



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 317.405 - SP (2015/0040969-4)**

**RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**  
**IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**ADVOGADO : LAURA SARTI CORTES - DEFENSORA PÚBLICA**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE : CAIQUE CAETANO AGUIAR (PRESO)**

### **EMENTA**

*HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. CONFISSÃO PARCIAL. ATENUANTE CONFIGURADA. ARMA DE FOGO NÃO APREENDIDA. PERÍCIA. POTENCIAL LESIVO. PRESCINDIBILIDADE. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIO QUANTITATIVO. REGIME INICIAL. GRAVIDADE ABSTRATA. IMPOSSIBILIDADE. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

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 que tenha havido posterior retratação.

2. Nas hipóteses em que a arma não foi apreendida e periciada e, via de consequência, não foi comprovado o seu efetivo poder vulnerante, cumpre salientar que a Terceira Seção deste Superior Tribunal, quando do julgamento dos EREsp n. 961.863/RS, de relatoria do Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), e Relator para acórdão o Ministro Gilson Dipp, DJe 6/4/2011, firmou o entendimento de que, para a incidência da causa especial de aumento prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, mostram-se prescindíveis a apreensão e a realização de perícia na arma utilizada na prática do crime de roubo, desde que seja comprovada a sua utilização na prática delituosa por outros meios de prova. Na espécie, o Juiz singular apoiou-se no depoimento da vítima, para concluir pela utilização da arma no crime de roubo.

3. O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a mera indicação do número de majorantes. Súmula n. 443 do STJ.

4. Não obstante as instâncias ordinárias hajam particularizado o fato de o delito ter sido cometido com emprego de arma e em concurso de agentes, não foi apontado elemento dos autos (*modus operandi*, por exemplo) que, efetivamente, evidenciasse real necessidade de exasperação da pena, na terceira fase da dosimetria, no patamar estabelecido.

5. Fixada a quantidade da sanção devida a quem, comprovadamente, violou a norma penal, compete ao juiz natural da causa indicar, de maneira motivada e com base nos dados concretos dos autos, qual o regime inicial a fixar para o cumprimento da reprimenda, não sendo possível lhe coarctar a consideração de fatores que, associados e complementares à dogmática penal, indiquem como necessária, para o alcance dos fins da pena, a imposição de regime mais gravoso do que indicaria a mera correspondência da quantidade da pena à previsão legal.

6. As instâncias ordinárias entenderam devida a fixação do regime inicial fechado de cumprimento de pena com base tão somente na gravidade genérica do delito, "o que revela temibilidade e periculosidade do agente", sem, no entanto, ter apontado nenhum elemento concreto dos autos (como o *modus operandi*, a potencialidade lesiva de arma ou a desfavorabilidade de circunstâncias judiciais, por exemplo) que efetivamente justificasse a fixação do regime inicial mais gravoso, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal.

7. Ausência de peculiaridades específicas do roubo majorado nulifica a imposição de regime prisional mais gravoso, por violação dos enunciados das Súmulas n. 440 do STJ e 718 e 719 do STF.

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir ao mínimo legal (1/3) o aumento da reprimenda procedido na terceira etapa da dosimetria, resultando a pena definitiva em 5 anos e 4 meses de reclusão mais 12 dias-multa, e fixar o regime inicial semiaberto.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, não conhecer do



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de maio de 2015

**Ministro Rogerio Schietti Cruz**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 317.405 - SP (2015/0040969-4)**

**RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

**IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**ADVOGADO : LAURA SARTI CORTES - DEFENSORA PÚBLICA**

**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**PACIENTE : CAIQUE CAETANO AGUIAR (PRESO)**

### RELATÓRIO

#### O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

**CAIQUE CAETANO AGUIAR**, paciente neste *habeas corpus*, estaria sofrendo coação ilegal em seu direito de locomoção, em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, que negou provimento à Apelação n. 0078754-49.2013.8.26.0050.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal.

A impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que, embora esteja claro que o paciente admitiu a prática do delito, "não foi aplicada a atenuante da confissão sob o fundamento de que houve admissão parcial do delito e que as palavras do paciente não poderiam ser tidas como confissão" (fl. 2).

Afirma que o acusado foi condenado por roubo majorado pelo emprego de arma, sem provas concretas da potencialidade lesiva do instrumento supostamente utilizado no delito, visto que o objeto não foi apreendido e periciado.

