirmaram que o réu Rafael estava portando uma arma de fogo no momento do assalto, motivo pelo qual indiscutível a incidência da causa de aumento.

Sobre o inciso II, "se há o concurso de duas ou mais pessoas", igualmente as vítimas asseveraram que foram 03 (três) elementos que concretizaram o crime, o réu Rafael, um terceiro, identificado como Marcos Diego, e o menor Wadson. De outro modo, tem-se a presença do réu Tássio, ora condenado pelo delito em apreço, havendo, portanto, concurso de pelo menos 04 (quatro) pessoas.

Por fim, atinente ao inciso V, "se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade", as vítimas confirmaram que foram amarrados



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por aproximadamente 03 (três) horas, a fim de que se procedesse o assalto.

É de fundamental importância entender que não é toda privação de liberdade levada a efeito durante a prática do crime de roubo que se consubstanciará na majorante ora citada.

A doutrina tem sinalizado duas situações que permitiriam a incidência da referida causa de aumento, a saber: a) quando a privação da liberdade da vítima for um meio de execução do roubo; b) quando essa mesma privação de liberdade for uma garantia, em benefício do agente, contra a ação policial.

Referida causa de aumento foi introduzida pela Lei nº 9.426/96 como forma de se punir mais severamente o agente de roubo que mantém a vítima em seu poder, restringindo-lhe a liberdade de ir e vir. Assim, ainda que a restrição à liberdade do ofendido seja de curta duração, desde que juridicamente relevante, enseja o acréscimo de pena previsto no §2º do art. 157 do CP.

No caso, segundo se infere do depoimento das vítimas, estas permaneceram com os assaltantes por período considerável de tempo, por aproximadamente 03 (três) horas, e amarradas.

Assim, impõe-se a aplicação da mencionada causa de aumento.

Cabe analisar, agora, o percentual de aumento a incidir no caso concreto, diante do reconhecimento de três causas especiais de aumento, sendo certo que a pena poderá ser aumentada de 1/3 (um terço) até a metade.

Sobre a questão, tenho entendimento de que o critério a ser utilizado para majorar as reprimendas deve ser o qualitativo, ou seja, deve ser levada em conta a gravidade do meio empregado na prática delitiva e não simplesmente o número de majorantes do § 2º, do art. 157, do CP.

Nesse sentido, afirmou o Ministro Hamilton Carvalhido do Superior Tribunal de Justiça em seu voto proferido no HC 85861-SP, j. em 11.03.08, p. 04.08.08:

[...]

In casu, foram 04 (quatro) os agentes que teriam participado da empreitada criminosa, estando um armado, e a privação da liberdade foi por tempo jurídico relevante, por aproximadamente 03 (três) horas, razão pela qual não se pode aplicar o percentual mínimo de aumento, dado o grau de reprovabilidade das circunstâncias acima delineadas.

Desta forma, tenho como razoável o aumento em 2/5 (dois quintos) da pena.

- concurso de crimes.

Sendo a hipótese de 06 (seis) delitos de roubo, no mesmo contexto fático, tem-se a uma única ação, contra vítimas distintas, pois atingidos patrimônios diversos.

Aplica-se a hipótese do art. 70 do CP, primeira parte, segundo a qual "Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade".

Tendo em vista que se adentrou a residência da vítima Gilmar Mocelin para subtrair, de uma forma geral, todo o patrimônio que lá fosse encontrado, não há como lhe atribuir desígnios autônomos quanto à subtração dos bens de cada vítima, pelo que descabida a aplicação do concurso formal impróprio



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no caso vertente, enunciado no art. 70 do CP, segunda parte.

Nesse sentido:

[...]

No que tange ao percentual de aumento, variando este de 1/6 (um sexto) até a metade, deve aludido quantum ser estabelecido conforme a quantidade de crimes praticada, consoante entendimento jurisprudencial prevalente.

Logo, sendo o caso de 06 (seis) crimes de roubo, deve-se major no máximo a reprimenda, ou seja, pela metade da maior pena aplicada.

Delito de quadrilha armada (art. 288, parágrafo único, do CP)

Com relação ao delito de quadrilha armada (art. 288, parágrafo único, do CP), a materialidade não está comprovada nos autos.

