



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.042 - SP (2015/0149473-4)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ADRIANA TESTI TIRELLI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : OTAVIO FERMINO CORREIA DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIO QUANTITATIVO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. 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.

2. 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. Ressalva do relator.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena do paciente.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 18 de agosto de 2015



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro Rogerio Schietti Cruz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.042 - SP (2015/0149473-4)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : ADRIANA TESTI TIRELLI

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : OTAVIO FERMINO CORREIA DA SILVA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

OTAVIO FERMINO CORREIA DA SILVA, paciente neste habeas corpus, estaria sofrendo constrangimento ilegal relativamente ao direito de locomoção, em face de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, que, à unanimidade, negou provimento à Apelação Criminal n. 0011358-31.2014.8.26.0564.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 11 anos, 8 meses e 20 dias de reclusão, em regime fechado, pela prática do delito previsto no art. 157, § 2º, I e II, c/c o art. 69, ambos do Código Penal.

Insurge-se a impetrante desfavoravelmente à indevida aplicação de critério aritmético para elevar a reprimenda, por infringência ao princípio da individualização da pena e afronta ao entendimento sumulado por esta Corte no Verbete n. 443.

Requer a concessão da ordem, com o fim de "assegurar o direito do paciente à sanção proporcional e justa do delito cometido, aumentando-se a pena do segundo delito de roubo em apenas 1/3 em razão do reconhecimento das causas de aumento" (fl. 8)

Não houve pedido liminar.

Prestadas as informações (fls. 38-40 e 42-53), veio parecer do Ministério Público Federal, às fls. 57-60, que se manifestou pela **concessão** da ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.042 - SP (2015/0149473-4)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIO QUANTITATIVO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. 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.

2. 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. Ressalva do relator.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena do paciente.

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 da paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*.

Sob tais premissas, **identifico suficientes razões**, na espécie, para engendrar a concessão, *ex officio*, da ordem.

I. Contextualização

Em relação ao aumento de pena na terceira fase da dosimetria,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constato a flagrante ilegalidade apontada.

A denúncia narra o seguinte:

[...]

Apurou-se que, em 18 de abril de 2014, às 22h30, na Avenida Luiz Pequini, nº 1090, OTÁVIO FERMINO CORREIA 1)A SILVA, qualificado às fls. 27, agindo em prévio acordo de vontades e divisão dos atos de execução com dois indivíduos não identificados, subtraiu, para proveito comum, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, 24(vinte e quatro) maços de cigarro, 03(três) garrafas de bebidas alcoólicas e aproximadamente a quantia de R\$ 200,00(duzentos reais) pertencentes a Posto Ipiranga representado por Osvaldo Barro de Carvalho.

Segundo apurado, a vítima Caroline conduzia o veículo Fox, placa EIA0154, pela via pública e ao parar em obediência ao semáforo, foi abordada pelo denunciado e seu comparsa que, simulando portar arma de fogo na cintura, anunciaram o roubo e exigiram a entrega do veículo e demais bens que estava em poder dela. Constrangida, ela obedeceu à ordem e eles ingressaram no automóvel e evadiram-se.

Consoante o apurado, o denunciado se uniu a mais dois agentes delitivos não identificados e utilizando-se do veículo Fox, placas EIA0154, subtraído de Caroline no dia anterior, dirigiu-se ao Posto Ipiranga. Então, eles abordaram o funcionário Osvaldo, que estava na loja de conveniência, mostraram a arma de fogo que um deles trazia à cintura, anunciaram o roubo e subtraíram maços de cigarro, bebidas alcoólicas e certa quantia do caixa do posto. Em seguida, fugiram no automóvel Fox roubado (fls. 9-10, destaquei).

O Juiz sentenciante, utilizando o critério quantitativo, asseverou, em relação ao segundo crime de roubo, que:

[...]

Na terceira fase de mensuração da pena, vislumbro a presença das causas de aumento de pena referentes ao emprego de arma e o concurso de agentes, o que motiva a elevação do *quantum* até aqui apurado em 3/8 (três oitavos), perfazendo 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, além do pagamento de 13 (treze) dias-multa, pena esta que torno definitiva ante a ausência de outras circunstâncias (fl. 18, destaquei).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seguintes fundamentos:

[...]

