



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 504.245 - SP (2019/0105378-5)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DANIELE CRISTINA DO NASCIMENTO SILVA PICHININ -
SP316106
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PETERSON DE SOUZA ABONISIO

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO TENTADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL AFASTADA. AUMENTO DA FRAÇÃO DA TENTATIVA. MATÉRIAS QUE DEMANDAM O REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE MÍNIMO LEGAL E CIRCUNSTÂNCIA DO CASO CONCRETO (ART. 33, §§ 2º E 3º, CP). **WRIT** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, “o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita” (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves**, DJU de 11/4/2005).

III - consoante entendimento firmado por esta Corte, o valor do bem subtraído pode servir para exasperar a pena-base, quando resultar em grande prejuízo à vítima, por extrapolar a elementar do tipo penal de roubo, sendo, pois, fundamento idôneo a justificar o desvalor da conduta. **Na hipótese**, consta dos autos que a vítima impediu o roubo do seu veículo ao entrar em luta corporal com o réu, auxiliado posteriormente por populares. Dessa forma, como a ação não resultou em prejuízo material para a vítima, pois a mesma permaneceu de imediato com o seu veículo, entendo que não foi extrapolado a elementar do tipo do roubo, devendo ser afastado o aumento operado pelo v. acórdão impugnado na pena-base com esse fundamento, redimensionamento da reprimenda na primeira fase da dosimetria.

IV - o Código Penal, em seu art. 14, inciso II, adotou a teoria objetiva quanto à punibilidade da tentativa, pois, malgrado semelhança subjetiva com o crime consumado,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diferencia a pena aplicável ao agente doloso de acordo com o perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Nessa perspectiva, a jurisprudência desta Corte adota critério de diminuição do crime tentado de forma inversamente proporcional à aproximação do resultado representado: quanto maior o **iter criminis** percorrido pelo agente, menor será a fração da causa de diminuição. No caso em apreço, a Corte local aplicou a redução pela tentativa em 1/3 (um terço), tendo em vista o **iter criminis** percorrido pelo agente, não se cogitando desproporcionalidade a ser sanada. De mais a mais, a modificação desse patamar demandaria incursão no **conjunto fático-probatório dos autos**, o que não se coaduna com a via estreita do **writ**.

V - No tocante ao regime prisional, sendo o paciente primário, fixada a pena-base no **mínimo legal** e considerada como **favoráveis todas as circunstâncias judiciais** do art. 59 do Código Penal, o regime inicial **semiaberto** mostra-se mais adequado para o resgate da reprimenda **no presente caso**, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido. **Ordem concedida, de ofício**, apenas para afasta a circunstância judicial desfavorável da primeira fase da dosimetria e fixar a pena-base no mínimo legal, bem como estabelecer o regime inicial **semiaberto**, mas sem qualquer reflexo no **quantum** de pena estabelecido pelo v. acórdão impugnado, ou seja, **3 (três) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais pagamento de 8 (oito) dias-multa**, mantidos os demais termos da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Brasília (DF), 16 de maio de 2019 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 504.245 - SP (2019/0105378-5)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DANIELE CRISTINA DO NASCIMENTO SILVA PICHININ -
SP316106
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PETERSON DE SOUZA ABONISIO

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de pedido liminar, deduzido em sede de **habeas corpus**, impetrado em favor de PETERSON DE SOUZA ABONISIO contra acórdão prolatado pelo **eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da apelação criminal n. 0002281-65.2017.8.26.0540.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado como incurso nas sanções do art. 157, parágrafo 2º, inciso II, combinado com o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, à pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 8 (oito) dias-multa.