Trata-se de crime autônomo, de perigo abstrato, permanente e de concurso necessário, inconfundível com o simples concurso eventual de pessoas.

No caso em tela, não foi comprovada licitamente a consciência e vontade de os agentes organizarem-se em bando ou quadrilha com a finalidade de cometer crimes, sequer foi comprovado os elementos da durabilidade e permanência da associação, requisitos indispensáveis para a configuração de delito.

Segundo o Ministério Público, em sua inicial acusatória, "consta dos autos, em data aproximada à da consecução dos delitos encartados na denúncia, o fato dos denunciados terem alugado uma casa nesta Cidade de Guiratinga/MT a fim de associarem-se, de forma ou maneira estável, em quadrilha, para o cometimento de diversos crimes, dentre os quais, os aqui narrados" (fl. 09).

Pois bem, em princípio, tem-se que nenhuma casa foi alugada em Guiratinga/MT pelos denunciados, fato inclusive retificado pelo Ministério Público em seus memoriais finais à fl. 301, quando afirmou que a residência foi alugada no Município de Rondonópolis/MT, e que o imóvel seria destinado para se estocar produtos de crime.

Esta indicação errônea, por si só, já inviabilizaria um édito condenatório neste momento, à medida que a localização da residência seria fundamental para o exercício da ampla defesa pelos denunciados.

Todavia, tenho como desnecessária a aplicação do instituto da *mutatio libelli*, descrito 110 art. 384 do CPP, uma vez que todas as referências à aludida residência descrita na denúncia e nos memoriais finais foram anuladas na preliminar desta sentença, visto que advindas de prova ilícita. Assim, por mais que realmente os réus houvessem alugado uma casa no Município de Rondonópolis/MT para estocarem produtos de crimes, não havendo provas LÍCITAS neste tocante, não resta demonstrada a materialidade delitiva do crime de quadrilha armada imputado na inicial.

[...]

Como se vê, o magistrado singular, com fundamento nas provas constantes dos autos, condenou os pacientes no crime de roubo triplamente circunstanciado, nos mesmos termos da descrição contida na denúncia, tendo-os absolvido do crime de formação de quadrilha, razão pela qual não se vislumbra



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

divergência entre a acusação e a sentença.

O fato de o Ministério Público ter aditado a inicial acusatória para afastar a vítima Márcio Sérgio dos Santos Mendes e incluir as vítimas Vilma Terezinha Acco Mocellin, Robson Fernando Mocellin e Vilson Santana Costa, resultando a narrativa em seis roubos circunstanciados em concurso formal, não configura nulidade, quando evidenciado que, no mesmo ato, audiência de instrução ocorrida em 18/6/2013, foi oportunizado à defesa manifestar-se e arrolar testemunhas, tendo o advogado dispensado o prazo de 5 dias, deixando para se pronunciar em alegações finais.

Confira-se (fl. 365):

[...]

Dada a palavra ao Promotor de Justiça: MM. Juiz, o Ministério Público do Estado de Mato Grosso, com fulcro no art. 384 do CPP, vem à presença de V. Exa. aditar a denúncia de fls. 05-10 dos autos em questão, nos seguintes termos:

[...]

A defesa dos réus: abriu mão do prazo de 05 (cinco) dias para se manifestar quanto o aditamento, deixando para se manifestar apenas em alegações finais, como também deixaram de arrolar outras testemunhas.

[...]

Assim, não pode a defesa, agora, alegar a nulidade que ela própria ocasionou, pois, nos termos do art. 565 do Código de Processo Penal, *nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse.*

No mesmo sentido:

[...]

PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. ACÓRDÃO QUE TERIA DETERMINADO A RENOVAÇÃO DOS DEPOIMENTOS COLHIDOS SEM A PARTICIPAÇÃO DA DEFESA. INOCORRÊNCIA. ACUSADO QUE TEVE A OPORTUNIDADE DE PLEITEAR A REPETIÇÃO DA PROVA E NÃO O FEZ. INVIABILIDADE DE RECONHECIMENTO DE EIVA COM A QUAL



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONCORREU A PARTE. ARTIGO 565 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. O artigo 565 do Código de Processo Penal preceitua que "nenhuma das partes poderá argüir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse".