Sustenta que, mesmo mantida a incidência da majorante relativa ao emprego de arma, o aumento de pena efetivado na terceira etapa da dosimetria deve ser reduzido para 1/3, em observância ao enunciado na Súmula n. 443 deste Superior Tribunal.

Pondera que foi fixado o regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda sem nenhuma fundamentação idônea. Nesse ponto, considera, uma vez que o paciente é primário, possui bons antecedentes e teve a pena-base fixada no mínimo legal, que deve ser estabelecido o modo



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inicial semiaberto de execução.

Requer, liminarmente, seja concedido "ao paciente o direito de cumprir sua pena em regime semiaberto" (fl. 12).

No mérito, pugna pela concessão da ordem, para que seja:

- a) aplicada a atenuante da confissão;
- b) afastada a causa especial de aumento relativa ao emprego de arma;
- c) estabelecido o aumento de 1/3 na terceira fase da dosimetria, em razão das majorantes relativas ao emprego de arma e ao concurso de agentes;
- d) fixado o regime semiaberto de cumprimento de pena.

Indeferida a liminar (fls. 53-55) e prestadas as informações (fls. 63-80), veio o parecer do Ministério Público, às fls. 84-96, que opinou pela concessão parcial da ordem.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### HABEAS CORPUS Nº 317.405 - SP (2015/0040969-4) EMENTA

*HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. CONFISSÃO PARCIAL. ATENUANTE CONFIGURADA. ARMA DE FOGO NÃO APREENDIDA. PERÍCIA. POTENCIAL LESIVO. PRESCINDIBILIDADE. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIO QUANTITATIVO. REGIME INICIAL. GRAVIDADE ABSTRATA. IMPOSSIBILIDADE. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

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 que tenha havido posterior retratação.

2. Nas hipóteses em que a arma não foi apreendida e periciada e, via de consequência, não foi comprovado o seu efetivo poder vulnerante, cumpre salientar que a Terceira Seção deste Superior Tribunal, quando do julgamento dos EREsp n. 961.863/RS, de relatoria do Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), e Relator para acórdão o Ministro Gilson Dipp, DJe 6/4/2011, firmou o entendimento de que, para a incidência da causa especial de aumento prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, mostram-se prescindíveis a apreensão e a realização de perícia na arma utilizada na prática do crime de roubo, desde que seja comprovada a sua utilização na prática delituosa por outros meios de prova. Na espécie, o Juiz singular apoiou-se no depoimento da vítima, para concluir pela utilização da arma no crime de roubo.

3. O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo

circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente a mera indicação do número de majorantes. Súmula n. 443 do STJ.

4. Não obstante as instâncias ordinárias hajam particularizado o fato de o delito ter sido cometido com emprego de arma e em concurso de agentes, não foi apontado elemento dos autos (*modus operandi*, por exemplo) que, efetivamente, evidenciasse real necessidade de exasperação da pena, na terceira fase da dosimetria, no patamar estabelecido.

5. Fixada a quantidade da sanção devida a quem, comprovadamente,



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

violou a norma penal, compete ao juiz natural da causa indicar, de maneira motivada e com base nos dados concretos dos autos, qual o regime inicial a fixar para o cumprimento da reprimenda, não sendo possível lhe coarctar a consideração de fatores que, associados e complementares à dogmática penal, indiquem como necessária, para o alcance dos fins da pena, a imposição de regime mais gravoso do que indicaria a mera correspondência da quantidade da pena à previsão legal.

6. As instâncias ordinárias entenderam devida a fixação do regime inicial fechado de cumprimento de pena com base tão somente na gravidade genérica do delito, "o que revela temibilidade e periculosidade do agente", sem, no entanto, ter apontado nenhum elemento concreto dos autos (como o *modus operandi*, a potencialidade lesiva de arma ou a desfavorabilidade de circunstâncias judiciais, por exemplo) que efetivamente justificasse a fixação do regime inicial mais gravoso, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal.

7. Ausência de peculiaridades específicas do roubo majorado nulifica a imposição de regime prisional mais gravoso, por violação dos enunciados das Súmulas n. 440 do STJ e 718 e 719 do STF.

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir ao mínimo legal (1/3) o aumento da reprimenda procedido na terceira etapa da dosimetria, resultando a pena definitiva em 5 anos e 4 meses de reclusão mais 12 dias-multa, e fixar o regime inicial semiaberto.

