



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 564980 - SP (2020/0056048-1)

**RELATOR** : MINISTRO RIBEIRO DANTAS  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
THIAGO GOES CAVALCANTI DE ARAUJO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : FABIO JOSE SILVA DE LIMA OLIVEIRA (PRESO)  
**CORRÉU** : LEA DE ASSIS VICENTE  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

### DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de **FÁBIO JOSÉ SILVA DE LIMA OLIVEIRA**, com pedido de liminar, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 11 anos e 8 meses de reclusão, no regime inicial fechado, além do pagamento de 6 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 3º, parte final, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal.

Irresignada, a defesa apelou à Corte local, que negou provimento ao recurso, nos moldes da seguinte ementa:

"Latrocínio tentado - Sentença - Análise de todas as questões colocadas nos autos - Desnecessidade de menção expressa a todas as o teses - Reconhecimento de participação efetiva da ré no crime - Nulidade - Inocorrência;

Latrocínio tentado - Réus presos em flagrante na posse da *res furtiva* - Negativas isoladas nos autos - Palavras da vítima - Prova segura - Condenação mantida;

Latrocínio tentado - Agentes que praticaram juntos a subtração - Disparos de arma contra a vítima - Resultado morte que só não se consumou porque a arma falhou - Desclassificação para roubo ou furto, com reconhecimento da participação de menor importância - Impossibilidade - Condenação mantida;

Latrocínio tentado - Negativa de uso da violência - Atenuante da confissão - Inocorrência - Delito que se aproximou da consumação - Arma que falhou após disparos - Redução máxima - Impossibilidade - Regime correto - Recurso improvido." (e-STJ, fl. 46)

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (e-STJ, fls. 56-60).

Neste *writ*, a impetrante alega, em síntese, que: a) o paciente confessou os fatos na fase policial e judicialmente, porém não foi reconhecida em seu favor a atenuante da confissão espontânea; b) a fração de redução pelo reconhecimento da tentativa deveria ser de 2/3, uma vez que se tratou de "tentativa branca", "ou seja, o *iter criminis* percorrido foi mínimo" (e-STJ, fl. 9).

Pleiteia, assim, a concessão da ordem a fim de que a pena do paciente seja redimensionada, com o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea e a redução pela tentativa na fração de máxima, estendendo-se os efeitos dessa última parte à corrê.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ, fl. 86).

O Ministério Público Federal opinou pela concessão do *habeas corpus* (e-STJ, fls. 92-100).

**É o relatório.**

Decido.

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.

Ainda, no que tange à dosimetria, a individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Destarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e dos critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

Feitas tais considerações, passo à análise dos fundamentos do *writ*, de forma a aferir a eventual ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão da ordem de ofício.

Acerca da negativa de incidência da atenuante da confissão espontânea, está inscrito na sentença e no acórdão ora impugnado, respectivamente:

"Na segunda fase, ante a reincidência do réu (fls. 02/13 do apenso de F.A.), aumento a pena em 1/6, perfazendo em 23 (vinte e três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 11 (onze) dias -multa. Destaco que a confissão do réu não foi plena e objetivou desclassificar o delito de latrocínio para o delito de roubo, bem como afastar a autoria da ré." (e-STJ, fl. 30)

"[...] não era mesmo o caso de reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, na medida em que as palavras do réu não revelaram sinceridade, ao contrário, procurou atenuar os efeitos da sentença condenatória negando a participação efetiva na violência exercida contra a vítima. Dessa forma, se não demonstrou intenção de colaborar com a Justiça, não há como fazer incidir a atenuante genérica." (e-STJ, fls. 52-53)

Conforme se observa, a atenuante ora pleiteada deixou de ser reconhecida pelas instâncias ordinárias em razão da confissão ter sido parcial, apenas quanto à subtração dos bens.

Contudo, nos moldes da Súmula 545/STJ, a atenuante da confissão espontânea deve ser reconhecida, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, seja ela judicial ou extrajudicial, e mesmo que o réu venha a dela se retratar, quando a manifestação for utilizada para fundamentar a sua condenação, como no presente caso.

A fim de corroborar tal entendimento, os seguintes precedentes:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONFISSÃO PARCIAL. ATENUANTE CONFIGURADA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RÉU MULTIRREINCIDENTE. COMPENSAÇÃO PARCIAL. DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. ART. 563 DO CPP. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVOS REGIMENTAIS NÃO PROVIDOS.1. Se a confissão do acusado foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, deve incidir a atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal, sendo irrelevante o fato de a confissão ter sido espontânea ou não, total ou parcial, ou mesmo que tenha havido posterior retratação. Inteligência da Súmula n. 545 do STJ.2. Não é possível realizar a compensação integral entre a confissão e a reincidência, ante a multirreincidência do réu.3. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que o reconhecimento de nulidade, relativa ou absoluta, exige a indicação em tempo oportuno e a demonstração do prejuízo, a teor do art. 563 do Código de Processo Penal.4. 'A pena-base deve ser sempre fixada dentro das balizas estabelecidas pelo legislador, sendo defeso ao Juiz, mesmo quando as circunstâncias judiciais do art. 59 forem favoráveis ao réu, fixá-la abaixo do limite mínimo previsto na norma penal incriminadora' (REsp n. 212.237/GO, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, 5ª T., DJ 5/3/2001).5. Agravos regimentais não providos." (AgInt no REsp 1661261/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 3/8/2017, DJe 10/8/2017, grifou-se);

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. CONFISSÃO PARCIAL UTILIZADA COMO ELEMENTO DE CONVICÇÃO PELO MAGISTRADO. REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL. CIRCUNSTÂNCIAS IGUALMENTE PREPONDERANTES. ERESP N. 1.154.752/RS. SÚMULA N. 545/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente. 2. A confissão parcial do réu configura a atenuante do art. 65, III, d, do Código Penal quando utilizada na formação da convicção do Magistrado. Nesse sentido: HC n. 337.662/RJ, Relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 01/08/2016. Súmula n. 545 do Superior Tribunal de Justiça - STJ. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para compensar a reincidência com a confissão espontânea, redimensionando a pena do paciente para 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, além do pagamento de 14 dias-multa, mantidos os demais termos do decreto condenatório." (HC 393.104/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 30/6/2017, grifou-se).

E mais, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.341.370/MT, em 10/4/13, a Terceira Seção firmou o entendimento de que, observadas as especificidades do caso concreto, "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência". Recentemente, em 11/10/17, no julgamento do Habeas Corpus 365.963/SP, firmou a jurisprudência no sentido que a especificidade da reincidência não obstaculiza sua compensação com a atenuante da confissão espontânea.

No caso em testilha, o acórdão impugnado noticia a existência de apenas um título condenatório valorado na segunda fase como reincidência, o que possibilita a compensação integral entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência.

No que toca à terceira fase da dosimetria, observa-se que a Magistrada sentenciante aplicou e o Tribunal de origem manteve a redução da pena na fração de 1/2 sob a seguinte fundamentação:

"Na terceira fase, nos termos do artigo 14, inciso II, do Código Penal, atentando-se ao 'iter criminis' percorrido pelo acusado, diminuo em 1/2 a pena aplicada.

Analizando a dinâmica dos fatos, conclui-se que o revólver não funcionou quando acionado o gatilho, o que evitou o seu disparo e a consumação do delito." (e-STJ, fl. 30)

"Em seguida, foi bem aplicada a redução de 1/2 pela tentativa, uma vez que percorreram parte considerável do *iter criminis*, pois subtraíram os pertences da vítima, após o que Fábio efetuou os disparos, que somente não a atingiram porque a arma falhou." (e-STJ, fl. 53)

Sobre o tema, pode-se afirmar que, quanto mais perto o agente chegar da consumação da infração penal intentada, menor será o percentual de redução relativo à tentativa; no contrário, quanto mais distante o resultado pretendido pelo agente, maior será a redução.

Resta incontroverso nos autos que a hipótese é de tentativa branca, já que, conforme consignado nas instâncias ordinárias, a arma falhou e não chegou a efetuar nenhum disparo. Não há dúvida, portanto, que o bem jurídico (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.

Para corroborar, citam-se os seguintes julgados:

"*HABEAS CORPUS*. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO. [...] 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. 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." (HC 354.750/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 26/09/2017, DJe 06/10/2017) (grifou-se);

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. LATROCÍNIO. TENTATIVA INCRUENTA. MINORANTE. FRAÇÃO DE 2/3. SÚMULA 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Em se tratando de tentativa incruenta ou branca, em que a vítima não chegou a ser atingida por disparos, é aplicável a fração máxima de 2/3.

2. Tratando-se de matéria eminentemente de direito, que prescinde de reexame fático-probatório, não é aplicável a Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1.555.102/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 04/11/2016);

"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 criminoso 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 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)

À vista do acima exposto, passo à nova dosimetria da pena do paciente.

Partindo da pena-base fixada em 20 anos de reclusão e 10 dias-multa, na segunda fase reconheço a atenuante da confissão espontânea e compenso tal circunstância com a agravante da reincidência, permanecendo a pena no mesmo patamar de 20 anos de reclusão e 10 dias-multa.

Na terceira fase, aplico a fração de 2/3 de redução pelo reconhecimento da tentativa, totalizando a reprimenda 6 anos e 8 meses de reclusão e 3 dias-multa.

Tomando por base o disposto no art. 580 do CPP, os efeitos da impetração no que toca à tentativa devem se estender à corré **LÉA DE ASSIS VICENTE**, pelo que refaço a sua dosimetria.

Partindo da pena intermediária fixada em 20 anos de reclusão e 10 dias-multa, na terceira fase aplico a fração de 2/3 pela redução de pena relativa à tentativa, totalizando a reprimenda 6 anos e 8 meses de reclusão e 3 dias-multa.

Quanto ao regime inicial de cumprimento da pena, tendo em vista a condição de reincidente do paciente, fica mantido o regime inicial fechado.

Por fim, quanto à corré **LÉA DE ASSIS VICENTE**, reduzida sua pena para patamar inferior a 8 anos de reclusão, cuidando-se de ré primária e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, fixo o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.

Ante o exposto, **não conheço** do *writ*, mas **concedo** *habeas corpus*, de ofício, com o fim de reduzir a pena imposta ao paciente para 6 anos e 8 meses de reclusão, mais o pagamento de 3 dias-multa, mantido o regime inicial fechado. Com fulcro no art. 580 do CPP, estendo os efeitos da impetração à corré **LÉA DE ASSIS VICENTE**, reduzindo sua pena definitiva para 6 anos e 8 meses de reclusão e fixando, para esta, o regime inicial semiaberto.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 01 de abril de 2020.

Ministro Ribeiro Dantas

Relator