2. Não tendo havido a repetição da produção da prova colhida antecipadamente por omissão da defesa, não pode ela, agora, alegar que o acusado foi condenado com base em elementos de convicção reunidos sem a sua presença.

3. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC n. 291.334/SP, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 19/8/2014 – grifo nosso)

No tocante à alegação de que a condenação se encontra consubstanciada em provas declaradas nulas pelo próprio Judiciário, em razão de terem sido contaminadas por aquelas reconhecidamente produzidas mediante tortura e invasão de domicílio, não há como verificar a ocorrência de coação ilegal.

O magistrado singular analisou a preliminar de nulidade das referidas provas, tendo consignado o seguinte (fls. 288/296):

[...]

Preliminarmente, sendo questão que afetará todo arcabouço probatório dos autos, analiso a preliminar de nulidade de algumas provas realizadas durante o inquérito policial.

Asseverou a defesa do réu Tássio que o seu suposto flagrante por porte ilegal de munições restou forjado, uma vez que não portava qualquer munição no momento em que foi preso em Rondonópolis/MT, quando fazia compras no supermercado.

Neste ponto, tenho como pertinente a suspeita lançada.

O Policial Magno Rosa Martins asseverou tanto em inquérito policial (fls. 18-19) como em Juízo (fl. 271), que após o réu Gedemar ter sido preso em flagrante em Guiratinga por receptação e adulteração de sinal identificador de veículo, alegou que o réu Tássio teria participado do assalto ora investigado, pelo que engendrou diligências e descobriu o paradeiro deste último em Rondonópolis, quando então o abordou em um supermercado, de posse de algumas munições, momento em que lhe foi dada voz de prisão em flagrante por porte ilegal de munição.

Entretanto, o depoimento do policial Márcio Sérgio, prestado no inquérito policial à 11. 100 enuncia:

O declarante foi até Rondonópolis, cm companhia dos investigadores Magno Martins Rosa e Reginaldo Negrão, tendo localizado Tássio, que na casa de Tássio foram encontradas dez munições e dois documentos em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nome de Gilmar Mocellin.

Ora, segundo o laudo pericial de fls. 185-188, apenas 10 (dez) munições foram encontradas e levadas à perícia, pelo que, sendo encontradas 10 (dez) munições na casa do investigado, onde estariam as munições encontradas pelo investigador Magno?

De outro modo, o mesmo policial Márcio Sérgio, quando questionado em Juízo à fl. 271, afirmou que se lembrava apenas das munições encontradas na residência do Tássio, não se recordando de munições encontradas com o réu no momento da abordagem.

De acordo com as gravações do sistema interno do supermercado, acostadas às fls. 270, no momento em que o policial Negrão retirou os pertences do acusado Tássio, o policial Márcio Sérgio estava presente, tanto que foi ele quem algemou o denunciado, logo, se houvesse sido encontrada alguma munição naquele momento ele certamente saberia.

Outra imagem gravada na saída do supermercado (fl. 270) mostra o momento em que o policial Negrão entrega os bens apreendido sem posse do acusado Tássio para a Delegada Lígia, não aparentando qualquer destes tratar-se de munição.

Inclusive, tenho como fora dos padrões da lógica, sem qualquer motivo aparente, uma pessoa sair para fazer compras em um supermercado portando munições, sem autorização legal ou regulamentar, pelo que desprovida de qualquer verossimilhança a existência destas munições em poder do réu Tássio naquele momento da abordagem.

Nula, por conseguinte, sua prisão em flagrante e alguns atos que a sucederam, explico.

Após sua prisão em flagrante, motivo utilizado pela polícia para adentrar sua residência, procederam-se buscas na casa de sua namorada Jubertina Lopes da Silva, onde foram encontradas 10 (dez) munições e dois documentos de veículo pertencentes à vítima Gilmar Mocellin, subtraídos no dia do roubo.

Ocorre que, segundo relato da proprietária da residência, esta não teria autorizado a entrada na mesma pela polícia, relatando a abordagem nas seguintes circunstâncias:

Test. Ele (filho) tava deitado no sofá dormindo porque ele tinha levantado cedo, porque tinha ido pra uma prova, dormindo não, deitado lá no sofá vendo televisão, quando já assustou com os policiais já com a arma na cabeça, falando que a casinha tinha caído e que era pra ele deitar no chão.