### VOTO

#### **O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):**

Preliminarmente, releva salientar que o Superior Tribunal de Justiça, na esteira do que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, não admite que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sob tais premissas, **constato a ocorrência de flagrante ilegalidade** que reclama a concessão, *ex officio*, da ordem.

### I. Confissão parcial

Primeiramente, a impetrante pretende o reconhecimento da atenuante genérica prevista no art. 65, III, "d", do CP, ao argumento de que o paciente admitiu a prática do crime, embora de forma parcial, e que tal declaração foi utilizada como fundamento da condenação.

O Juiz de primeiro grau consignou apenas que "não há que se falar em confissão espontânea, porquanto o acusado não admitiu, na íntegra, os fatos delituosos que lhe são imputados. De fato, limitou-se a admitir a subtração, negando, porém, o emprego de grave ameaça à vítima; confessou, na verdade, a prática de furto e não de roubo" (fl. 20).

O Tribunal de origem, instado a manifestar-se sobre a controvérsia, afirmou que:

[...]

Em juízo, modificando sua versão, assumiu ter praticado o roubo com um companheiro, negando o emprego de arma ou ameaça. Disse que pegaram o celular e saíram correndo, mas logo em seguida foi abordado por policiais que desceram de uma viatura.

**Não há dúvidas, diante desse conjunto probatório, da responsabilidade criminal do apelante sendo impossível, ainda, considerar suas palavras como confissão.**

De qualquer modo, tendo a pena-base sido mantida no mínimo legal, ainda que se considerasse presente a confissão, não haveria qualquer reflexo na reprimenda, já que como sedimentado, inclusive pela súmula 231 do STJ, "A incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal" (fl. 42).

Dos trechos transcritos, infere-se que **a confissão parcial do réu contribuiu para a comprovação da autoria do delito**. A Corte estadual, entretanto, deixou de sopesá-la na dosimetria da pena, pois "impossível [...] considerar suas palavras como confissão". Por fim, asseverou que, em virtude da incidência da Súmula n. 231 do STJ, a pena não poderia ser reduzida aquém do mínimo legal.

O acórdão estadual está em dissonância com a jurisprudência





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desta Corte Superior: "Se a confissão do acusado foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, deve incidir a atenuante prevista no artigo 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" (**HC n. 289.943/SP**, de **minha relatoria**, 6ª T., DJe 4/8/2014).

Ainda: "Se a confissão do réu, ainda que parcial ou retratada, for utilizada pelo magistrado para fundamentar a condenação, deve incidir a respectiva atenuante" (**HC n. 246.940/SP**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T, DJe 24/4/2014).

Nesse sentido, cito, ainda, os seguintes julgados:

[...]

**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 que tenha havido posterior retratação.**

2. No julgamento dos EREsp n. 1.154.752/RS (DJe 4/9/2012), a Terceira Seção deste Superior Tribunal pacificou o entendimento de que, observadas as peculiaridades de cada caso, é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal.  
[...]

5. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido para, de ofício, reconhecer a incidência da confissão espontânea e compensá-la com a agravante da reincidência, bem como para afastar a fração de 3/8 na terceira fase da dosimetria, redimensionando a reprimenda do paciente para 5 anos e 4 meses de reclusão mais 13 dias-multa.  
(**HC n. 302.076/SP**, de **minha relatoria**, 6ª T., DJe 22/4/2015, destaquei.)

[...]

4. Servindo a confissão de suporte para a condenação, o fato de ter se dado de forma parcial não afasta a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal.

5. Impetração não conhecida. Ordem concedida de ofício a fim de, reconhecendo a atenuante da confissão espontânea, reduzir a reprimenda do paciente para 6 anos, 8 meses e 26 dias de reclusão,



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

além de 21 dias-multa.

(HC n. 172.012/SP, Rel. Ministro **Og Fernandes**, 6ª T., DJe 31/5/2013)

[...]

