

01/09/2015

PRIMEIRA TURMA

**HABEAS CORPUS 100.903 SÃO PAULO**

<b>RELATOR</b>	<b>: MIN. MARCO AURÉLIO</b>
<b>REDATOR DO ACÓRDÃO</b>	<b>: MIN. EDSON FACHIN</b>
<b>PACTE.(S)</b>	<b>: LUCIANO SOARES</b>
<b>IMPTE.(S)</b>	<b>: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO</b>
<b>COATOR(A/S)(ES)</b>	<b>: RELATOR DO HC Nº 131.038 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA</b>

EMENTA: *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO PENAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Não se conhece de *habeas corpus* impetrado em face de condenação transitada em julgado. Eventual irresignação deve ser atacada por meio de revisão criminal.

2. *Habeas corpus* não conhecido.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em não conhecer da impetração, nos termos do voto do Senhor Ministro Edson Fachin, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio.

Brasília, 1º de setembro de 2015.

Ministro **EDSON FACHIN** - Redator p/ o acórdão

**01/09/2015**

**PRIMEIRA TURMA**

**HABEAS CORPUS 100.903 SÃO PAULO**

<b>RELATOR</b>	<b>: MIN. MARCO AURÉLIO</b>
<b>REDATOR DO ACÓRDÃO</b>	<b>: MIN. EDSON FACHIN</b>
<b>PACTE.(S)</b>	<b>: LUCIANO SOARES</b>
<b>IMPTE.(S)</b>	<b>: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO</b>
<b>COATOR(A/S)(ES)</b>	<b>: RELATOR DO HC Nº 131.038 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA</b>

**RELATÓRIO**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Adoto, como relatório, as informações prestadas pelo assessor Dr. Marcos Paulo Dutra Santos:

O paciente foi condenado pelo Juízo da 5ª Vara Criminal da Comarca da Capital/SP, no Processo nº 050.06.069878-0, a cinco anos e quatro meses de reclusão em regime fechado e 13 dias-multa, ante a prática do crime versado no artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal (roubo circunstanciado pelo emprego de arma).

Em apelação, a defesa sustentou que a vítima não o reconheceu. Reportou-se à captura do réu imediatamente após o fato, salientando não ter havido a posse pacífica do bem. Apontou a impossibilidade da configuração do delito de roubo mediante a utilização de arma de brinquedo. Alfim, pretendeu: a absolvição por insuficiência de provas, a reclassificação do crime para roubo tentado e o afastamento da causa de aumento

**HC 100903 / SP**

de pena. A 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao recurso.

A Defensoria Pública estadual formalizou o *Habeas Corpus* nº 131.038/SP no Superior Tribunal de Justiça. Repetiu os pleitos alusivos à desclassificação do roubo para a modalidade tentada e ao afastamento da causa de aumento concernente à arma. A ordem foi parcialmente deferida, reduzindo-se a sanção a quatro anos de reclusão e dez dias-multa, bem como afastando-se a causa de aumento de pena ante a ausência de potencialidade lesiva do artefato.

Neste *habeas*, a Defensoria Pública alega constrangimento ilegal decorrente do pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça. Busca o reconhecimento da tentativa, por ter sido o paciente detido imediatamente após o fato. Reitera a argumentação anteriormente expendida. Argui a necessidade de reconhecimento do roubo tentado, mencionando a detenção do paciente logo depois do ocorrido, conjugada à recuperação integral dos bens subtraídos.

O Ministério Público Federal opina pelo indeferimento da ordem.

Instada a pronunciar-se sobre o interesse na sequência do *habeas*, a impetrante pronunciou-se positivamente ( folha 37 a 41).

Em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 5 de agosto de 2015, contatou-se que a execução da pena ainda está em andamento.

Lancei visto no processo em 21 de agosto de 2015, liberando-o para ser examinado na Turma a partir de 1º de setembro seguinte, isso objetivando a ciência da impetrante.

É o relatório.

**HC 100903 / SP**

01/09/2015

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 100.903 SÃO PAULO

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR):

ROUBO – MONITORAMENTO – TENTATIVA – CONFIGURAÇÃO. O roubo é tentado quando, desde o início da prática, tem-se o monitoramento do agente por quem o capturou na posse precária e momentânea dos bens.

O paciente encontra-se preso, ante implemento da pena, e a eventual concessão da ordem reconhecendo-se a tentativa de roubo importará na redução da sanção, podendo conduzir à extinção da punibilidade pelo cumprimento integral.