Irresignada, a acusação interpôs recurso de apelação ao Tribunal de origem, que deu provimento ao apelo, para aumentar a pena ao patamar de 3 (três) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 8 (oito) dias-multa, nos termos do acórdão juntado às fls. 258-268, com a seguinte ementa:

"APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO QUALIFICADO - RECURSO MINISTERIAL - FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL, REDUÇÃO DA PENA PELA TENTATIVA NO PATAMAR MÍNIMO E ESTABELECIMENTO DO REGIME INICIAL FECHADO - ACOLHIMENTO - Considerando que as circunstâncias e conseqüências do crime extrapolaram aquelas inerentes ao tipo penal, indicando maior reprovabilidade da conduta do acusado, de rigor a Fixação da pena-base acima do mínimo legal. Réu que percorreu quase inteiramente o "iter criminis", ensejando a redução da pena pela tentativa no patamar mínimo. Tendo o réu praticado o roubo, mediante violência e grave ameaça às vítimas, em concurso de agentes, em via pública, revelando ousadia e periculosidade, necessária a fixação do regime fechado para início do cumprimento das penas. Recurso provido."

Contra o julgado, a defesa opôs embargos de declaração, os quais foram



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

rejeitados. Eis a ementa:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - REEXAME DE QUESTÕES JÁ DECIDIDAS - NÃO CABIMENTO. Incabíveis os embargos de declaração visando o reexame de questões sobre as quais já houve pronunciamento, ainda que sob o argumento de prequestionamento da matéria, já que os embargos têm por finalidade a eliminação de ambigüidade, omissão, obscuridade ou contradição, nos termos do artigo 619 do CPP. Inexistentes tais vícios, impossível o acolhimento da pretensão. Embargos rejeitados."

No presente **writ**, o impetrante aduz que houve violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, na primeira etapa dosimetria da pena, ao argumento de que não houve fundamentação idônea a justificar a exasperação da pena-base.

Igualmente, alega que: *"É sabido que o quantum de redução deve ser aferido a partir da análise do iter criminis percorrido. No caso concreto o réu foi impossibilitado de continuar na empreitada quando adentrava no veículo e ainda se posicionava, tendo em vista ter sido impedido por populares quando se posicionava ao volante, e por isso sequer conseguiu ligar o automóvel. Tal raciocínio foi aplicado pelo d. magistrado sentenciante, o qual reduziu a pena na fração de 1/2. Demonstra-se mais razoável, portanto, o restabelecimento da diminuição em metade."*

Além disso, sustenta que houve afronta aos enunciados das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n. 440 desta Corte Superior, ao argumento de que o regime inicial de cumprimento de pena foi fixado com base na gravidade abstrata do crime praticado.

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja afastada a exasperação da pena-base, seja restabelecido a redução na fração de 1/2 (metade) em virtude da tentativa e seja fixado o regime inicial menos gravoso para início de cumprimento da pena.

O pedido liminar foi **indeferido** às fls. 321-323.

Informações prestadas às fls. 328-329.

O Ministério Público Federal, às fls. 349-356, manifestou-se pela inadmissão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do **writ** e descabimento da concessão da ordem, de ofício. Eis a ementa do parecer:

"PENAL e PROCESSUAL PENAL. Habeas corpus com pedido liminar substitutivo do recurso próprio. Não cabimento. Roubo circunstanciado. Exasperação da pena-base. Elevado valor do bem. Fundamentação idônea. Entendimento em consonância com a jurisprudência do STJ. Quantum de redução da pena pela tentativa. Critério do iter criminis observado. Fixação de regime mais gravoso em razão de elementos concretos extraídos dos autos. Circunstância judicial desfavorável. Inexistência de ilegalidade flagrante. Inadmissão do writ e descabimento da concessão de uma ordem ex officio" (fl. 349).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 504.245 - SP (2019/0105378-5)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DANIELE CRISTINA DO NASCIMENTO SILVA PICHININ -
SP316106
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PETERSON DE SOUZA ABONISIO

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS**
SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO
CABIMENTO. ROUBO TENTADO.
DOSIMETRIA. PENA-BASE NO MÍNIMO
LEGAL. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO
INIDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL
AFASTADA. AUMENTO DA FRAÇÃO DA
TENTATIVA. MATÉRIAS QUE DEMANDAM O
REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO.
REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. RÉU
PRIMÁRIO. PENA-BASE MÍNIMO LEGAL E
CIRCUNSTÂNCIA DO CASO CONCRETO (ART.
33, §§ 2º E 3º, CP). **WRIT** NÃO CONHECIDO.
ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, “o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita” (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Esteves, DJU de 11/4/2005).