A atenuante do art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, tem caráter objetivo, configurando-se, tão-somente, pelo reconhecimento espontâneo do acusado, perante a autoridade, da autoria do delito, não se sujeitando a critérios subjetivos ou fáticos. In casu, **o Paciente confessou a prática do delito, logo, ainda que tenha negado o uso da arma, impõe-se a aplicação da atenuante.**

(HC n. 268.287/SP, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, 5ª T., DJe 3/6/2014)

Dessa forma, verifico o apontado constrangimento de que estaria sendo vítima o paciente, haja vista que a confissão judicial, ainda que parcial, foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, **devendo incidir a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal.**

### II. Manutenção da majorante da arma de fogo

Quanto ao reconhecimento da majorante da arma de fogo, cumpre salientar que, em sessão realizada no dia 13/12/2010, a Terceira Seção deste Superior Tribunal, por ocasião do julgamento dos **EREsp n. 961.863/RS**, de relatoria do Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), e Relator para acórdão o Ministro Gilson Dipp, consolidou o entendimento de que, para a incidência da causa especial de aumento prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, **mostra-se prescindíveis a apreensão e a realização de perícia na arma utilizada na prática do crime de roubo, desde que, por outros meios de prova, seja comprovada a sua utilização na prática delituosa.**

No mesmo sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

[...]

I – Contrariamente ao alegado na inicial, verifica-se, da leitura cuidadosa dos autos, que o juízo de piso não condenou o recorrente com base exclusivamente em prova colhida na fase inquisitorial.

II – O trancamento da ação penal, em habeas corpus, constitui medida excepcional que só deve ser aplicada nos casos de manifesta atipicidade da conduta, de presença de causa de extinção da



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

punibilidade do paciente ou de ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas, o que não ocorre na situação sob exame.

**III – Não se mostra necessária a apreensão e perícia da arma empregada no roubo para comprovar o seu potencial lesivo, visto que essa qualidade integra a própria natureza do artefato.**

**IV - A majorante do art. 157, § 2º, I, do Código Penal pode ser evidenciada por qualquer meio de prova, em especial pela palavra da vítima ou pelo depoimento de testemunha presencial.**

V - Recurso a que se nega provimento.

(RHC n. 12.2074, Relator Min. Ricardo Lewandowski, 2ª T., DJe 5/6/2014, destaquei.)

Deveras, o próprio art. 167 do Código Penal dispõe que "não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, **a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.**"

Assim, naquelas hipóteses em que não for possível a apreensão e a perícia da arma de fogo, é devida a incidência da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, **quando existirem nos autos outros elementos de prova que comprovem a sua utilização.**

No caso dos autos, o Juízo sentenciante asseverou que "embora a arma de fogo não tenha sido apreendida, **a vítima não teve dúvidas em afirmar que os assaltantes a empregaram para ameaçá-la**, não havendo motivos para supor-se que inventaria tal circunstância" (fl. 20, destaquei.)

A Corte de origem, por sua vez, manteve o reconhecimento da qualificadora do emprego de arma, nos seguintes termos:

[...]

A não apreensão da arma usada no crime não descaracteriza a qualificadora. A vítima afirmou de forma segura que viu a arma de fogo que foi utilizada como instrumento de intimidação. O próprio réu, em sua primeira negativa do crime, confirma que o outro indivíduo estava armado.

**Demonstrada sua existência, portanto, através da prova oral colhidas nos autos, sua não apreensão não prejudica o reconhecimento da qualificadora contida no art. 157, § 2º, I, do Código Penal. (fls. 42-43).**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Portanto, na presença da prova testemunhal, correta a incidência da majorante do emprego de arma.

### III. Majorantes do roubo – motivação inidônea

Em relação ao aumento da pena na terceira fase da dosimetria, também constato a flagrante ilegalidade apontada.

A denúncia narra o seguinte:

[...]

Consta dos inclusos autos que, no dia 04 de setembro de 2013, por volta das 11h50min,- na Rua Baixada Santista, nº 78, Vila Carmosina, Itaquera, neste município e Comarca, CAIQUE CAETANO AGUIAR subtraiu, para si, mediante grave ameaça exercida com emprego **de arma de fogo** e concurso de agentes com indivíduo, ainda não identificado, 01 (um) aparelho de telefonia celular da propriedade da vítima Felipe Schmidt (fls. 09/10 e 16/20).

Segundo restou apurado, o denunciado e seu comparsa abordaram a vítima, que transitava pelo local dos fatos, e, mediante grave ameaça exercida com emprego de **arma de fogo**, anunciaram roubo e subtraíram o bem supramencionado, evadindo-se em seguida. (fl. 13, destaquei.)

O Juiz sentenciante, utilizando o critério quantitativo, asseverou que:

[...]

Presentes duas causas de aumento, previstas no § 2º, incs. I e II, do art. 157, da lei penal. Inegável que a presença de duas qualificadoras deve implicar aumento de pena superior a um terço, sob pena de penalizar o agente que pratica roubo duplamente qualificado com a mesma sanção que seria imposta ao réu que comete o delito com apenas uma majorante, o que geraria verdadeira situação injusta, ferindo a individualização da pena.