Adv: a senhora tem conhecimento, a senhora viu no momento em que fizeram as buscas e o que acharam, segundo eles as munições?

Test: não, não estava presente, eu estava no serviço.

Adv: quando a senhora chegou do serviço os policiais estavam dentro de sua casa?

Test: estavam porque eu fui avisada pela vizinhança que estavam espancando muito ele lá e que eu corresse lá porque senão iam matar ele lá de tanto bater, aí eu cheguei lá e constatei realmente o meu filho com uma arma na cabeça deitado no chão e o Tássio também algemado apanhando e quando eu adentrei a delegada também falou pra mim assim, "que eu poderia também ser presa", eu falei presa por que?, ela falou pra mim assim, "se a senhora admitir que a casa é sua", mas eu vou admitir que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a casa é minha porque ele não mora comigo e cadê o seu mandado de busca aqui na minha casa, eu disse "a senhora tem algum mandado", ela me disse para eu não perguntar isso, "se não eu te prendo", aí eu disse "onde que tá a lei", meu filho disse, "mãe cala, mãe cala não fala mais nada, fica quieta", eu peguei fiquei quieta, fiquei sem entender e ela saiu com ele (fl. 271).

Tenho como verossímil parte da aludida declaração, por regras de experiência comum, de que culpados normalmente não se comportam com tanta facilidade com as autoridades policiais para fins de obtenção de provas em seu desfavor. Havendo munições e produtos do crime na residência, não é verossímil que o réu ou sua namorada tenham de livre e espontânea vontade autorizado a revista na residência.

Da mesma maneira procedeu-se com a abordagem em outra casa em que teria sido encontrada a TV produto do roubo, a qual restou averiguada sem mandado judicial.

Nos termos do art. 5º, XI, da Constituição Federal de 1988, *"a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial"*.

In casu, não houve permissão por parte da proprietária da residência para que a mesma fosse averiguada, o que tomam as provas obtidas em seu interior ilícitas.

Outrossim, segundo alertado pela defesa, o réu Tássio sofreu inúmeros abusos em seu interrogatório prestado na fase policial, à medida que, mesmo sua prisão ter se dado pelo período da manhã, seu interrogatório restou formalizado apenas às 19:52h, ou seja, aproximadamente 10 (dez) horas após sua custódia.

Afirmou que durante este tempo o mesmo foi forçado, através de todo tipo de tortura, ou a assinar os fatos descritos pela própria autoridade policial, ou inventar circunstâncias para fins de cessar a tortura.

Não obstante alegações neste teor serem comuns por parte de réus, como forma de invalidar os depoimentos prestados em Delegacia, a situação em que se procedeu a prisão do denunciado, e as circunstâncias que lhe sucederam, levam-me a crer que seu interrogatório não obedeceu os estritos padrões de legalidade.

De acordo com as gravações do circuito interno do supermercado (fl. 270), constata-se as seguintes agressões físicas em face do réu Tássio, o qual não apresentava qualquer periculosidade para os agentes no momento da abordagem: murro no peito, três tapas na cara, dois tapas no peito, nesta seqüência.

Frise-se que parte das agressões foram realizadas mesmo com o réu algemado e em público, na presença de funcionários e clientes do supermercado.

Daí se questiona, se tantas agressões foram realizadas abertamente, despreocupados os agentes policiais com a presença de terceiros, imagine-se o que aconteceu quando o réu estava de portas fechadas na Delegacia com os mesmos que lhe agrediram em público?

A propósito, tem-se o laudo de exame de corpo de delito do réu Tássio juntado à fl. 130, segundo o qual apresentava ofensa à integridade corporal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mediante instrumento contundente, quesitos "a" e "b" do laudo.

Desta forma, em virtude destes fatos, tenho como verossímil a alegação do réu Tássio prestada em Juízo à fl. 271, de que teria prestado seu interrogatório em Delegacia mediante tortura.

No que tange à prova ilícita, enuncia o art. 5º, LVI, da CF/88, "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos".

