



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 377.519 - RJ (2016/0290879-3)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : EMERSON SILVA DE SOUSA (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. (I) ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E PORTE DE ARMA DE FOGO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONTEXTO FÁTICO DIVERSO. (II) DOSIMETRIA DA PENA. TERCEIRA ETAPA DO CÁLCULO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DESTA CORTE.

1. A jurisprudência desta Corte Superior, à luz da orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, exarada no julgamento do HC 109.956/PR, com o fito de conceder efetividade ao disposto no art. 102, II, "a", da Constituição da República, e nos arts. 30 a 32 da Lei n. 8.038/1990, assentou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, com vistas a não se desvirtuar a finalidade desse remédio constitucional. No entanto, quando a ilegalidade apontada é flagrante, excepciona-se tal entendimento, justificando-se a atuação deste Superior Tribunal, caso em que se concede a ordem de ofício. Nesse mesmo sentido: HC 313.318/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgamento em 7/5/2015, DJe de 21/5/2015; HC 321.436/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 19/5/2015, DJe de 27/5/2015.

2. O princípio da consunção resolve o conflito aparente de normas penais quando um delito menos grave é meio necessário ou normal fase de preparação ou execução de outro mais danoso. Nessas situações, o agente apenas será responsabilizado pelo último crime. Para tanto, porém, imprescindível a constatação do nexo de dependência entre as condutas a fim de que ocorra a absorção da menos lesiva pela mais nociva ao meio social. Precedentes.

3. Na situação concreta, não houve relação de subordinação entre o porte de arma de fogo e o roubo circunstanciado. Esclareceu o Tribunal de Justiça, a propósito, que, além de nem todas as armas terem sido utilizadas na execução do crime de roubo, os acusados foram encontrados com os artefatos em local totalmente diverso de onde o crime contra o patrimônio fora praticado, quando a execução deste já estava exaurida. De mais a mais, a alteração das conclusões alcançadas pelas instâncias de origem, soberanas na análise das provas dos autos, constitui tarefa inviável na via eleita, por demandar revolvimento do acervo fático-probatório.

4. Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta à certa discricionariedade do Magistrado, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dosimetria da pena é passível de revisão em *habeas corpus* apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório.

5. O Superior Tribunal de Justiça consagrou o entendimento de que "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 443/STJ).

6. Na espécie, a Corte Estadual fixou a fração de 3/8 (três oitavos), superior, portanto, à mínima prevista para o tipo penal em exame, com base apenas no número de majorantes, o que não encontra guarida na jurisprudência desta Casa, segundo a qual o aumento da reprimenda acima da fração mínima deve estar ancorado em circunstâncias concretas atinentes às próprias causas de aumento e que indiquem a maior reprovabilidade da conduta, como o emprego de várias armas de fogo, armas de grosso calibre, elevado número de agentes, entre outras. Precedentes.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar a fração mínima de aumento, na terceira fase da dosimetria da pena do crime de roubo circunstanciado, e assim, reduzir a pena definitiva aplicada ao paciente para 10 (dez) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 30 (trinta) dias-multa. Estende-se os efeitos desta decisão ao corréu THIAGO CERQUEIRA DA SILVA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer da impetração, concedendo, contudo, ordem de ofício, com extensão ao corréu Thiago Cerqueira da Silva, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 06 de dezembro de 2016 (data do julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 377.519 - RJ (2016/0290879-3)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : EMERSON SILVA DE SOUSA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio impetrado em favor de EMERSON SILVA DE SOUSA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Relatora a Desembargadora Katya Maria Monnerat (Apelação Criminal n. 0005667-11.2014.8.19.0021).

Depreende-se dos autos que o paciente foi denunciado pela prática das condutas descritas no art. 180, *caput*, no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, bem como no art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei n. 10.826/2003 e no art. 244-B da Lei n. 8.069/1990, na forma do art. 69 do Código Penal.

Superadas as demais fases processuais, o Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca da Capital julgou procedente, em parte, a pretensão punitiva estatal e condenou o paciente à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime semiaberto, mais 20 (vinte) dias-multa, absolvendo-o do crime descrito no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal.

Contra o édito condenatório insurgiram-se as partes.

Os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Criminal negaram provimento ao recurso defensivo e deram provimento ao inconformismo ministerial para condenar o paciente também pelo crime previsto no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, redimensionando a pena final para 10 (dez) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mais o pagamento de 33 (trinta e três) dias-multa, a ser cumprida inicialmente no regime fechado.