Assim sendo, elevo a pena de 3/8 (três oitavos), fixando-a em 05 (cinco) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão e pagamento de 14 (quatorze) dias-multa. (fl. 20)

A Corte estadual, por sua vez, manteve o percentual, sob os seguintes fundamentos:



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

Correta, ainda, a exasperação das penas acima do mínimo de 1/3 (um terço).

Havendo previsão de cinco qualificadoras no art. 157, § 2º, do Código Penal, respeitado o intervalo de 1/3 (um terço) à 1/2 (metade), deve-se levar em consideração o número de qualificadoras, além das peculiaridades do caso concreto que possam demonstrar maior gravidade da conduta praticada.

Assim, deve-se aplicar a fração de 1/3 (um terço) quando houver apenas 01 (uma) qualificadora; 3/8 (três oitavos) quando forem 02 (duas); 5/12 (cinco doze avos) se 03 (três); 11/24 onze vinte e quatro avos) se 04 (quatro) e o máximo, de 1/2 (metade), fica reservado aos casos em que todas as 05 (cinco) qualificadoras estiverem presentes.

Não seria justo tratar igualmente um criminoso que emprega em sua conduta somente uma das circunstâncias previstas no art. 157, § 2º, do Código Penal e outro criminoso que, cercado-se de maiores subsídios garantidores da eficácia de sua empreitada criminosa, utiliza-se de duas, três, quatro ou cinco das causas de aumento.

E cristalino observar que o agente que, agindo em concurso de pessoas, v.g., tem maiores chances de êxito que o agente que age sozinho. O meliante que, em sua conduta, age em comparsaria e emprega arma, cerca-se de elementos que facilitam seu sucesso. [...]

Nota-se, portanto, que o número de causas de aumento cuja presença restou comprovada nos autos, indica menor possibilidade de reação da vítima, dificultando a proteção de seu patrimônio, ao mesmo tempo em que facilita, tanto mais quanto mais causas de aumento estiverem presentes, o sucesso do roubador.

No presente caso, demonstrados o uso de uma arma e o concurso de agentes, correta a exasperação em 3/8 (três oitavos) (fls. 44-45).

### **IV. Maior potencialidade lesiva da arma de fogo – ressalva pessoal**

Acerca da **maior potencialidade lesiva do crime de roubo praticado com arma de fogo**, reporto-me ao que expressei em inúmeros votos, a partir do assentado no HC 284.557/RJ, **em que remanesci vencido**, e no HC 278.175/SP, em que, com **ressalvas pessoais**, a Sexta Turma não conheceu do *writ*.

Nessas ocasiões, destaquei, com farto auxílio de doutrina e jurisprudência – que dispenso de aqui reproduzir – ser possível extrair-se a conclusão de que condutas consideradas, tanto pelo Direito Penal, quanto pelo



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

senso comum, como mais danosas à convivência humana, qual a de um **roubo circunstanciado pelo emprego de arma de fogo – mormente em casos, como o presente, em que se agregam duas outras majorantes à conduta –** hão de receber uma resposta penal **que não se iguale a outras de gravidade notoriamente menor.**

Enfatizei não se poder ignorar a **trágica realidade de nosso cotidiano**, em que uma vergonhosa quantidade de vidas se perde em decorrência do emprego de armas de fogo na execução de crimes, nomeadamente o de roubo. Com efeito, em conformidade com os dados oficiais de conhecimento público (*Mapa da Violência 2013*, disponível em [www.juventude.gov.br](http://www.juventude.gov.br)), **a taxa de mortalidade por arma de fogo no país, de 21,72 óbitos em cada grupo de 100.000 habitantes, nos coloca na 2ª posição no ranking mundial de mortes por armas de fogo.**

Nossa realidade social – custa a acreditar – produz mais mortes que a maioria dos conflitos armados documentados pelo mundo em anos recentes. O Relatório sobre o Peso Mundial da Violência Armada, ao **elaborar um quadro de mortes diretas, em um total de 62 conflitos armados no mundo entre 2004 e 2007, constatou que os 12 maiores conflitos vitimaram 169.574 pessoas nos quatro anos computados. No Brasil, país teoricamente sem conflito armado, nos últimos quatro anos disponíveis – 2008 a 2011 – foi documentado o total de 206.005 vítimas de homicídios.**

Também sublinhei, em referidos votos, que a arma de fogo possui muito maior letalidade se comparada a outros tipos de armas, conclusão a que chegaram estudos tanto criminológicos quanto médicos citados.

Logo, tendo como certo que a imposição de sanção criminal pena decorre da necessidade de, legitimamente, tutelar a sociedade e os seus membros dos abusos do indivíduo, forçoso concluir que **qualquer omissão do Estado em aplicar uma pena minimamente proporcional, dentro de limites previamente previstos, consubstancia inegável omissão estatal a caracterizar proteção deficiente de direitos fundamentais, objetivamente considerados.**

Assim, dado o **dever de proteção penal eficiente, que tem como destinatário não apenas o legislador, mas também o administrador e o Poder Judiciário**, não é de eliminar-se a hipótese de que, *"em casos excepcionais, o juiz, com fundamentação apropriada, possa estabelecer o regime fechado para condenado com pena inferior a oito anos"*, haja vista que **"o princípio que rege a individualização do regime também é o da**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**necessidade e suficiência"** (PAGANELLA BOSCHI, J. A. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 279, n. 9).

Válido, portanto, concluir - na esteira de julgados desta Corte, que, no processo de individualização da pena, ***não deve ser tratado de modo idêntico o agente que se utiliza de arma branca ou imprópria para a prática do delito de roubo e aquele que faz uso, por exemplo, de revólver, pistola ou fuzil com a mesma finalidade.***

Quem, dessarte, se utiliza de uma **arma de fogo** para cometer um roubo **incrementa sobremodo o risco de morte para a vítima do assalto** e, portanto, esse comportamento tão potencialmente letal justifica quer um percentual maior de aumento da pena - em razão da majorante em apreço - quer a escolha do regime inicial fechado de cumprimento da pena, à vista de suas finalidades, **sempre, é claro, ressalvada a avaliação particular do caso.**

Desafortunadamente, a banalização desse mal – emprego de revólveres e pistolas no cotidiano da violência urbana e rural no Brasil – tem obviado a opção judicial pelo agravamento maior da pena ou pelo regime mais rigoroso, ao argumento de que se cuidaria de mera reprodução do tipo penal ou de fundamentação abstrata, desconsiderando a evidência de que uma arma de fogo em um roubo (e não apenas uma outra arma qualquer, como faca, um canivete, um pedaço de madeira etc) singulariza tal ilicitude penal como mais reprovável.

### V. Posicionamento dominante

Entretanto, curvo-me ao posicionamento adotado por esta **Turma de julgamento, nos termos do voto vencedor proferido pelo Ministro Nefi Cordeiro, nos autos do HC 286.054/SP, de minha relatoria, publicado no dia 11/9/2014, bem como nos termos do voto da Ministra Maria Thereza de Assis Moura nos autos do HC 280.727/SP, também de minha relatoria, publicado no dia 22/9/2014, para decidir que, nesta hipótese, houve flagrante ilegalidade na terceira fase da dosimetria.**

Isso porque, **nos termos do pensamento deste colegiado**, dos trechos anteriormente transcritos, verifico que as instâncias de origem entenderam devida a exasperação da reprimenda em 3/8, na terceira fase da dosimetria, **tão somente com base na existência de duas majorantes do crime de roubo.**





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ainda que o Tribunal tenha aludido ao fato de o crime haver sido perpetrado com emprego de arma (de fogo, conforme a denúncia), não tem sido tal justificativa – na compreensão majoritária da Sexta Turma – suficiente para exasperar a pena.

Ilustrativamente, os recentes julgados desta Turma:

[...]

5. 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.

Súmula n. 443 do STJ.

**6. Não obstante as instâncias ordinárias hajam particularizado o fato de o delito ter sido cometido com emprego de arma e em concurso de agentes, não foi apontado elemento dos autos (*modos operandi*, por exemplo) que, efetivamente, evidenciasse real necessidade de exasperação da pena, na terceira fase da dosimetria, no patamar estabelecido.**

10. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar a pena-base do paciente Anderson no mínimo legal, para reduzir ao mínimo legal (1/3) o aumento da reprimenda procedido na terceira etapa da dosimetria, resultando a pena definitiva dos dois pacientes em 5 anos e 4 meses de reclusão mais 12 dias-multa e fixar o regime inicial semiaberto ao paciente Jean Isaías.