III - consoante entendimento firmado por esta Corte, o valor do bem subtraído pode servir para exasperar a pena-base, quando resultar em grande prejuízo à vítima, por extrapolar a elementar do tipo penal de roubo, sendo, pois, fundamento idôneo a justificar o desvalor da conduta. **Na hipótese**, consta dos autos que a vítima impediu o roubo do seu veículo ao entrar em luta corporal com o réu, auxiliado posteriormente por populares. Dessa forma, como a ação não resultou em prejuízo material para a vítima, pois a mesma permaneceu de imediato com o seu veículo, entendo que não foi extrapolado a elementar do tipo do roubo, devendo ser afastado o aumento operado pelo v. acórdão impugnado na pena-base com esse fundamento, redimensionamento da reprimenda na primeira fase da dosimetria.

IV - o Código Penal, em seu art. 14, inciso II, adotou a teoria objetiva quanto à punibilidade da tentativa, pois, malgrado semelhança subjetiva com o crime consumado, diferencia a pena aplicável ao agente doloso de acordo com o perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Nessa perspectiva, a jurisprudência desta Corte adota critério de diminuição do crime tentado de forma inversamente proporcional à aproximação do resultado representado: quanto maior o **iter criminis** percorrido pelo agente, menor será a fração da causa de diminuição. No caso em apreço, a Corte local aplicou a redução pela tentativa em 1/3 (um terço), tendo em vista o **iter criminis** percorrido pelo agente, não se cogitando desproporcionalidade a ser sanada. De mais a mais, a modificação desse patamar demandaria incursão no **conjunto fático-probatório dos autos**, o que não se coaduna com a via estreita do **writ**.

V - No tocante ao regime prisional, sendo o paciente primário, fixada a pena-base no **mínimo legal** e considerada como **favoráveis todas as circunstâncias judiciais** do art. 59 do Código Penal, o regime inicial **semiaberto** mostra-se mais adequado para o resgate da reprimenda **no presente caso**, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido. **Ordem concedida, de ofício**, apenas para afasta a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstância judicial desfavorável da primeira fase da dosimetria e fixar a pena-base no mínimo legal, bem como estabelecer o regime inicial **semiaberto**, mas sem qualquer reflexo no **quantum** de pena estabelecido pelo v. acórdão impugnado, ou seja, **3 (três) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais pagamento de 8 (oito) dias-multa**, mantidos os demais termos da condenação.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

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

Inicialmente, cumpre asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, *“o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita”* (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves**, DJU de 11/4/2005).

Transcrevo, para melhor delimitar a **quaestio**, os seguintes trechos do v. acórdão impugnado, quanto à dosimetria da pena do delito de roubo tentado:

“No tocante às penas aplicadas, contudo, a sentença merece reparo.

Na primeira fase da dosimetria, por entender não serem desfavoráveis ao réu as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, o MMº. Juiz sentenciante fixou a pena-base no mínimo legal, em 04 anos de reclusão, mais pagamento de 10 dias-multa,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no valor unitário mínimo. Todavia, embora não conste dos autos condenações com trânsito em julgado em desfavor do acusado, sendo certo que condenações não definitivas, inquéritos policiais e processos em andamento, extintos ou suspensos não podem ser considerados como maus antecedentes ou como evidência de má personalidade, conforme Súmula 444 Superior Tribunal de Justiça, que dispõe: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”; **as circunstâncias e consequências do crime extrapolaram aquelas inerentes ao próprio tipo penal e indicam maior reprovabilidade da conduta do acusado, por se tratar de roubo de veículo, bem de elevado valor que resultaria em demasiado prejuízo à vítima. Assim, atendendo ao pleito ministerial, fixo a pena-base 1/6 acima do mínimo legal, em 04 anos e 08 meses de reclusão, mais pagamento de 11 dias-multa, no valor unitário mínimo.**

Na segunda fase, presentes as circunstâncias atenuantes da confissão espontânea e da menoridade relativa (fls. 21), reduzo as penas ao piso legal, uma vez que tais circunstâncias não podem diminuir a pena aquém do mínimo legal, nos termos da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir a pena abaixo do mínimo legal”.

Já na terceira etapa, reconhecida a forma tentada do delito, reduziu-se a pena em 1/2, considerado o “iter criminis” percorrido.

Nesse ponto, contudo, o apelo ministerial também comporta provimento, uma vez que a redução em 1/2 não se mostrou adequada, tendo em vista que o réu foi detido quando já havia abordado as vítimas, empregado a violência e a grave ameaça, bem como se apoderado do bem, iniciando a ignição para empreender fuga em poder dele, sendo que, se não fosse pela rápida ação do ofendido Alexandre, o delito teria se consumado. Dessa forma, percorrido quase inteiramente o “iter criminis”, a redução deve se dar no patamar mínimo de 1/3, perfazendo, agora, 02 anos e 08 meses de reclusão e pagamento de 06 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Convém mencionar, neste ponto, que, em Juízo, ambas as vítimas foram uníssonas no sentido de que o acusado já estava sentado no veículo, com a chave na ignição e esterçando o volante para empreender fuga. Cumpre mencionar, a propósito, que não se vislumbra nos autos qualquer razão para que elas procurassem incriminar falsamente o réu.

Ainda nessa fase, tendo em vista a causa de aumento (concurso de agentes), o magistrado corretamente majorou as penas em 1/3, resultando as reprimendas, agora, em 03 anos, 06 meses e 20 dias de reclusão e pagamento de 08 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Em relação à fixação do regime inicial semiaberto, a sentença igualmente merece reparo, tal como pleiteado pelo Ministério Público.

De fato, diferentemente do disposto na sentença monocrática, o regime inicial para o cumprimento da pena não pode ser outro, que não o fechado, pois, apesar de o réu ser primário e não ter maus antecedentes, cometeu crime de singular gravidade: roubo mediante violência e grave ameaça às vítimas, em concurso de agentes, em via pública, sendo certo que, ao tentar se evadir com o veículo, uma das vítimas e os cachorros delas ainda estavam no interior do carro, o que gera grande



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

insegurança social e, muitas vezes, tem consequências verdadeiramente trágicas, demonstrando ousadia e destemor, tudo a evidenciar a necessidade da fixação de regime mais gravoso que o semiaberto, sendo adequada, portanto, a fixação do regime inicial fechado.

A propósito: “Roubo majorado. Condenação do réu ao cumprimento da pena em regime inicial fechado. Fixação do regime fechado para o crime de roubo em razão da gravidade do crime, que exige tratamento mais rigoroso, a despeito da primariedade e menoridade relativa do agente.

Possibilidade. Apelo improvido. (536095920118260050 SP 0053609-59.2011.8.26.0050, Relator: Nelson Fonseca Junior, Data de Julgamento: 02/08/2012, 10ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 08/08/2012)” **Consigne-se, portanto, que o regime inicial fechado não está sendo fixado em razão da quantidade de pena, tampouco da gravidade abstrata do delito, mas das circunstâncias concretas em que praticados o crime em questão, reveladoras da necessidade da imposição de regime mais gravoso, para fins de repressão e prevenção**” (fls. 25-28, grifei).

Nesse compasso, consoante entendimento firmado por esta Corte, o valor do bem subtraído pode servir para exasperar a pena-base, quando resultar em grande prejuízo à vítima, por extrapolar a elementar do tipo penal de roubo, sendo, pois, fundamento idôneo a justificar o desvalor da conduta.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. PERÍCIA. DESNECESSIDADE. NULIDADE DO JULGAMENTO. NÃO OCORRÊNCIA. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. CULPABILIDADE E CIRCUNSTÂNCIAS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ANTECEDENTES. OFENSA À SÚMULA N. 444 DO STJ. NÃO OCORRÊNCIA. CONSEQUÊNCIAS. PREJUÍZO À VÍTIMA. TERCEIRA FASE. SÚMULA N. 443 DO STJ. DESRESPEITO. REGIME INICIAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

5. De acordo com a jurisprudência desta Corte, 'a elevação da pena-base encontra-se devidamente justificada, a exemplo das consequências do delito, haja vista o elevado prejuízo causado à vítima, mostrando-se a reprimenda, tal qual fixada no acórdão, proporcional às circunstâncias concretas do caso' (HC n. 342.327/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe 8/6/2016).

[...]

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ofício, para reduzir as penas dos pacientes" (HC n. 370.412/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe de 21/10/2016).

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

[...]

ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ARTIGO 157, § 2º, INCISOS I E II DO CÓDIGO PENAL). DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AVALIAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER RECONHECÍVEIS DE PLANO. ILEGALIDADE NÃO CONSTATADA.

[...]

2. Na hipótese, a elevação da pena-base encontra-se devidamente justificada, a exemplo das consequências do delito, haja vista o elevado prejuízo causado à vítima, mostrando-se a reprimenda, tal qual fixada no acórdão, proporcional às circunstâncias concretas do caso.

[...]

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de reduzir a pena para 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses, de reclusão, e pagamento de 13 (treze) dias-multa" (HC n. 342.327/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 08/06/2016).

Na hipótese, consta dos autos que a vítima impediu o roubo do seu veículo ao entrar em luta corporal com o réu, auxiliado posteriormente por populares. Dessa forma, como a ação não resultou em prejuízo material para a vítima, pois a mesma permaneceu de imediato com o seu veículo, entendo que não foi extrapolado a elementar do tipo do roubo, devendo ser afastado o aumento operado pelo v. acórdão impugnado na pena-base com esse fundamento, redimensionamento da reprimenda na primeira fase da dosimetria.

Por outro lado, o Código Penal, em seu art. 14, inciso II, adotou a teoria objetiva quanto à punibilidade da tentativa, pois, malgrado semelhança subjetiva com o crime consumado, diferencia a pena aplicável ao agente doloso de acordo com o perigo de lesão ao bem jurídico tutelado.

Nessa perspectiva, a jurisprudência desta Corte adota critério de diminuição



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do crime tentado de forma inversamente proporcional à aproximação do resultado representado: quanto maior o **iter criminis** percorrido pelo agente, menor será a fração da causa de diminuição.

No caso em apreço, a Corte local aplicou a redução pela tentativa em 1/3 (um terço), tendo em vista o **iter criminis** percorrido pelo agente, não se cogitando desproporcionalidade a ser sanada. De mais a mais, a modificação desse patamar demandaria incursão no **conjunto fático-probatório dos autos**, o que não se coaduna com a via estreita do **writ**.

Nesse sentido:

"PENAL. LATROCÍNIO TENTADO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA ROUBO CIRCUNSTANCIADO. RECONHECIMENTO DA PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. AUMENTO DA FRAÇÃO DA TENTATIVA. MATÉRIAS QUE DEMANDAM O REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VEDADO EM RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, porquanto em sintonia com a jurisprudência pacífica do STJ.

2. Incabível o exame dos pleitos de desclassificação do delito de latrocínio tentado para roubo circunstanciado, reconhecimento de participação de menor importância e aumento da fração referente à tentativa, pois, para se afastar a conclusão das instâncias ordinárias, seria necessário o revolvimento do conjunto probatório, o que não é vedado em sede de recurso especial pela Súmula 7/STJ. Precedentes.

3. Agravo regimental improvido" (AgRg no REsp n. 1.550.472/AL, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 23/10/2017).

"CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TENTATIVA DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE ACIMA DO PISO LEGAL MANTIDA. MAUS ANTECEDENTES. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. SÚMULA 545/STJ. MANIFESTAÇÃO DO RÉU VALORADA NA FORMAÇÃO DO JUÍZO CONDENATÓRIO. AUMENTO DA FRAÇÃO DE REDUÇÃO PELA TENTATIVA. CRITÉRIO DO ITER CRIMINIS PERCORRIDO OBSERVADO. ÓBICE AO REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO NA VIA ELEITA. REGIME PRISIONAL FECHADO. DESPROPORCIONALIDADE. PRIMARIEDADE DO RÉU. WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a condenação por crime anterior à prática delitiva, com trânsito em julgado posterior à data do crime sob apuração, malgrado não configure reincidência, enseja a valoração negativa da circunstância judicial dos antecedentes, justificando a exasperação da pena-base. Precedentes.