Igualmente, as demais provas que decorreram do flagrante forjado, busca e apreensão nas duas residências sem mandado judicial, e interrogatório prestado pelo réu Tássio mediante tortura, devem ser extirpadas, visto que ilícitas por derivação, quando não sejam apuradas por fonte independente ou a descoberta seja inevitável.

Nesse sentido:

[...]

Por conseguinte, anulo as seguintes provas colhidas nos autos, as quais não serão consideradas para qualquer fim:

- a) interrogatório do réu Tássio prestado na esfera policial (fls. 39-43);
- b) depoimentos prestados pelos policiais Magno Rosa Martins e Márcio Sérgio dos Santos, apenas na parte que especificam as declarações prestadas pelo réu Tássio no momento de sua prisão e no momento de seu interrogatório na Delegacia (fls. 18-19; 100-101 e CD audiovisual de fl. 271;
- c) documentos e objetos relacionados ao roubo encontrados nas duas residências averiguadas sem mandado judicial (fl. 20);
- d) depoimento prestado por Jubertina Lopes da Silva às fls. 28-29 no inquérito policial.

Ultrapassadas estas questões preliminares, passo a analisar a autoria e materialidade delitivas por crime e por réu.

[...]

O Tribunal de origem, na ocasião do julgamento da apelação ali interposta, entendeu que (fl. 374):

[...]

A segunda preliminar levantada foi em relação à ilicitude da prova derivada da invasão de domicílio e inquirição de Tássio Rodrigues de Carvalho, ainda na fase inquisitorial.

As provas que a defesa pretende extirpar já o foram na sentença proferida pelo magistrado:

"in casu, não houve permissão por parte da proprietária da residência para que a mesma fosse averiguada, o que tornam as provas obtidas em seu interior ilícitas. Outrossim, segundo alertado pela defesa, o réu Tássio sofreu inúmeros abusos em seu interrogatório prestado na fase policial, à medida que, mesmo sua prisão ter se dado pelo período da manhã, seu interrogatório restou formalizado apenas às 19:52h, ou seja, aproximadamente 10 (dez) horas após sua custódia. (...) Por conseguinte, anulo as seguintes provas colhidas nos autos, as quais não serão consideradas par qualquer fim: a) interrogatório do réu Tássio prestado na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

esfera policial (fls. 3943); b) depoimentos prestados pelos policiais Magno Rosa Martins e Márcio Sérgio dos Santos, apenas na parte que especificam as declarações prestadas pelo réu Tássio no momento de sua prisão e no momento de seu interrogatório na Delegacia (fls. 18-19; 100-101 e CD audiovisual de fl. 271); c) documentos e objetos relacionados ao roubo encontrados nas duas residências averiguadas sem mandado judicial (fl. 20); d) depoimento prestado por Jubertina Lopes da Silva às fls. 28-29 *no inquérito policial*." (sic. fls. 394, 395v e 396.). (negritei).

Após a análise pelo magistrado das questões de nulidade, avaliou o mérito à luz dos depoimentos e provas produzidas em juízo, que foram colhidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

De tal forma, rejeito também esta preliminar.

Conforme se vê, as instâncias ordinárias, com base no exame do conjunto fático-probatório constante dos autos, reconheceu a ilicitude de algumas provas e declarou a nulidade daquelas que delas derivaram.

Alcançar conclusão no sentido de que as demais provas dos autos também estão contaminadas pela ilicitude dos elementos declarados nulos pelo magistrado singular demandaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, inviável na via estreita do *habeas corpus*, até porque a impetração não demonstrou, de forma clara e inequívoca, estarem as provas que sustentaram a condenação contaminadas por aquelas declaradas ilícitas pelo Judiciário.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. PREVISÃO CONSTITUCIONAL EXPRESSA DO RECURSO ORDINÁRIO COMO INSTRUMENTO PROCESSUAL ADEQUADO AO REEXAME DAS DECISÕES DE TRIBUNAIS DENEGATÓRIAS DO *WRIT*. DESENTRANHAMENTO DE PROVAS SUPOSTAMENTE ILÍCITAS. INVIABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

[...]