Não ignoro o entendimento, sedimentado no Supremo, que associa o momento consumativo do roubo e do furto à inversão da posse do bem subtraído, sendo suficiente a verificação de que, cessada a clandestinidade ou a violência, o agente tenha logrado a posse da coisa, ainda que retomada logo em seguida. Nesse sentido, cito os *Habeas Corpus* nº 94.243/SP, relator ministro Eros Grau, julgado pela Segunda Turma em 31 de março de 2009, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 14 de agosto seguinte, e nº 114.328/SP, relator ministro Dias Toffoli, apreciado por esta Turma em 23 de abril de 2013, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 7 de junho subsequente.

Nesse último, votei vencido, porquanto, logo após a subtração do bem, com violência, houve a perseguição e a detenção dos acusados. O veículo ocupado acabou colidindo com automóveis que estavam estacionados. Diante desse contexto, não havendo ocorrido a posse pacífica da coisa subtraída, consignei ter-se mostrado tentado o crime.

Idêntica problemática foi examinada pela Turma, em 6 de março de 2012, no *Habeas Corpus* nº 98.162, relatora ministra Cármen Lúcia, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 20 de setembro subsequente. A

**HC 100903 / SP**

vítima teve retirado o celular e o agente foi perseguido de forma imediata por populares, sendo abordado por um policial. Concluí, vencido, que o caminho criminoso não havia sido inteiramente percorrido, não ultrapassando a esfera tentada.

À luz da orientação que vem sendo adotada pelo Supremo, praticamente se eliminou a tentativa nos crimes de roubo e furto. Na visão da maioria, desapossada a vítima, consumado estará o delito, mesmo que o agente seja perseguido imediatamente após a subtração, culminando-se na prisão e recuperação integral dos bens, cenário em que, nem por breve instante, chegou a ter a posse desvigiada da coisa. A tentativa fica restrita aos casos nos quais, por resistência do próprio ofendido ou de terceiro, o agente não consiga retirar-lhe os pertences. Assim não concebo os fatos, porque implica olvidar a razoabilidade situar a perseguição ao agente, imediatamente após a subtração, na fase de exaurimento do crime. Tal conclusão destoa do senso comum e, não por acaso, distancia-se do que sempre se lecionou no Brasil acerca do tema. Cito, a título exemplificativo, Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de Direito Penal*, parte especial, volume I, 1987, p. 290; Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, volume VII, 1955, p. 58; Luiz Regis Prado, *Comentários ao Código Penal*, 4ª edição, p. 564; Julio Fabbrini Mirabete, *Código Penal Interpretado*, 1999, p. 951; Guilherme de Souza Nucci, *Código Penal Comentado*, 8ª edição, p. 725; Rogério Greco, *Código Penal Comentado*, 2008, p. 640; Weber Martins Batista, *O furto e o roubo no direito e processo penal*, p. 220; Celso Delmanto, *Código Penal Comentado*, 6ª edição, p. 350; Álvaro Mayrink da Costa, *Direito Penal, Parte Especial*, 5ª edição, 2003, p. 694. Para todos, o roubo consuma-se quando o agente logra tirar a coisa da esfera de proteção da vítima e passa, ainda que por pouco tempo, a desfrutar de posse tranquila. Não é razoável que praticamente toda a doutrina nacional mereça tamanha glosa.

A existência do roubo impróprio sinaliza a impossibilidade de dissociar a consumação da posse desvigiada do bem pelo agente, ainda que breve, porquanto naquele se tem, primeiro, a subtração, seguida da

**HC 100903 / SP**

violência ou grave ameaça para assegurá-la (artigo 157, § 1º, do Código Penal). Se o mero desapossamento importasse consumação, desapareceria a tentativa no roubo impróprio, o que seria descabido, por se tratar de crime material. O Supremo, no Recurso Extraordinário nº 103.301, relator ministro Rafael Mayer, julgado pela Primeira Turma em 29 de outubro de 1985, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 22 de novembro subsequente, assentou a possibilidade de tentativa no roubo impróprio quando, ultimada a subtração, o agente é capturado, após tentar valer-se de violência ou grave ameaça ou, surpreendido, desfaz-se da coisa para fugir. Vincula-se a consumação à posse desvigiada, mesmo que por curto espaço temporal.

O Direito é uma ciência. Não cabendo o afastamento das balizas, sob pena de afronta à organicidade. É o que ocorre ao se projetar para o roubo próprio as premissas fixadas quanto ao impróprio.

Mas o Supremo dá mostras de desconforto com a posição, equivocada, que resolveu abraçar, vindo a mitigá-la.

A Turma, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 104.593, relator ministro Luiz Fux, em 8 de novembro de 2011, acórdão publicado em 5 de dezembro subsequente, assentou que, apesar do desapossamento da coisa pelo agente, deve-se reconhecer o crime tentado, e não o consumado, quando a ação é monitorada, desde o início, pelos responsáveis pela captura. A Segunda Turma revelou idêntico entendimento no *Habeas Corpus* nº 88.259/SP, relator ministro Eros Grau, julgado em 2 de maio de 2006, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 26 seguinte.

A situação retratada enquadra-se nessa óptica.

Na denúncia formalizada, o Ministério Público explicita que “(...) a testemunha Manoel presenciou os fatos e saiu em perseguição ao denunciado, ao mesmo tempo em que a vítima solicitou auxílio de Policiais Militares. Ato contínuo, a testemunha Manoel e os Policiais localizaram o indiciado na Rua Rodo, ainda nas proximidades. Na revista pessoal foram encontrados em poder do indiciado os objetos subtraídos e uma pistola de brinquedo(...)”.

A atuação do paciente vinha sendo monitorada pelo vigilante

**HC 100903 / SP**

Manoel – testemunha que perseguiu-o até alcançá-lo, reavendo os bens subtraídos. Não há como reconhecer a consumação do roubo, ante a ausência de posse minimamente pacífica e o fato de ter sido a ação acompanhada por quem capturou o agente.

Defiro a ordem, desclassificando o roubo para a modalidade tentada, devendo o Juízo da execução aplicar a fração de redução adequada à espécie. É como voto.



01/09/2015

PRIMEIRA TURMA

**HABEAS CORPUS 100.903 SÃO PAULO**

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN** - Senhora Presidente, eminente Relator, esta matéria, como se depreende, advém de uma circunstância em que já se está diante de um trânsito em julgado, ou seja, há condenação transitada em julgado. Portanto me parece claramente que o **habeas corpus**, nesta hipótese, pode ser considerado em substituição à revisão criminal. E, se assim não fosse, seria um **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário.

Daí por que, com a devida vênia, opino pelo não conhecimento como preliminar.

01/09/2015

PRIMEIRA TURMA

**HABEAS CORPUS 100.903 SÃO PAULO**

VOTO

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Também eu, pelo não conhecimento, Presidente. No meu caso, porque considero-o substitutivo de agravo regimental, por ter sido impetrado contra decisão monocrática da Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Ela havia concedido parcialmente a ordem para reduzir a pena aplicada, excluindo a majorante do emprego de arma, e contra essa decisão monocrática dela é que foi impetrado o **habeas corpus**.

De modo que, enfim, produzindo o mesmo resultado de não conhecimento, eu estou acompanhando a divergência do Ministro Fachin.

Eu devo dizer que não concedo a ordem de ofício, porque não entendi caracterizada a tentativa. Portanto é uma divergência de fundo, porque acho que a recuperação da **res furtiva** se deu por ação da autoridade policial algum tempo depois do fato.

**01/09/2015**

**PRIMEIRA TURMA**

**HABEAS CORPUS 100.903 SÃO PAULO**

**VOTO**

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE)** - É nesse ponto que eu foco para, pedindo todas as vênias ao Ministro Marco Aurélio, acompanhar a divergência aberta pelo Ministro Luiz Edson e não conceder a ordem de ofício. Entendo que esta questão, a distinção entre roubo e tentativa de roubo, o momento da consumação, enseja alguma divergência doutrinária e mesmo jurisprudencial. Então não poderia qualificar o decidido como uma teratologia ou manifesta ilegalidade para concessão da ordem de ofício.

Por isso, pedindo vênias a Sua Excelência, o Relator, eu acompanho a divergência.



**PRIMEIRA TURMA**

**EXTRATO DE ATA**

**HABEAS CORPUS 100.903**

PROCED. : SÃO PAULO

**RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO**

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. EDSON FACHIN

PACTE.(S) : LUCIANO SOARES

IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO HC Nº 131.038 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**Decisão:** Por maioria de votos, a Turma não conheceu da impetração, nos termos do voto do Senhor Ministro Edson Fachin, Redator para o acórdão, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, Relator. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Luiz Fux. Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber. 1ª Turma, 1º.9.2015.

Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Roberto Barroso e Edson Fachin. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Luiz Fux.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Carmen Lilian Oliveira de Souza  
Secretária da Primeira Turma