3. Nos moldes da Súmula 545/STJ, a atenuante da confissão espontânea deve ser reconhecida, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, quando a manifestação do réu for utilizada para fundamentar a sua condenação, o que se infere na hipótese dos autos.

4. O Código Penal, em seu art. 14, II, adotou a teoria objetiva quanto à punibilidade da tentativa, pois, malgrado semelhança subjetiva com o crime consumado, diferencia a pena aplicável ao agente doloso de acordo com o perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Nessa perspectiva, a jurisprudência desta Corte reconhece o critério de diminuição do crime tentado de forma inversamente proporcional à aproximação do resultado representado: quanto maior o iter criminis percorrido pelo agente, menor será a fração da causa de diminuição.

5. Considerando que as instâncias ordinárias reconheceram ser cabível a redução da pena pela tentativa em 1/3 devido ao iter criminis percorrido, maiores incursões acerca do tema demandariam revolvimento fático-probatório, o que é inadmissível na via eleita.

6. De acordo com a Súmula 440/STJ, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito". De igual modo, as Súmulas 718 e 719 do STF, prelecionam, respectivamente, que "a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada" e "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

7. Estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, por ter sido desfavoravelmente valorada circunstância do art. 59 do CP, admite-se a fixação de regime prisional mais gravoso do que o indicado pelo quantum de reprimenda imposta ao réu.

8. Malgrado tenha a pena-base sido estabelecida acima do mínimo legal, tratando-se de réu primário, ao qual foi imposta pena inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, sem que nada de concreto tenha sido consignado de modo a justificar o recrudesimento do meio prisional de desconto da reprimenda, impõe-se reconhecer a proporcionalidade do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime prisional semiaberto.

9. *Writ não conhecido e habeas corpus concedido, de ofício, para estabelecer a pena de 3 (três) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto, e o pagamento de 8 (oito) dias-multa" (HC n. 361.054/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 02/05/2017).*

Passo ao redimensionamento da pena:

Na **primeira fase**, afastada a circunstância judicial desfavorável, fixo a pena-base no mínimo legal de 4 (quatro) anos de reclusão, mais pagamento de 10 (dez) dias-multa. Na **segunda etapa**, presente a circunstância atenuante da confissão espontânea e da menoridade relativa, a pena permanecerá no patamar anteriormente fixado, ante o óbice da Súmula nº 231 desta Corte Superior. No **último estágio**, conservo a fração redutora de 1/3 (um terço) pela tentativa, bem como a fração de 1/3 (um terço) pela majorante do concurso de agente, estabelecendo a reprimenda definitivamente em 3 (três) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais pagamento de 8 (oito) dias-multa.

No tocante ao regime prisional, sendo o paciente primário, fixada a pena-base no **mínimo legal** e considerada como **favoráveis todas as circunstâncias judiciais** do art. 59 do Código Penal, o regime inicial **semiaberto** mostra-se mais adequado para o resgate da reprimenda **no presente caso**, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

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

Conduto, **concedo a ordem, de ofício**, apenas para afasta a circunstância judicial desfavorável da primeira fase da dosimetria e fixar a pena-base no mínimo legal, bem como estabelecer o regime inicial **semiaberto**, mas sem qualquer reflexo no **quantum** de pena estabelecido pelo v. acórdão impugnado, ou seja, **3 (três) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais pagamento de 8 (oito) dias-multa**, mantidos os demais termos da condenação.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0105378-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 504.245 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00022816520178260540 22816520178260540

EM MESA

JULGADO: 16/05/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO DANIELE CRISTINA DO NASCIMENTO SILVA PICHININ - SP316106
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	PETERSON DE SOUZA ABONISIO

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.