5. No caso, consoante consignado pelo juiz de primeiro grau e pelo Tribunal de origem, a ação penal de que se cuida não tem por embasamento apenas as provas oriundas da busca e apreensão parcialmente declarada ilícita, possuindo, ao contrário, forte material probatório autônomo e diverso daquele repudiado.

6. Não se trata, assim, de mero desentranhamento de provas ilícitas, mas sim de averiguar, no bojo da presente ação penal, quais provas e em que medida estariam eivadas de ilicitude, lembrando que nem o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

magistrado primevo nem o Tribunal Federal enfrentaram tal questão.

7. A providência pleiteada não se compatibiliza com o rito célere e estreito do habeas corpus, mostrando-se inviável o prosseguimento do writ, notadamente se se levar em conta a inexistência de flagrante ilegalidade.

8. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC n. 246.228/SP, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 4/8/2014 – grifo nosso)

Em relação à afirmação de que a condenação se encontra justificada em reconhecimento fotográfico ilegal ocorrido em audiência, não vislumbrei constrangimento ilegal apto a justificar a concessão de *habeas corpus* de ofício.

Primeiro, porque o Tribunal de origem não se manifestou sobre o tema, razão pela qual o conhecimento originário, por este Superior Tribunal, configuraria indevida supressão de instância, vedada pelo ordenamento jurídico pátrio.

Segundo, porque, da atenta análise dos autos, observa-se que o reconhecimento fotográfico não se apresenta como único elemento de convicção do magistrado singular, tendo sido corroborado por outras provas produzidas em juízo, donde se infere a não ocorrência de constrangimento ilegal.

A propósito:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. LATROCÍNIO. ART. 157, § 3º, SEGUNDA PARTE, DO CP. DEFENSORIA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE COMPARECIMENTO EM AUDIÊNCIA. CIÊNCIA PRÉVIA. ADVOGADO AD HOC. AUSÊNCIA DE NULIDADE. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. POSSIBILIDADE. NULIDADE DO FEITO AFASTADA. 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. Comprovado nos autos que, mesmo não tendo comparecido à audiência, a Defesa Pública estava ciente da data aprazada, e tendo sido nomeado defensor *ad hoc* para o recorrente, que participou ativamente da audiência, não há falar em nulidade.

3. Conforme precedentes desta Corte, o reconhecimento fotográfico pode ser valorado em conjunto com outros elementos probatórios, que o reforcem, para o fim de convencimento quanto ao fato criminoso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. *Habeas corpus* não conhecido com relação ao paciente Welson de Souza Caetano e prejudicado com relação ao paciente Fernando Caetano Rosa, em razão de seu falecimento.

(HC n. 29.644/MS, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 1º/9/2014 – grifo nosso)

No que concerne à alegação de ilegalidade na dosimetria da pena, ao argumento de que não houve individualização das condutas dos pacientes e de que o magistrado singular tomou por base *alegações genéricas e em determinados momentos repetindo texto quando da análise das referidas circunstâncias judiciais* (fl. 10), também não se verifica a ocorrência de constrangimento ilegal.

Em primeiro lugar, da detida análise da sentença, observa-se que o magistrado singular considerou como única circunstância judicial desfavorável as circunstâncias do crime, tendo consignado que, como *os seis delitos de roubo realizaram-se nas mesmas circunstâncias fáticas, não divergindo as circunstâncias judiciais em virtude das vítimas, pelo que as penas serão analisadas conjuntamente* (fls. 341 e 347).

Evidenciado que o magistrado singular justificou o fato de a circunstância judicial das circunstâncias do crime ter sido valorada de forma conjunta em relação aos pacientes por se tratar de elementos idênticos a ambos os acusados, não há ofensa à individualização da pena.

Em segundo, porque o Tribunal de origem, na ocasião do julgamento da apelação ali interposta pelo defesa dos pacientes, realizou profunda alteração na quantidade de pena, tendo reduzido a reprimenda-base em 1 ano e 6 meses, por entender excessivo o aumento em razão de apenas uma circunstância judicial considerada desfavorável.

Confira-se (fls. 387/391):

[...]

DA DOSIMETRIA DA PENA

A defesa pretende que a pena-base seja fixada em seu mínimo legal. Para tanto, aduz que " ...os motivos que o magistrado citou na sentença foram os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mesmos do tipo penal..." (fl. 458).