(HC n. 300.272/SP, de **minha relatoria**, DJe 6/4/2015, destaquei.)

AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. UTILIZAÇÃO DO CRITÉRIO MATEMÁTICO NA TERCEIRA FASE. FUNDAMENTO INVÁLIDO. SÚMULA 443/STJ. REDIMENSIONAMENTO DA PENA EM *HABEAS CORPUS*. EXCEPCIONALIDADE, NOS CASOS DE FALTA OU DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO OU ERRO DE TÉCNICA, SOB O ASPECTO DA LEGALIDADE.

1. Uma vez fixada fração acima da mínima legal sem fundamento idôneo, em razão da simples presença de duas majorantes – **emprego de arma e concurso de agentes** –, ou seja, pelo critério meramente matemático, fica configurado constrangimento ilegal, apto a justificar a concessão da ordem de ofício.

2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, já sumulado, inclusive, (Súmula 443/STJ): "*o aumento na terceira fase de aplicação da*





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes").*

3. Admite a jurisprudência desta Corte, em caráter excepcional, o reexame da aplicação das penas sob o aspecto da ilegalidade, por erro de técnica, assim como nos casos de falta ou evidente deficiência de fundamentação.

4. Agravo regimental improvido (**AgRg HC n. 296.568/SP**, Rel. Ministro **Nefi Cordeiro**, 6ª T., DJe 21/10/2014, destaquei.)

Outrossim, não obstante a Corte de origem haja particularizado o fato de o delito ter sido cometido em concurso de agentes, **também não foi apontado elemento dos autos (modos operandi, por exemplo) que, efetivamente, evidenciasse real necessidade de exasperação da pena**, na terceira fase da dosimetria, no patamar estabelecido.

### VI. Nova Dosimetria

Dada a constatação de flagrante ilegalidade perpetrada na terceira fase da dosimetria da pena, em razão da existência das causas de aumento, necessária se faz a readequação da reprimenda.

Na primeira fase, a pena-base foi fixada no mínimo legal, 4 anos de reclusão, mais 10 dias-multa.

Na segunda fase, não obstante o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, mantenho a inalterada a reprimenda, dada a incidência da Súmula n. 231 do STJ.

Afasto a aplicação da fração de 3/8, para majorar a pena em 1/3, nos termos da Súmula n. 443 do STJ, o que resulta em **5 anos e 4 meses de reclusão** mais 12 dias-multa.

### VI. Regime de pena – motivação inidônea

Quanto à almejada modificação do regime inicial para o semiaberto, cumpre enfatizar que esta Corte tem decidido que o modo inicial de cumprimento da pena não está vinculado, de forma absoluta, ao *quantum* de reprimenda imposto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É dizer, para a escolha do regime prisional, devem ser observadas as **diretrizes dos arts. 33 e 59**, ambos do Código Penal, além dos dados fáticos da conduta delitiva que, se demonstrarem a **gravidade concreta** do crime, poderão ser invocados pelo julgador para a imposição de regime mais gravoso do que o permitido pelo *quantum* da pena (**HC n. 279.272/SP**, Rel. Ministro **Moura Ribeiro**, 5ª T., DJe 25/11/2013; **HC n. 265.367/SP**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, 5ª T., DJe 19/11/2013; **HC n. 213.290/SP**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 4/11/2013; **HC n. 148.130/MS**, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 3/9/2012).

O Juiz de primeiro grau assim fundamentou a imposição do regime inicialmente **fechado**:

Em que pese ser o réu primário e sem antecedentes criminais, fixo o regime inicial fechado para o cumprimento da pena.

Com efeito, quem pratica crime de roubo à mão armada está, sem dúvida, disposto a utilizá-la, o que revela temibilidade e periculosidade do agente, características de personalidade que recomendam a imposição de regime carcerário mais gravoso (fl. 21)

A Corte estadual manteve o regime fechado, nos seguintes termos:

[...]

O regime prisional, diante da gravidade da conduta, praticada em comparsaria e com emprego de arma de fogo em plena luz do dia, não poderia mesmo ser diverso do fechado, que fica mantido (fl. 45)

O STJ entende que "faz *jus* o paciente ao regime semiaberto, na medida em que se trata de réu primário, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, porquanto favoráveis todas as circunstâncias judiciais, sendo a pena definitiva de reclusão superior a 04 e inferior a 08 anos de reclusão" (**HC n. 216.266/SP**, Rel. Ministra **Assusete Magalhães**, 6ª T., DJe 30/10/2012).