Recebeu o acórdão esta ementa (e-STJ fls. 11/12):

Apelações. Artigo 16, caput, e parágrafo único, inciso IV, da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

10.826/03, artigo 244-B da Lei 8.069/90, artigo 180, caput e artigo 157, §2º, incisos I e II, n/f do artigo 69, do Código Penal. Condenação apenas pelo porte de arma de fogo, receptação e corrupção de menor. Conjunto fático probatório seguro da materialidade, autoria e culpabilidade de todos os fatos imputados na denúncia. Os réus e o menor estavam o tempo todo dentro do Sandero que participou do roubo do HB20. A dinâmica temporal não deixa dúvida que a perseguição aos dois veículos se deu de forma quase imediata - subtração se deu em torno das 8h20m e os dois elementos atingidos foram atendidos no Hospital às 9h04min, quando constatados os respectivos óbitos de Michael e Jurandir, primo e irmão do menor que estava no Sandero receptado junto com os réus. Delito do artigo 16, parágrafo único, da Lei nº 10.826/03 que excepcionalmente não é absorvido pelo emprego de arma de fogo no roubo, pois se deu em circunstâncias e com ânimos distintos. Configurada a conduta do artigo 244-B, da Lei nº 8.069/90, pois restou comprovado que os delitos foram praticados com a participação do adolescente [...]. Recurso do Ministério Público provido para condenar os réus pelo delito do artigo 157, § 2º, I e II, do Código Penal, redimensionar as penas e o regime inicial para o fechado, mantendo no mais a sentença. E negar provimento aos apelos defensivos.

No Superior Tribunal de Justiça, sustenta a Defensoria Pública, como primeira tese, que embora a arma de fogo apreendida em poder do paciente não tenha sido efetivamente utilizada na execução do crime, evidente, diante da dinâmica delitiva narrada no processo, que o artefato se destinava à consumação do crime de roubo circunstanciado. Pondera que a denúncia imputa ao paciente fatos perpetrados no mesmo dia, local, contexto fático e animados por um único dolo: o de subtrair, mediante grave ameaça, o patrimônio alheio. Sendo assim, afirma ser possível, na espécie, a aplicação do princípio da consunção.

Reverbera, outrossim, que o aumento, na terceira fase da dosimetria da pena do crime de roubo, foi estabelecido no patamar de 3/8 (três oitavos) com fundamento apenas no número de majorantes, situação de manifesto constrangimento ilegal. A propósito, destaca o teor do enunciado n. 443 da Súmula desta Corte Superior.

Diante dessas considerações, pede seja o paciente absolvido do crime descrito no art. 16, parágrafo único, da Lei n. 10.826/2003, bem como a redução da reprimenda do crime de roubo, aplicando-se, na terceira etapa da dosimetria, a fração de 1/3 (um terço).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não houve pedido liminar.

Ouvido, o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (e-STJ fls. 58/67).

Eis a ementa do parecer:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E PORTE DE ARMA DE FOGO. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. NÃO APLICAÇÃO, NO CASO. USO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES. PRESENÇA DE DUAS MAJORANTES. FIXAÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ARGUMENTOS CONCRETOS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE.

1. Os Tribunais Superiores restringiram o uso do habeas corpus e não mais o admitem como substitutivo de recurso próprio.
2. O acórdão recorrido destacou circunstâncias concretas que justificam a necessidade do acréscimo da sanção, na terceira fase de aplicação da pena. em patamar superior ao mínimo, delito cometido com emprego de arma de fogo e concurso de agentes, em total consonância com a Súmula/STJ n. 443.
3. O Tribunal de origem concluiu que a posse ilegal de arma de fogo decorreu de desígnio autônomo e. para se chegar a qualquer conclusão em sentido contrário, seria necessária uma análise acurada dos fatos, depoimentos e elementos de convicção em que se animou o acórdão objurgado. Tal procedimento é inviável em sede de habeas corpus, pois importaria em transformar o writ em recurso dotado de ampla devolutividade.
4. Parecer pelo não conhecimento da ordem ou, sucessivamente, por sua denegação.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 377.519 - RJ (2016/0290879-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

A jurisprudência desta Corte Superior, à luz da orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, exarada no julgamento do HC 109.956/PR, com o fito de conceder efetividade ao disposto no art. 102, II, "a", da Constituição da República, e nos arts. 30 a 32 da Lei n. 8.038/1990, assentou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, com vistas a não se desvirtuar a finalidade desse remédio constitucional.

No entanto, quando a ilegalidade apontada é flagrante, excepciona-se a análise do constrangimento, justificando-se a atuação deste Superior Tribunal, caso em que se concede a ordem de ofício.

Nesse mesmo sentido: HC 313.318/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 21/5/2015; HC 321.436/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 19/5/2015, DJe de 27/5/2015.

Sendo assim, em princípio, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Na espécie, sustenta a Defensoria Pública, como primeira tese, que a denúncia imputa ao paciente fatos perpetrados no mesmo dia, local, contexto fático e animados por um único dolo: o de subtrair, mediante grave ameaça, o patrimônio alheio. Diante disso, afirma ser possível, na espécie, a aplicação do princípio da consunção.

Sobre o tema, o Tribunal de Justiça fluminense, ao reformar em parte a sentença condenatória, esclareceu o seguinte (e-STJ fls. 11/33):

Com os réus foram encontradas duas armas de fogo: Emerson uma pistola Taurus calibre 380 e Thiago uma pistola Bersa. E com os elementos abatidos - Jurandir e Michael, uma pistola Taurus e uma pistola Bersa 9mm. Todas devidamente muniçadas e com capacidade para produzir disparos (pastas 62 e 287).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Assim, configurado delito de porte de arma de fogo de uso restrito - duas pistolas, pelos réus nos termos do artigo 16, parágrafo único, da Lei nº 10.826/03, **que excepcionalmente não são absorvidos pela circunstanciadora do emprego de arma de fogo no roubo, pois nem todas foram utilizadas na execução neste crime, além de se deram em circunstâncias e ânimos totalmente distintos:***

[...]

Com efeito, conforme relato preciso dos policiais militares, os acusados foram flagrados com armas de fogo, em local totalmente diverso de onde o roubo foi praticado, quando a execução deste crime já estava superada.

Nesse contexto, exato se me apresenta o acórdão estadual.

Com efeito, o princípio da consunção resolve o conflito aparente de normas penais quando um delito menos grave é meio necessário ou normal fase de preparação ou execução de outro mais danoso. Nessas situações, o agente apenas será responsabilizado pelo último crime. Para tanto, porém, imprescindível a constatação do nexo de dependência entre as condutas a fim de que ocorra a absorção da menos lesiva pela mais nociva ao meio social.

Essa mesma percepção foi registrada por Damásio de Jesus, cujo autorizado magistério assim apreciou o tema:

Ocorre a relação consuntiva, ou de absorção, quanto um fato definido por uma norma incriminadora é meio necessário ou normal fase de preparação ou execução de outro crime, bem como quando constitui conduta anterior ou posterior do agente, cometida com a mesma finalidade prática atinente àquele crime. Nestes casos, a norma incriminadora que descreve o meio necessário, a normal fase de preparação ou execução de outro crime, ou a conduta anterior ou posterior, é excluída pela norma a este relativa. Lex consumens derogat levi consumptae.

O comportamento descrito pela norma consuntiva constitui a fase mais avançada na concretização da lesão ao bem jurídico, aplicando-se, então, o princípio de que major absorbet minorem. Os fatos não se apresentam em relação de espécie e gênero, mas de minus a plus, de conteúdo a continente, de parte a todo, de meio a fim, de fração a inteiro (JESUS, Damásio de. Direito Penal, Parte Geral, 33ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012. p. 155).

Na situação concreta, não houve relação de subordinação entre o porte de arma de fogo e o roubo circunstanciado. Esclareceu o Tribunal de Justiça, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

propósito, que, além de nem todas as armas terem sido utilizadas na execução do crime de roubo, os acusados foram encontrados com os artefatos em local totalmente diverso de onde o crime contra o patrimônio fora praticado, quando a execução deste já estava exaurida (e-STJ fl. 31). Tal o quadro, não diviso teratologia ou ilegalidade a tornar impreterível a concessão da ordem, de ofício.

De mais a mais, a alteração das conclusões alcançadas pelas instâncias de origem, soberanas na análise das provas dos autos, constitui tarefa inviável na via eleita, por demandar revolvimento do acervo fático-probatório.