Da análise da dosimetria editada, verifica-se que a juíza de piso ressaltou:

" - *Tássio Rodrigues Carvalho*.

Tenho que os seis delitos de roubo realizaram-se nas mesmas circunstâncias fáticas, não divergindo as circunstâncias judiciais em virtude das vítimas, pelo que as penas serão analisadas conjuntamente.

Em atenção ao enunciado no art. 59 do CP, o delito apresentou culpabilidade normal à espécie, não ultrapassando o juízo de reprovabilidade já previsto no tipo; o réu não é portador de maus antecedentes; poucos elementos foram coletados a respeito da conduta social e personalidade do agente; o motivo dos crimes restringiu-se ao intento de lucro fácil, próprio do tipo; as circunstâncias são extremamente desfavoráveis ao acusado, uma vez que o delito restou premeditado amiúde, com divisão de tarefas entre os autores e partícipes, ousou-se ao invadir uma residência com inúmeras pessoas no local, aumentando potencialmente o risco à incolumidade física dos presentes, as ameaças psicológicas foram extremas, ultrapassando a própria do tipo penal, inclusive pela presença de um suposto menor que alardeava que poderia matar alguém à vontade, vez que nada lhe aconteceria por conta da idade. Igualmente, o fato de um dos réus ter feito uma das vítimas levantar a mão e jurar que não comunicaria à polícia sobre o assalto é algo extremamente reprovável e humilhante; as consequências foram próprias do tipo e as vítimas em nada contribuíram para a ocorrência do crime.

Desta forma, à vista destas circunstâncias analisadas, impõe-se uma resposta penal condizente com a exigência da necessidade e suficiente para reprovação e prevenção dos crimes, consoante determinam os dispositivos norteadores de aplicação da reprimenda penal.

Nestas circunstâncias, fixo a pena-base em 06 (seis) anos de reclusão. (fls. 417/418).

Quanto ao recorrente RAFAEL:

"*Tenho que os seis delitos de roubo realizaram-se nas mesmas circunstâncias fáticas, não divergindo as circunstâncias judiciais em virtude das vítimas, pelo que as penas serão analisadas conjuntamente.*

Em atenção ao enunciado no art. 59 do CP, o delito apresentou culpabilidade normal à espécie, não ultrapassando o juízo de reprovabilidade já previsto no tipo; o réu não é portador de maus antecedentes; poucos elementos foram coletados a respeito da conduta social e personalidade do agente; o motivo dos crimes restringiu-se ao intento de lucro fácil, próprio do tipo; as circunstâncias são extremamente desfavoráveis ao acusado, uma vez que o delito restou premeditado amiúde, com divisão de tarefas entre os autores e partícipes, ousou-se ao invadir uma residência com inúmeras pessoas no local, aumentando potencialmente o risco à incolumidade física dos presentes, as ameaças psicológicas foram extremas, ultrapassando a própria do tipo penal, haja vista a presença de um suposto menor que alardeava que poderia matar alguém à vontade, vez que nada lhe aconteceria por conta da idade. Igualmente, o fato de um dos réus ter feito uma das vítimas levantar a mão e jurar que não comunicaria à polícia sobre o assalto é algo extremamente reprovável e humilhante; as consequências foram próprias do tipo e as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vítimas em nada contribuíram para a ocorrência do crime.

Desta forma, à vista destas circunstâncias analisadas, impõe-se uma resposta penal condizente com a exigência da necessidade e suficiente para reprovação e prevenção dos crimes, consoante determinam os dispositivos norteadores de aplicação da reprimenda penal.

Nestas circunstâncias, fixo a pena-base em 06 (seis) anos de reclusão. "(fls. 420/421).

Quanto às circunstâncias do crime, esta restou devidamente reconhecida, pois, conforme visto acima, bem justificada na sentença penal condenatória, uma vez que levou em consideração aspectos que não são ínsitos ao tipo penal pelo qual foram os recorrentes condenados, as quais notoriamente extrapolam aquelas normais à espécie, sendo, portanto, circunstâncias que denotam maior reprovabilidade da conduta perpetrada, justificando o seu reconhecimento.