Registro que, em razão das qualificadoras relativas ao concurso de pessoas e ao emprego de arma, a reprimenda foi acrescida de 3/8, o que somou 5 anos e 6 meses reclusão, além do pagamento de 13 dias-multa, no limiar.

Aliás, dá-se o aumento na fração de 3/8 porque é proporcional ao número de qualificadoras, o que não encontra óbice legal e está amparado na jurisprudência: "Com o advento da Lei nº 9.426, de 24 de dezembro de 1996, que introduziu duas novas causas de aumento de pena no art. 157, do Código Penal, entende-se que com o ingresso dos incisos IV e V no aludido dispositivo (art. 157, do CP), as frações de aumento de pena devem ser remodeladas, tendo em vista que o aumento de 1/3 até metade deverá ser dividido por cinco. Assim, observando-se o mesmo critério progressivo adotado anteriormente, presente uma qualificadora, o aumento deve ser de 1/3; em se tratando de duas qualificadoras a elevação será de 3/8; concorrendo três qualificadoras o acréscimo será de 5/12; com quatro qualificadoras o aumento será de 11/24, e na hipótese de concorrência das 5 qualificadoras, o acréscimo deve suceder no seu patamar máximo (1/2). Embora não se deva trabalhar com tais números como se fosse uma tabela fixa, é deste critério de gradação axiológica que se deve partir. Um roubo cometido com 1 qualificadora não é igual a um assalto perpetrado com 2 qualificadoras, ou mais. As hipóteses revelam agentes com temibilidade e potencialidade criminógenas diferentes" (TACRIM, 11ª Câmara, Apelação nº 1.119.107-7, Relator XAVIER DE AQUINO).

Finalmente, por conta do concurso material de crimes, o castigo totalizou, em definitivo 11 anos, 8 meses e 20 dias de reclusão, mais o pagamento de 27 dias-multa no piso (fls. 27-28, destaquei).

II. Maior potencial lesivo 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 remanesco vencido, e no **HC 278.175/SP**, em que, com **ressalvas pessoais**, a 6ª Turma não conheceu do *writ*.

Nessas ocasiões, destaquei, com farto auxílio de doutrina e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

jurisprudência – que dispense de aqui reproduzir – ser possível extrair-se a conclusão de que condutas consideradas, tanto pelo Direito Penal, quanto pelo 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), **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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 outra arma qualquer, como faca, um canivete, um pedaço de madeira etc.) singulariza tal ilicitude penal como mais reprovável.

III. 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**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crime de roubo.

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**, 6ª T., DJe 6/4/2015, destaquei.)

[...]

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 (*modus operandi*, por exemplo) que, efetivamente, evidenciasse real necessidade de exasperação da pena**, na terceira fase da dosimetria, no patamar estabelecido.

IV. Nova dosimetria da pena

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 das reprimendas.

A pena-base foi fixada acima do mínimo, 4 anos e 8 meses de reclusão, mais 11 dias-multa.

Na segunda fase, incidiu a atenuante da confissão, o que faz a pena ser reduzida para 4 anos de reclusão, mais 10 dias-multa.

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.

Ao final, em razão da aplicação do art. 69 do Código Penal (concurso material entre os dois crimes de roubo), somando-se as penas, a pena definitiva fica estabelecida em 11 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, mantido o regime fechado.

VI. Dispositivo

À vista do exposto, **não conheço** da impetração, por entender inadequado o uso do *writ* como substitutivo do meio impugnativo próprio. Contudo, ao examinar seu conteúdo, identifico o apontado constrangimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ilegal, o que me leva a conceder, *ex officio*, a ordem postulada, a fim de reduzir ao mínimo legal (1/3) o aumento da reprimenda do segundo crime de roubo, resultando a pena definitiva em **5 anos e 4 meses de reclusão**. Somadas as penas, em razão do concurso material, a pena final fica estabelecida em 11 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, mantido o regime fechado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0149473-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 328.042 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00113583120148260564 113583120148260564 20150000239015

EM MESA

JULGADO: 18/08/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO FERREIRA LEITE**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ADRIANA TESTI TIRELLI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : OTAVIO FERMINO CORREIA DA SILVA

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.