No mesmo sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, §2º, I E II, DO CÓDIGO PENAL. ART. 16, P. ÚNICO, IV, DA LEI Nº 10.826/2003. (1) WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. (2) ROUBO CIRCUNSTANCIADO E PORTE DE ARMA DE FOGO. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. INAPLICABILIDADE NO CASO CONCRETO. (3) MAJORANTES. QUANTUM DE ACRÉSCIMO. SÚMULA 443 DESTA CORTE. ILEGALIDADE MANIFESTA. (4) ROUBO. CRIME COMETIDO MEDIANTE UMA SÓ AÇÃO. PATRIMÔNIOS DIVERSOS. CRIME ÚNICO. IMPOSSIBILIDADE. CONCURSO FORMAL. (5) CONTINUIDADE DELITIVA. TEORIA MISTA. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. DEMAIS REQUISITOS. COMPROVAÇÃO. NECESSIDADE. REEXAME PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. (6) REGIME FECHADO. PENA SUPERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. ADEQUAÇÃO. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. (7) WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. "A conduta de portar arma ilegalmente é absorvida pelo crime de roubo, quando, ao longo da instrução criminal, restar evidenciado o nexo de dependência ou de subordinação entre as duas condutas e que os delitos foram praticados em um mesmo contexto fático, incidindo, assim, o princípio da consunção" (HC 178.561/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 13/06/2012). In casu, as instâncias ordinárias concluíram que a posse ilegal de arma de fogo decorreu de desígnio autônomo, rompendo-se o liame temporal e o nexo com o delito de roubo circunstanciado. Outrossim, para se chegar a qualquer conclusão em sentido contrário, seria necessária uma análise acurada dos fatos, depoimentos e elementos de convicção em que se arrimaram as instâncias ordinárias. Tal procedimento é inviável em sede de habeas corpus, pois importaria em transformar o writ em recurso dotado de ampla devolutividade.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a sanção imposta ao paciente para 14 (catorze) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais 38 (trinta e oito) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 315.059/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2015, DJe 27/10/2015, grifei.)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PENAS TOTAIS DE 7 ANOS E 4 MESES DE RECLUSÃO E 23 DIAS-MULTA. PLEITO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. INVIABILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE ASSENTOU A OCORRÊNCIA DE DOIS DELITOS AUTÔNOMOS. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE A DENÚNCIA E A SENTENÇA. INOCORRÊNCIA. CONDUTA DEVIDAMENTE DESCRITA NA INICIAL ACUSATÓRIA. AUSÊNCIA DE PERÍCIA NA ARMA DE FOGO. IRRELEVÂNCIA. DELITO DE PERIGO ABSTRATO. CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 157, § 2º, I, DO CÓDIGO PENAL. AFASTAMENTO. ARMA DESMUNICIADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- **Não se aplica o princípio da consunção ao caso, de forma que a conduta de portar ilegalmente arma de fogo não pode ser absorvida pelo crime de roubo, pois o acórdão recorrido assentou que os crimes foram autônomos, cometidos em momentos distintos, sem nexos de dependência ou subordinação, entendimento que se alinha à jurisprudência desta Corte.**

- **Inexiste coação ilegal por afronta ao princípio da correlação entre a denúncia e o título condenatório, pois a conduta de portar arma de fogo encontra-se devidamente descrita na denúncia.**

- A Terceira Seção desta Corte, no julgamento dos Embargos de Divergência 1.005.300/RS, em 14/08/2013, pacificou entendimento de que o tipo penal de posse ou porte ilegal de arma de fogo é delito de mera conduta ou de perigo abstrato, sendo irrelevante a demonstração de seu efetivo caráter ofensivo.

- De outro lado, a jurisprudência desta Corte entende que a utilização de arma desmuniada, como forma de intimidar a vítima do delito de roubo, caracteriza o emprego de violência, porém não permite o reconhecimento da majorante de pena, já que esta vincula-se ao potencial lesivo do instrumento, dada a sua ineficácia para a realização de disparos. Na hipótese, o acórdão recorrido reconhece que a arma estava desmuniada, o que impede a incidência da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para excluir a majorante do emprego de arma, reduzindo a pena total do paciente para 6 anos de reclusão e 20 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 317.337/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 16/08/2016, grifei.)

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PORTE ILEGAL DE ARMA E ROUBO. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. INAPLICABILIDADE. CONDUTAS AUTÔNOMAS.

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, ocasião em que se concede a ordem de ofício.

2. **A absorção do crime de porte ilegal de arma pelo de roubo pressupõe que as condutas tenham sido praticadas em um mesmo contexto fático, guardando entre si uma relação de dependência ou de subordinação.**

3. **Na hipótese dos autos, o acórdão impugnado, soberano na análise de acervo fático-probatório, assentou que o paciente foi flagrado no porte dos artefatos em momento distinto ao do roubo, caracterizando nova conduta autônoma e independente daquele crime, a impedir a aplicação do princípio da consunção.**

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 234.231/MS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe 23/02/2016, grifei.)

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO 1. DELITOS PRATICADOS EM CONTEXTO FÁTICO DISTINTO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 2. ORDEM DENEGADA.

1. **A conduta de portar arma ilegalmente é absorvida pelo crime de roubo, quando, ao longo da instrução criminal, restar evidenciado o nexo de dependência ou de subordinação entre as duas condutas e que os delitos foram praticados em um mesmo contexto fático, incidindo, assim, o princípio da consunção.**

2. In casu, a instrução probatória apurou que o paciente encontrava-se portando arma como forma de se precaver de confrontos com desafetos de outras quadras da cidade e que não tinha a intenção de praticar o delito de roubo. E mais, a abordagem pelos policiais em outro local da cidade, que resultou na prisão do paciente, dera-se em razão de atitude suspeita por parte do acusado e outro e não porque estavam apurando o delito de roubo,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ficando evidente a distinção de contexto fático e a autonomia entre as condutas criminosas.

3. Habeas corpus denegado.

(HC 178.561/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 13/06/2012, grifei.)

Passo, pois, a análise da alegação de flagrante ilegalidade no que diz respeito à aplicação da fração de aumento de 3/8 (três oitavos), na terceira fase da dosimetria da pena do crime de roubo circunstanciado.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao realizar o cálculo da reprimenda, assim se manifestou (e-STJ fl. 32):

Passa-se a dosar as penas dos réus pelo delito do artigo 157, § 2º,

I e II, do Código Penal:

Os réus são primários e não ostentam maus antecedentes. As circunstâncias do crime foram as normais do tipo, motivo pelo qual fixo as penas bases no mínimo legal de 4 anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multas.

Na segunda fase, não há agravantes ou atenuantes que alterem as penas intermediárias que permanecem no mínimo legal de 4 anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multas.

Na terceira fase, pelo emprego de arma de fogo e concurso de agentes, aumenta-se a pena em 3/8 fixando-as em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multas, para cada réu.

Pelo concurso material com os demais delitos corretamente reconhecidos na sentença - artigo 180, do Código Penal, artigo 16, da Lei nº 10.826/03 e artigo 244-B, da Lei nº 8.069/90, cumulam-se as penas fixando-as em definitivo em 10 (dez) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 33 (trinta e três) dias-multas, para cada réu.

O regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade será o fechado nos termos do artigo 33, §2º, alínea "a" do Código Penal (grifei).

Na esteira da orientação sedimentada no enunciado n. 443 da Súmula desta Corte, "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

Na espécie, a Corte Estadual fixou a fração de 3/8 (três oitavos), superior, portanto, à mínima prevista para o tipo penal em exame, com base apenas no número de majorantes, o que não encontra guarida na jurisprudência desta Casa, segundo a qual o aumento da reprimenda acima da fração mínima deve estar ancorado em circunstâncias concretas atinentes às próprias causas de aumento e que indiquem a maior reprovabilidade da conduta, como o emprego de várias armas de fogo, armas de grosso calibre, elevado número de agentes, entre outras.

A propósito, confirmam-se os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA. PRESCINDIBILIDADE. TERCEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA DA PENA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIO QUANTITATIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SÚMULA N. 443 DO STJ. CRIME ÚNICO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. DIVERSIDADE DE VÍTIMAS. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. 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.

3. As instâncias ordinárias não apontaram nenhum elemento dos autos (modus operandi, por exemplo) que, efetivamente, evidenciasse real necessidade de exasperação da pena, na terceira fase da dosimetria, no patamar estabelecido.

4. Praticado o crime de roubo em um mesmo contexto fático, mediante uma só ação, contra vítimas diferentes, tem-se configurado o concurso formal de crimes, e não a ocorrência de crime único, visto que violados patrimônios distintos. Precedentes.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir ao mínimo legal o aumento da reprimenda procedido na terceira etapa da dosimetria.

(HC 227.160/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 02/03/2016, grifei)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO E RECEPÇÃO. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. EXASPERAÇÃO DA PENA EM PATAMAR SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL SEM FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA N. 443 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. REGIME INICIAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL.

CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ENUNCIADO N. 440 DA SÚMULA DO STJ E N. 718 E 719 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Contudo, ante as alegações expostas na inicial, afigura-se razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. O Superior Tribunal de Justiça consagrou o entendimento de que o recrudesimento da pena na terceira fase da dosimetria alusiva ao delito de roubo circunstanciado em fração mais elevada que 1/3 (um terço) demanda fundamentação concreta, não se afigurando idônea a simples menção ao número de majorantes. Nesse diapasão, a Súmula n. 443 desta Corte.

In casu, tanto o Juiz sentenciante quanto o Tribunal de origem utilizaram tão só do critério matemático para fundamentar o aumento, na terceira fase da dosimetria, no patamar de 3/8, sem referência a elementos concretos dos autos a autorizar a exasperação da pena em patamar superior ao mínimo.

Do mesmo modo, ainda que tenham citado a participação de três agentes na empreitada criminosa, quantidade que considero apta a fundamentar a exasperação em patamar acima de 1/3, tal fator foi utilizado apenas para justificar a presença da majorante do concurso de pessoas, que somada à do uso de arma foi matematicamente utilizada para fundamentar a exasperação da pena em 3/8 na etapa final da dosimetria.

3. É firme nesta Corte a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal - CP. Nesse sentido, foi elaborado o Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, que prevê: "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".

Seguindo tal entendimento, a mera referência genérica, pelas instâncias ordinárias, à violência e à grave ameaça empregadas no delito de roubo, não constitui motivação suficiente, por si só, para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso, porquanto refere-se a situação já prevista no próprio tipo.

Outrossim, reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade do réu, a quem foi imposta reprimenda definitiva inferior a 8 anos de reclusão, cabível a imposição do regime semiaberto para iniciar o cumprimento da sanção corporal, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para redimensionar a pena do paciente, em relação ao crime de roubo, que somada à pena imposta pelos dois crimes de receptação, se torna definitiva no patamar de 7 anos e 4 meses de reclusão, e 30 dias-multa, a ser iniciada no regime semiaberto.

(HC 353.281/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2016, DJe 10/06/2016, grifei)

Nesse contexto, há constrangimento ilegal decorrente da aplicação, na terceira fase da dosimetria da pena do crime de roubo circunstanciado, de fração superior à mínima legal, sem a indicação de circunstâncias ou elementos – ligados às referidas majorantes – capazes de demonstrar maior desaprovação da conduta.

Assim, no caso em desfile, deve incidir a fração de 1/3 (um terço).

Passo, assim, à readequação da dosimetria da pena do referido delito, mantendo os parâmetros adotados na origem.

Na primeira fase, mantém-se a fixação da pena-base no mínimo legal – 4 (quatro) anos de reclusão.

Na segunda fase, a pena permanece naquele patamar.

Na terceira etapa, ausentes causas de diminuição da pena, aplica-se a fração mínima de 1/3 (um terço), diante da presença das duas majorantes, o que perfaz a sanção definitiva de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais o pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Pelo concurso material com os demais crimes reconhecidos na origem, cumulam-se as penas, fixando-as em 10 (dez) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais 30 (trinta) dias-multa.

Mantém-se o regime inicial fechado, nos termos do art. 33, § 2º, alínea a, do Código Penal.

O corréu THIAGO CERQUEIRA DA SILVA encontra-se em situação fático-processual idêntica à do paciente – pois a decisão que condenou os acusados também pelo crime de roubo circunstanciado e aplicou, na terceira fase do cálculo, a fração de 3/8 (três oitavos) foi a mesma para todos eles. Desse modo, deve-lhe ser estendidos os efeitos desta decisão, porquanto, também relativamente a esse corréu, o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal de Justiça não apontou elemento concreto bastante a justificar a aplicação da fração de aumento em patamar superior ao mínimo previsto em lei.

À vista de tais pressupostos, não se conhece do *habeas corpus*.

Contudo, **concede-se a ordem, de ofício, para aplicar a fração mínima de aumento, na terceira fase da dosimetria da pena do crime de roubo circunstanciado, e assim, reduzir a pena definitiva aplicada ao paciente para 10 (dez) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 30 (trinta) dias-multa, nos termos acima referidos.** De ofício, estendo os efeitos desta decisão ao corréu THIAGO CERQUEIRA DA SILVA.

É como voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0290879-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 377.519 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00056671120148189002 56671120148189002

EM MESA

JULGADO: 06/12/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	: EMERSON SILVA DE SOUSA (PRESO)
CORRÉU	: THIAGO CERQUEIRA DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes do Sistema Nacional de Armas

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 da impetração, concedendo, contudo, ordem de ofício, com extensão ao corréu Thiago Cerqueira da Silva, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.