Contudo, verifico desproporcionalidade na dosagem da pena, pois o patamar de aumento definido na sentença, qual seja, de 02 (dois) anos acima do mínimo legal para apenas uma circunstância judicial desfavorável, revela-se desarmonioso com os princípios regulares da razoabilidade e proporcionalidade.

Assim, em que pese toda a gravidade da ação delitiva amplamente demonstrada nos autos que, inclusive, encontrou espaço quando do exame da circunstâncias do crime, fica aquém do adequado.

E, nesse passo, no intuito de harmonizar a pena-base com a circunstância do caso em análise é que redimensiono a pena-base para 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão, PARA AMBOS OS RECORRENTES.

Na segunda fase, mantenho a atenuante da confissão espontânea para o apelante TÁSSIO e da menoridade para o apelante RAFAEL, chegando à pena de 04 (quatro) anos de reclusão para ambos os apelantes.

Na terceira fase, a defesa pretende diminuir o percentual de aumento de pena pelas majorantes previstas no artigo 157, § 2º, incisos I, II e V, do CP, para a fração de 1/3.

No presente, a majoração da pena em virtude do reconhecimento das causas de aumento, deve ser levada com base na situação fática dos autos que demonstrasse a necessidade de recrudescer a sanção na terceira fase dosimétrica. O número de circunstâncias de aumento é situação considerada inconcebível para exasperar a pena.

E, nesse sentido, a Súmula nº. 443 do STJ, registra que: "*O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes.*"

In casu, o Juízo de origem fez a seguinte ponderação:

"Cabe analisar, agora, o percentual de aumento a incidir no caso concreto, diante do reconhecimento de três causas especiais de aumento, sendo certo que a pena poderá ser aumentada de 1/3(um terço) até a metade.

Sobre a questão, tenho entendimento de que o critério a ser utilizado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para majorar as reprimendas deve ser o qualitativo, ou seja, deve ser levada em conta a gravidade do meio empregado na prática delitiva e não simplesmente o número de majorantes do § 2º, do art. 157, do CP".

(...)

In casu, foram 04 (quatro) os agentes que teriam participado da empreitada criminosa, estando um armado, e a privação da liberdade foi por tempo jurídico relevante, por aproximadamente 03 (três) horas, razão pela qual não se pode aplicar o percentual mínimo de aumento, dado o grau de reprovabilidade das circunstâncias acima delineadas.

Desta forma, tenho como razoável o aumento em 2/5 (dois quintos) da pena" (fls. 410/411).

Destarte, imperativo concluir acerca da improcedência da pretensão recursal, nesse tocante, uma vez que o número de majorantes previstas no art. 157 do Código Penal, da forma como foi fundamentado pelo juízo de origem autoriza o aumento da fração acima do mínimo legal, conforme dispõe o verbete sumular acima transcrito.

Assim, na terceira fase, mantenho a fração fixada na sentença, em 2/5 (dois quintos), chegando em 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão em desfavor dos recorrentes.

Por fim, diante do concurso formal reconhecido na sentença, mantenho o *quantum* estipulado na sentença, qual seja, de metade, para ambos os recorrentes, *verbis*:

"Haja vista o concurso formal próprio entre os 06(seis) delitos de roubo, consoante acima já destacado, procedo pela metade o aumento da pena imposta..." . (fl. 417 e 421).

Nesse passo, fixo a pena final dos apelantes em 8 (oito) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias e 200 dias-multa.

Mantenho o regime inicial de cumprimento da pena no FECHADO, nos termos da sentença.

[...]

Em face do exposto, **não conheço** da impetração.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0030799-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 288.481 / MT
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0332013 1387962013 31728 332013 3452120138110036

EM MESA

JULGADO: 09/09/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: STALYN PANIAGO PEREIRA E OUTRO
ADVOGADO	: STALYN PANIAGO PEREIRA E OUTRO(S)
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
PACIENTE	: RAFAEL DA SILVA SANTOS (PRESO)
PACIENTE	: TASSIO RODRIGUES CARVALHO (PRESO)
CORRÉU	: GEDEMAR SEVERINO VIEIRA
CORRÉU	: MARCOS DIEGO CAMPOS ARAUJO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE).