



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 354.750 - SP (2016/0109701-7)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DIEGO REZENDE POLACHINI - SP309628
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FÁBIO DA SILVA GUBITOSE

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedente.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

LATROCÍNIO. TENTATIVA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA ROUBO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO *MANDAMUS*. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DO ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

1. A pretendida desclassificação do crime de latrocínio pelo qual o paciente restou condenado para o roubo é questão que demanda aprofundada análise do conjunto probatório produzido em juízo, providência vedada na via estreita do remédio constitucional.

2. No processo penal brasileiro, vigora o princípio do livre convencimento motivado, em que o julgador, desde que de forma fundamentada, pode decidir pela condenação, não se admitindo no âmbito do *habeas corpus* a reanálise dos motivos pelos quais a instância ordinária formou convicção pela prolação de decisão repressiva em desfavor do acusado.

ROUBO CIRCUNSTANCIADO E LATROCÍNIO TENTADO. CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. CRIMES DE ESPÉCIES DISTINTAS.

1. Conforme reiteradas manifestações desta Corte, não há como ser reconhecida a continuidade delitiva entre os crimes de roubo majorado e latrocínio tentado, pois não são delitos da mesma espécie.

DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. FOLHA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. DOCUMENTO IDÔNEO PARA COMPROVAÇÃO. TENTATIVA. FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO. PROPORCIONALIDADE COM O *ITER CRIMINIS* PERCORRIDO. TENTATIVA BRANCA. FRAÇÃO DE REDUÇÃO MÁXIMA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. A jurisprudência dessa Corte tem posicionamento firme no sentido de considerar a folha de antecedentes criminais documento hábil e suficiente para comprovar os antecedentes criminais maculados e a reincidência, dispensando a apresentação de certidão cartorária. Precedentes.
2. De acordo com a jurisprudência desta Corte Superior, a fração de redução da pena decorrente da tentativa guarda relação com a proximidade do momento consumativo. Neste caso, não houve lesão à vítima - tentativa branca - o que implica a incidência da fração máxima de diminuição prevista pelo dispositivo de regência, que é de 2/3.
3. O estabelecimento de fração superior à mínima na terceira fase do cálculo da pena, relativa às hipóteses de roubo circunstanciado depende de fundamentação concreta, não sendo suficiente a simples menção ao número de majorantes, como ocorreu neste caso. Incidência do enunciado sumular n. 443 desta Corte.
3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente para 13 (treze) anos, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 26 de setembro de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 354.750 - SP (2016/0109701-7)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DIEGO REZENDE POLACHINI - SP309628
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FÁBIO DA SILVA GUBITOSE

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI: Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de FÁBIO DA SILVA GUBITOSE contra acórdão proferido pela col. Décima Quarta Câmara Criminal do eg. Tribunal de Justiça de São Paulo.

Em suas razões, o impetrante busca a desclassificação da conduta de latrocínio tentado para roubo. Sustenta que *"não se pode afirmar, mesmo se admitindo que se tratava de arma verdadeira (não há nenhum laudo nos autos), que estivesse carregada e se efetivamente houve disparo picotado"* (e-STJ, fl. 6).

Em relação à dosimetria das penas, postula a redução da pena-base, sustentando que a exasperação ocorreu com base em informações constantes em folha de antecedentes criminais, que, segundo a defesa, não servem para atestar os maus antecedentes por não terem valor de certidão criminal.

A defesa requer, ainda, o reconhecimento de crime continuado, argumentando que *"embora a conduta tenha lesado o patrimônio de mais de uma vítima, não pode ser responsabilizado por dois roubos, uma vez que a pluralidade de sujeitos passivos, no contexto de uma única ação, não pluraliza a figura do roubo. Ainda mais levando-se em conta que uma das vítimas patrimoniais foi uma pessoa jurídica que obteve um prejuízo de R\$ 3,00"* (e-STJ, fl. 17).

Pretende, ainda, o aumento da fração relativa à tentativa, sustentando que percorreu parcela mínima do *iter criminis*, sendo, portanto, de rigor a aplicação da fração máxima de redução.

Ainda no capítulo referente à dosimetria, argumenta que a exasperação de reprimenda em 3/8 na terceira fase não apresenta fundamentação jurídica idônea, porquanto se sustentou apenas no número de majorantes incidentes, sem qualquer outra referência a elementos concretos que demonstrem maior reprovabilidade da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conduta.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ, fls. 124-125).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 136-186).

Em seu parecer, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da impetração e, no mérito, pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 190-198).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 354.750 - SP (2016/0109701-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI: Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105 da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO.

CONCURSO MATERIAL. CONCLUSÃO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS NO SENTIDO DE QUE AS CONDUTAS PRATICADAS TINHAM DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. INVERSÃO DO JULGADO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Supremo Tribunal Federal, por sua primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

(...)

- Habeas corpus não conhecido. (HC 366.638/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 29/08/2016)

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Informam os autos que o paciente foi denunciado pela prática dos crimes previstos nos arts. 157, § 3º, *in fine*, na forma do art. 14, inciso II, do Código Penal, e art. 157, § 2º, incisos I e II, do mesmo diploma legal. De acordo com a inicial acusatória, no dia 5 de março de 2014, o acusado, em companhia de um menor de idade e com emprego de arma de fogo, teria subtraído quantia em dinheiro, pertencente a uma pizzeria, além de uma motocicleta e um telefone celular pertencentes a outra vítima. No



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ato de subtração do dinheiro, o denunciado teria tentado disparar a arma, mas o dispositivo teria falhado, motivo pelo qual o latrocínio não se consumou.

Em razão disso, o ora paciente foi condenado a 20 (vinte) anos, 5 (cinco) meses e 27 (vinte e sete) dias de reclusão, em regime inicial fechado.

O pedido de desclassificação da conduta, de latrocínio tentado para roubo se sustenta no argumento de que não está suficientemente demonstrada a ocorrência do disparo de arma.

Sobre a questão, o eg. Tribunal de origem afirmou que

Realmente, tanto a materialidade (fls. 16/17) quanto a autoria restaram devidamente comprovadas, tendo esta sido amparada nas declarações das vítimas Maria Lúcia Silva Pereira e Edvan dos Santos, as quais narraram o acontecido de forma firme e coerente. Declararam que na data dos fatos o apelante e o menor ingressaram na pizzaria, armados, e anunciaram o assalto; o acusado, após revirar o caixa do estabelecimento, apontou a arma em direção à ofendida Maria e puxou o gatilho, todavia, a mesma falhou e o tiro não saiu; eles subtraíram certa quantia em dinheiro e caixas de pizzas do estabelecimento e a motocicleta de Edvan; acionaram os policiais, os quais lograram êxito em deter o acusado e o adolescente; Edvan reconheceu o apelante e o adolescente, sem sombra de dúvida, como sendo os autores dos crimes (mídia de fls. 88). (e-STJ, fl. 115).

Diante deste panorama fático-processual, a desconstituição do édito repressivo, conforme pretendido no *writ*, demandaria o exame aprofundado do conjunto probatório produzido no feito, providência que é inadmissível na via estreita do *habeas corpus*, mormente pelo fato de que vigora no processo penal brasileiro o princípio do livre convencimento, em que o julgador pode decidir pela condenação, desde que motivadamente.

Com efeito, a estreita via do *habeas corpus* não permite reanalisar as razões e motivos pelos quais as instâncias de origem formaram o seu convencimento, especialmente, como na hipótese, quando são apresentados motivos suficientes para a condenação do paciente pela prática do crime de latrocínio tentado, sendo indubitável que, para se concluir de forma diversa seria imprescindível a realização de exame minucioso do conjunto probatório, providência que é inviável de ser adotada no âmbito do remédio constitucional, diante dos seus estreitos limites cognitivos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. LATROCÍNIO TENTADO. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE FURTO QUALIFICADO. ANIMUS NECANDI RECONHECIDO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO NA VIA ELEITA. (...) WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. No caso, não se observa flagrante ilegalidade a justificar a concessão do habeas corpus, de ofício.

2. Se as instâncias ordinárias, mediante valoração do acervo probatório produzido nos autos, concluíram, de forma fundamentada, pela existência de animus necandi, a análise das alegações concernentes ao pleito de desclassificação demandaria exame detido de provas, inviável em sede de writ.

3. Nos moldes do art. 157 do Código Penal, a violência ou grave ameaça caracterizadoras do crime de roubo poderão ser empregadas antes, durante ou logo após a subtração do bem. Assim, malgrado possa ter o agente iniciado a prática de conduta delitiva sem o uso de violência, se terminar por se valer de meio violento para garantir a posse da res furtivae ou, ainda, a impunidade do delito, terá praticado o crime de roubo, ainda que em sua modalidade imprópria (CP, art. 157, § 1º), não havendo se falar em furto. Além disso, se o resultado morte for alcançado em razão da violência empregada no crime de roubo, seja ele próprio ou impróprio, restará caracterizada a hipótese do § 3º, in fine, do artigo 157 do Código Penal.

(...)

6. Writ não conhecido. (HC 351.548/PE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 10/02/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. LATROCÍNIO TENTADO. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. (...). CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. O habeas corpus, ação constitucional de rito célere e de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cognição sumária, não é meio processual adequado para a análise das teses absolutória e desclassificatória suscitadas pelo impetrante, por demandar necessário reexame do conjunto fático-probatório.

Precedentes.

(...)

4. Habeas corpus não conhecido. (HC 367.854/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 04/10/2016)

Dessa forma, tendo a decisão impugnada asseverado que há provas da ocorrência do delito e da autoria atribuída ao paciente, e apresentado fundamentação idônea e suficiente à manutenção de sua condenação, não há que se falar em desconstituição do édito repressivo, já que inexistente a coação ilegal de que estaria sendo alvo.

Quanto ao reconhecimento de crime continuado, o Colegiado estadual afirmou não ser possível seu reconhecimento, porquanto, embora sejam crimes de mesmo gênero, não são da mesma espécie.

Tal compreensão converge com o entendimento jurisprudencial desta Corte, segundo o qual *"não há como reconhecer a continuidade delitiva entre os crimes de roubo e o de latrocínio porquanto são delitos de espécies diversas, já que tutelam bens jurídicos diferentes."* (AgInt no AREsp 908.786/PB, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 14/12/2016)

No mesmo sentido:

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. ROUBO MAJORADO TENTADO E LATROCÍNIO TENTADO. (...) CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE ROUBO E LATROCÍNIO. IMPOSSIBILIDADE. CRIMES DE ESPÉCIES DIFERENTES. TUTELA DE BENS JURÍDICOS DIVERSOS. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...).

9. No caso dos crimes de roubo majorado e latrocínio, sequer é necessário avaliar o requisito subjetivo supracitado ou o lapso temporal entre os crimes, como fizeram as instâncias ordinárias, porquanto não há adimplemento do requisito objetivo da pluralidade de crimes da mesma espécie. São assim considerados aqueles crimes tipificados no mesmo dispositivo legal, consumados ou tentada, na forma simples, privilegiada ou tentada, e além disso, devem tutelar os mesmos bens jurídicos, tendo, pois, a mesma estrutura jurídica.

Perceba que o roubo tutela o patrimônio e a integridade física (violência) ou o patrimônio e a liberdade individual (grave ameaça);



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por outro lado, o latrocínio, o patrimônio e a vida.

10. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para redimensionar a pena privativa de liberdade do crime de roubo para 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, mantendo-se, no mais, o teor do decreto condenatório. (HC 189.134/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2016, DJe 12/08/2016)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. CRIMES DE LATROCÍNIOS TENTADOS E ROUBO CONSUMADO. DESCLASSIFICAÇÃO DOS DELITOS DE LATROCÍNIO TENTADOS PARA ROUBO. PRESENÇA DE DOLO TANTO NA SUBTRAÇÃO QUANTO NO RESULTADO MORTE. VÍTIMAS ILESAS. IRRELEVÂNCIA. PLEITO DE APLICAÇÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE OS CRIMES DE LATROCÍNIO E ROUBO. DELITOS DE ESPÉCIES DISTINTAS. MODOS DE EXECUÇÃO E BENS JURÍDICOS DIVERSOS. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

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. Uma vez evidenciado que a paciente agiu com dolo, não apenas quanto à subtração, mas também quanto ao resultado morte, resta configurada hipótese de latrocínio tentado, não o desnaturando o fato de as vítimas não terem sofrido lesão corporal. Precedentes.

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, os crimes de roubo e latrocínio, conquanto sejam do mesmo gênero, são de espécies diversas, razão pela qual não há falar em crime continuado, o qual pressupõe, dentre os seus requisitos, a utilização de um mesmo modo de execução, o que não ocorre entre delitos que atentam contra diferentes objetividades jurídicas, quais sejam: patrimônio e integridade física (roubo) e patrimônio e vida (latrocínio). Precedentes.

4. Habeas corpus não conhecido. (HC 212.430/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 15/09/2015)

No que respeita à dosimetria, o Colegiado estadual reformou a sentença, elevando a pena imposta ao acusado com os seguintes fundamentos:

Mantida a pena-base acima do mínimo legal em face dos maus antecedentes, é exasperada em 1/6 (um sexto) pela reincidência, o que perfaz 04 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão.

O aumento de 3/8 (três oitavos) pelas duas causas de aumento de pena (concurso de agentes e emprego de arma de fogo) desmerece reparos, resultando na reprimenda final de 06 (seis)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

anos, 08 (oito) meses e 06 (seis) dias de reclusão.

Latrocínio tentado

O acusado efetuou disparo contra a vítima Maria Lúcia, somente não conseguindo seu intento porque a arma falhou.

A pena-base, portanto, deve ser aquela disposta no art. 157, § 3º, segunda parte, do Código Penal. Assim, seguindo o mesmo critério da r. sentença, é aplicada em 20 (vinte) anos, 08 (oito) meses e 17 (dezessete) dias de reclusão.

O crime somente não se consumou porque a arma falhou. Diante disso, a redução de 1/3 (um terço) pela tentativa se mostrou adequada, o que perfaz a reprimenda final de 13 (treze) anos, 09 (nove) meses e 21 (vinte e um) dias de reclusão.

Os dias-multa, para ambos os crimes, permanecem inalterados. (e-STJ, fls. 119-120).

Quanto ao ponto, sabe-se que a aplicação da pena-base é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o *quantum* ideal de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se pelos fatores relacionados no *caput* do art. 59 do Código Penal.

Em relação à pena-base, a defesa argumenta que o aumento relativo à apreciação negativa dos antecedentes carece de fundamentação idônea, já que os documentos juntados aos autos não se prestam para atestar maus antecedentes por não terem valor de certidão criminal.

Não é essa, porém, a compreensão exarada pela jurisprudência desta Corte que, ao contrário, é firme no sentido de que a folha de antecedentes criminais é documento válido e suficiente para comprovar os maus antecedentes e a reincidência.

Nessa direção, destaco os seguintes julgados:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. AUMENTO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. COMPROVAÇÃO. FOLHA DE ANTECEDENTES. EMPREGO DE ARMA. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E PERÍCIA PARA COMPROVAR O POTENCIAL LESIVO. DESNECESSIDADE. REGIME PRISIONAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.
2. É firme a jurisprudência desta Corte de Justiça "no sentido de que a folha de antecedentes criminais é documento hábil e suficiente a comprovar os maus antecedentes e a reincidência, não sendo, pois, obrigatória a apresentação de certidão cartorária" (HC 175.538/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Quinta Turma, DJe 18/04/2013).
3. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EREsp 961.863/RS, Relator Ministro Gilson Dipp, pacificou o entendimento de que são prescindíveis a apreensão e a perícia da arma para que incida a causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, quando outros meios demonstrarem a sua efetiva utilização na prática delitiva.
4. Na espécie, as instâncias ordinárias determinaram o regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda, consideradas as circunstâncias judiciais desfavoráveis, notadamente a conduta social da acusada e a personalidade voltada para a reiteração de práticas infracionais, além dos péssimos antecedentes criminais, de modo que descabe falar em ofensa à Súmula 440 do Superior Tribunal de Justiça.
5. Habeas corpus não conhecido. (HC 314.831/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2015, DJe 01/09/2015)

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. RÉU QUE OSTENTAVA DUAS CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO À ÉPOCA DOS FATOS SOB APURAÇÃO. BIS IN IDEM NÃO EVIDENCIADO. FOLHA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. DOCUMENTO APTO A COMPROVAR A REINCIDÊNCIA. MAJORAÇÃO DA PENA DE 1/4 PELA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. CARÊNCIA DE FUNDAMENTO CONCRETO PARA AUMENTO SUPERIOR A 1/3 PELA INCIDÊNCIA DA DUAS MAJORANTES DO CRIME DE ROUBO. SÚMULA/STJ 443. WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
2. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade.
3. Não se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

infere manifesta desproporcionalidade na sanção imposta, porquanto a jurisprudência desta Corte admite a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, ficando apenas vedado o bis in idem.

In casu, evidenciada a existência de mais de uma condenação transitada em julgado, tendo havido valoração de títulos distintos na primeira e na segunda fase da dosimetria, não há se falar em bis in idem.

4. No que se refere ao pleito de afastamento da agravante da reincidência, é firme a jurisprudência desta Corte de Justiça "no sentido de que a folha de antecedentes criminais é documento hábil e suficiente a comprovar os maus antecedentes e a reincidência, não sendo, pois, obrigatória a apresentação de certidão cartorária" (HC 175.538/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, Dje 18/4/2013).

5. Este Superior Tribunal de Justiça entende ser admissível a exasperação em 1/4 quando se tratar de réu reincidente específico, como na hipótese em apreço, e, portanto, a pena imposta na segunda etapa da dosimetria não merece reparo. Precedentes.

6. Hipótese na qual a sentença aplicou a fração de 3/8 (três oitavos) para majorar as penas tão somente em razão das duas causas de aumento reconhecidas, sem apoio em elementos concretos do delito.

Forçoso destacar, ainda, que, nos termos da jurisprudência desta Corte, o emprego de arma de fogo, por si só, não justifica aumento superior ao mínimo legal de 1/3 (um terço). Incide, portanto, à espécie o disposto na Súmula 443 desta Corte: "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." 7. Writ não conhecido. Habeas corpus concedido, de ofício, para determinar que o Juízo das Execuções proceda à nova dosimetria da pena, reconhecendo a incidência da fração de aumento de 1/3 pela incidência das duas majorantes do crime de roubo, mantendo-se, no mais, o teor da sentença condenatória. (HC 389.518/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/05/2017, DJe 19/05/2017)

No que tange à redução da pena em face da tentativa, observa-se que o Tribunal *a quo* manteve a fração de 1/3 (um terço), sob a seguinte fundamentação:

O crime só não se consumou porque a arma falhou. Diante disso, a redução de 1/3 (um terço) pela tentativa se mostrou adequada, o que perfaz a reprimenda final de 13 (treze) anos, 9 (nove) meses e 21 (vinte e um) dias de reclusão (e-STJ, fl. 120).

Segundo a doutrina, "quanto mais próximo o agente chegar à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consumação da infração penal, menor será o percentual de redução; ao contrário, quanto mais distante o agente permanecer da consumação do crime, maior será a redução" (GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte Geral. Ímpetus, 2007. p. 263).

Resta incontroverso nos autos que a hipótese é de tentativa branca, já que, conforme o voto condutor do acórdão, a arma falhou. Não há dúvida, portanto, que o objeto material (vida), nesse caso, embora tenha sofrido ameaça, não foi efetivamente alcançado pela conduta delituosa.

E, assim sendo, cumpre anotar que essa Corte Superior, em situações de tentativa branca, tal como a verificada na hipótese, tem aplicado a fração de 2/3 (dois terços), que é a máxima prevista no dispositivo de regência.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. DOSIMETRIA. TENTATIVA CRUENTA. FRAÇÃO DE REDUÇÃO FIXADA EM 1/3. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO PELA PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. POSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. O juízo referente à fração de redução de pena a ser adotada no caso de tentativa de homicídio está relacionado com a proximidade que o iter criminis percorrido pelo agente o deixou do resultado naturalístico almejado, qual seja, a morte da vítima. Em razão dessa orientação, para os casos de tentativa branca, em que a vítima não sofre lesões significativas, este Sodalício vem decidindo pela pertinência da aplicação da redução pela tentativa na sua fração máxima, de 2/3. Precedentes.

3. Tendo em que vista que, na hipótese dos autos, os atos de execução ultrapassaram o estágio inicial, tratando-se de tentativa cruenta, uma vez que o agente disparou seis tiros na direção da vítima, sendo que três deles a atingiram, causando-lhes lesões corporais (em ombro, perna e mão) que, felizmente, não atingiram nenhum órgão vital, não se mostra manifestamente ilegal a fração de diminuição adotada pelo acórdão impugnado, de 1/3.

4. A utilização de uma das qualificadoras do homicídio como circunstância judicial desfavorável para fins de elevação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena-base justifica a fixação do regime prisional mais gravoso.

5. Habeas corpus não conhecido. (HC 180.590/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe 23/02/2016)

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. CRIME DE TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO, COMETIDO MEDIANTE RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA (ART. 121, § 2.º, IV DO CÓDIGO PENAL). PACIENTE PARTICIPOU DA EMPREITADA CRIMINOSA COMO MOTORISTA DO ATIRADOR. TENTATIVA BRANCA OU INCRUENTA. AUSÊNCIA DE LESÕES. DIVERSOS DISPAROS DE ARMA DE FOGO. MÁ PONTARIA. ITER CRIMINIS NÃO CONCLUÍDO. REDUÇÃO NA FRAÇÃO MÁXIMA DE 2/3 (DOIS TERÇOS). PRECEDENTES. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - Acompanhando o entendimento firmado pela 1.ª Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus n. 109.956, julgado em 07.08.2012, de relatoria do Excelentíssimo Ministro Marco Aurélio, a 5.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir o uso do writ como substitutivo de recurso ordinário. Entretanto, nos casos de habeas corpus impetrados antes da modificação dessa jurisprudência, tem-se admitido o conhecimento de eventual ilegalidade flagrante de ofício.

II - O entendimento desta Corte evoluiu para não mais se admitir o manejo do habeas corpus em substituição ao recurso próprio, bem assim como sucedâneo de revisão criminal. Precedentes.

III - É fato incontroverso nos autos que a vítima não foi atingida pelos disparos de arma de fogo, o que demonstra tentativa branca ou incruenta de homicídio qualificado.

IV - A 5.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça tem orientação firmada no sentido de que no crime de homicídio, em que a vítima não é atingida por circunstâncias alheias à vontade do agente, escapando ilesa ou sem graves lesões, o iter criminis percorre seu estágio inicial, o que impõe a fixação da redução pela tentativa em sua fração máxima de 2/3 (dois terços). Precedentes.

V - A pena do Paciente foi reduzida de 8 (oito) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, para 4 (quatro) anos em regime aberto. A previsão de regime integralmente fechado, previsto no art. 2.º, § 1.º, da Lei n. 8.072/1990, foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do HC 82.959/SP.

VI - A alegação de prescrição não merece acolhida. Não houve entre os marcos interruptivos da prescrição o transcurso do prazo previsto no art. 109, IV, do Código Penal.

VII - Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para redimensionar a pena, nos termos do voto. (HC 265.189/RJ, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 03/02/2014)

HOMICÍDIOS. TENTATIVA BRANCA. PERCENTUAL DE REDUÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DA PENA. PATAMAR MÁXIMO.

- 1. De acordo com a jurisprudência desta Corte Superior, o percentual de redução da pena decorrente da tentativa guarda relação com a proximidade do momento consumativo.*
- 2. No caso, embora os agentes tenham efetuado vários disparos de arma de fogo, certo é que nenhum dos projéteis atingiram as vítimas - tentativa branca -, devendo a pena ser reduzida no percentual máximo (2/3).*
- 3. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp 1167481/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2012, Dje 14/09/2012).*

Merece reparo, também, a fração relativa às majorantes do crime de roubo. Pela leitura do voto condutor, verifica-se que a fração de 3/8 (três oitavos) foi estabelecida apenas em razão do número de majorantes (no caso, duas), conforme o trecho a seguir:

O aumento de 3/8 (três oitavos) pelas duas causas de aumento de pena (concurso de agentes e emprego de arma de fogo) desmerece reparos, resultando na reprimenda final de 06 (seis) anos, 08 (oito) meses e 06 (seis) dias de reclusão (e-STJ, fl. 120).

Verifica-se, da leitura do excerto supra, que a fração de aumento da pena foi agravada apenas se considerando a quantidade de majorantes imputadas ao sentenciado e, assim decidindo, as instâncias de origem malferiram o disposto no Enunciado Sumular n.º 443 desta Corte Superior, a saber:

"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".

Desta feita, deve-se utilizar o critério subjetivo, por ser mais favorável aos réus e obedecer ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF).

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. EXASPERAÇÃO DA PENA EM PATAMAR SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL SEM FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA N. 443 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. PENA APLICADA INFERIOR A 8 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. REINCIDÊNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

2. O STJ consagrou entendimento de que o recrudesimento da pena na terceira fase da dosimetria alusiva ao delito de roubo majorado, em fração mais elevada que 1/3 (um terço), demanda fundamentação concreta, não se afigurando idônea a simples menção ao número de majorantes. Nesse diapasão, a Súmula n. 443 desta Corte.

In casu, as instâncias ordinárias, na terceira fase da dosimetria da pena cominada ao paciente, limitaram-se a assinalar que, constatadas três circunstâncias - emprego de arma, concurso de agentes e restrição de liberdade da vítima -, cabível a majoração no patamar de 5/12, fração superior ao mínimo legal previsto no § 2º do art. 157 do Código Penal - CP, que é de 1/3 (um terço).

(...)

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente, referente ao delito de roubo circunstanciado, tornando-a definitiva em 5 anos e 4 meses de reclusão, mais o pagamento de 14 dias-multa, mantendo-se, no mais, o acórdão recorrido.

(HC 353.211/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 02/09/2016)

HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, I E II, DO CÓDIGO PENAL. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. MAJORANTES. QUANTUM DE ACRÉSCIMO. SÚMULA N.º 443 DESTA CORTE. ILEGALIDADE MANIFESTA. . NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. Inexiste ilegalidade na dosimetria da pena-base se instâncias de origem apontam motivos concretos para a fixação das penas patamar estabelecido. Em sede de habeas corpus não se afere o quantum aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório.

3. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, o acréscimo requer 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. Ilegalidade flagrante.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente para 8 (oito) anos, 9 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, mais 153 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 359.004/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/08/2016, DJe 08/09/2016)

Desse modo, configurado o constrangimento ilegal deduzido, impõe-se a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concessão da ordem, pois não se apontou justificativa que permitisse a fração escolhida pelo Tribunal impetrado, devendo, portanto, ser reduzida ao patamar legal mínimo de $1/3$ (um terço).

Procedendo-se à nova dosimetria, tem-se que, quanto ao crime de roubo, a reprimenda básica foi exasperada em $1/6$ (um sexto), perfazendo 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, devendo assim ser mantida a pena nesta fase.

Não há circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem consideradas na segunda etapa da dosimetria.

Na terceira fase do cálculo da pena referente ao roubo circunstanciado, o aumento relativo às majorantes deve ficar no patamar mínimo de $1/3$ (um terço), ficando, assim, a reprimenda final em 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.

Quanto ao delito de latrocínio tentado, preserva-se inalterada a pena-base, fixada em 20 (vinte) anos, 8 (oito) meses e 17 (dezessete) dias de reclusão. Não há agravantes ou atenuantes a serem consideradas na segunda etapa. Na terceira fase, reduzo a pena em razão da tentativa em $2/3$, o que resulta em 6 (seis) anos, 10 (dez) meses e 25 (vinte e cinco) dias. Em razão do concurso material de crimes, as penas são somadas, resultando em **13 (treze) anos, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão**, mantendo-se os demais termos do acórdão.

Ante o exposto, não conheço do *mandamus*, concedendo, contudo a ordem de ofício, a fim de redimensionar a pena nos termos acima delineados.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0109701-7

HC 354.750 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00200856620148260050 200856620148260050

EM MESA

JULGADO: 26/09/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DIEGO REZENDE POLACHINI - SP309628
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FÁBIO DA SILVA GUBITOSE

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.