Dos trechos anteriormente transcritos, **verifico estar presente o alegado constrangimento ilegal**, pois, embora a pena-base haja sido fixada no mínimo legal e o *quantum* de pena tenha se definido em 5 anos e 4 meses de reclusão, e seja o paciente primário, o regime inicial fixado foi o fechado.

No caso, **as instâncias ordinárias** entenderam devida a fixação



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do regime inicial fechado de cumprimento de pena com base tão somente na gravidade genérica do delito, "o que revela temibilidade e periculosidade do agente", **sem, no entanto, ter apontado nenhum elemento concreto dos autos (como o *modus operandi*, a potencialidade lesiva da arma ou a desfavorabilidade de circunstâncias judiciais, por exemplo) que efetivamente justificasse a fixação do regime inicial mais gravoso**, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal.

Em verdade, **a simples gravidade abstrata do delito cometido não constitui, por si só, fundamentação idônea para a imposição de regime prisional mais gravoso** do que o permitido em razão da sanção aplicada.

Esse, aliás, é o entendimento consolidado nas Súmulas n.º 440 do STJ, 718 e 719 do STF, respectivamente:

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.

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.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados desta Corte de Justiça:

[...]

7. Fixada a quantidade da sanção devida a quem, comprovadamente, violou a norma penal, compete ao juiz natural da causa indicar, de maneira motivada e com base nos dados concretos dos autos, qual o regime inicial a fixar para o cumprimento da reprimenda, não sendo possível lhe coarctar a consideração de fatores que, associados e complementares à dogmática penal, indiquem como necessária, para o alcance dos fins da pena, a imposição de regime mais gravoso do que indicaria a mera correspondência da quantidade da pena à previsão legal.

8. **As instâncias ordinárias entenderam devida a fixação do**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime inicial fechado de cumprimento de pena com base tão somente na "gravidade intrínseca da conduta", bem como na "ousadia e periculosidade dos agentes", sem, no entanto, ter apontado nenhum elemento concreto dos autos (como o *modus operandi*, a potencialidade lesiva de arma ou a desfavorabilidade de circunstâncias judiciais, por exemplo) que efetivamente justificasse a fixação do regime inicial mais gravoso, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal.

9. Ausência de peculiaridades específicas do roubo majorado nulifica a imposição de regime prisional mais gravoso, por violação aos enunciados das Súmulas n. 440 do STJ e 718 e 719 do STF.

10. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar a pena-base do paciente Anderson no mínimo legal, para reduzir ao mínimo legal (1/3) o aumento da reprimenda procedido na terceira etapa da dosimetria, resultando a pena definitiva dos dois pacientes em 5 anos e 4 meses de reclusão mais 12 dias-multa e fixar o regime inicial semiaberto ao paciente Jean Isaías.

(HC n. 300.272/SP, de **minha relatoria**, 6ª T., DJe 6/4/2015, destaquei.)

[...]

6. Não é possível a imposição de regime mais severo que aquele fixado em lei com base apenas na gravidade abstrata do delito. Para exasperação do regime fixado em lei é necessária motivação idônea. Súmulas n.º 718 e n.º 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n.º 440 deste Superior Tribunal de Justiça. [...] (HC n. 162.221/SP, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 29/4/2013)

Dessa forma, é forçoso concluir que, ante a ausência de fundamentação suficiente, deve o paciente cumprir a pena em regime inicial mais brando.

### VI. Dispositivo

À vista do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*, mas, ao examinar seu conteúdo, identifico o apontado constrangimento ilegal, o que me leva a **conceder, de ofício, a ordem postulada**, para reduzir ao mínimo legal (1/3) o aumento da reprimenda procedido na terceira etapa da dosimetria, resultando a pena definitiva em **5 anos e 4 meses de reclusão mais 12 dias-multa e fixar o regime inicial semiaberto**.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0040969-4

PROCESSO ELETRÔNICO

**HC 317.405 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0078754492013 00787544920138260050 14342013 78754492013 787544920138260050

EM MESA

JULGADO: 21/05/2015

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MOACIR MENDES SOUSA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
ADVOGADO : LAURA SARTI CORTES - DEFENSORA PÚBLICA  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : CAIQUE CAETANO AGUIAR (PRESO)

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

#### **CERTIDÃO**

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

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.