



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 269.754 - SP (2013/0132727-7)

RELATORA : MINISTRA REGINA HELENA COSTA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO JOSÉ FERREIRA

EMENTA

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. NÃO CONHECIMENTO. ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL. APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA DE FOGO. DESNECESSIDADE. POSSE OSTENSIVA CAPAZ DE INTIMIDAR A VÍTIMA. EXASPERAÇÃO DA PENA. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MERA INDICAÇÃO DO NÚMERO DE MAJORANTES. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA 443/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO. REGIME PRISIONAL INICIALMENTE FECHADO. MAIOR PERICULOSIDADE SOCIAL DO AGENTE.

I - Acompanhando o entendimento firmado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos do *Habeas Corpus* n. 109.956, de relatoria do Excelentíssimo Ministro Marco Aurélio, a 5ª Turma deste Superior Tribunal de Justiça passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir o uso do *writ* como substitutivo de recurso ordinário, previsto nos arts. 105, II, a, da Constituição da República e 30 da Lei n. 8.038/1990, sob pena de frustrar a celeridade e desvirtuar a essência desse instrumento constitucional.

II - O entendimento desta Corte evoluiu para não mais se admitir o manejo do *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, bem assim como sucedâneo de revisão criminal. Precedentes.

III - A 3ª Seção desta Corte Superior de Justiça, no julgamento dos Embargos de Divergência n. 961.863/RS, firmou entendimento segundo o qual é desnecessária a apreensão e a perícia da arma de fogo utilizada no crime de roubo, para aplicação da causa especial de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, desde que comprovada sua utilização por outros meios de prova.

IV - A causa de aumento da pena decorrente do emprego de arma de fogo configura-se com a posse ostensiva ou anunciada do armamento, capaz de efetivamente causar intimidação à vítima, em razão do perigo real que pode ser causado à sua integridade física.

V - Consoante entendimento firmado no âmbito desta Corte Superior de Justiça, a presença de mais de uma majorante no crime de roubo não é causa obrigatória de exasperação da punição em percentual acima do mínimo legal previsto, exceto quando constatada a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação.

VI - 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/STJ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VII - Impõe-se que a exasperação, na terceira fase da dosimetria, seja reduzida para a fração mínima de 1/3, prevista no art. 157, § 2º, do Código Penal.

VIII - Deve ser mantido o regime de cumprimento da pena fixado pelas instâncias ordinárias, em razão da gravidade concreta do fato delituoso, levando-se em consideração, principalmente, o emprego de arma de fogo, circunstância que evidencia a maior periculosidade social do agente, justificando a resposta estatal mais severa. O indivíduo que pratica o crime de roubo valendo-se de arma branca ou imprópria expõe o patrimônio e a incolumidade física da vítima a determinado risco, decorrente do nível de intimidação e possibilidade de resistência. Diversa é a situação na qual o delito em tela é cometido com o emprego de arma de fogo, pois dotada de maior potencial ofensivo, não só em relação à vítima, mas também em face de terceiros. Em tais casos, mesmo que a pena-base seja estabelecida no mínimo legal, não haverá contrariedade à Súmula 440 desta Corte, por força da gravidade concreta do delito, decorrente da utilização de instrumento dotado de maior poder letal. Precedentes. Ademais, a análise da adequação do regime inicial de cumprimento da pena pode ser feita com base na totalidade da sentença ou do acórdão condenatórios, quando existirem dados concretos para tanto, em outros tópicos do *decisum* impugnado, que não possam ser desprezados.

XI - *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena imposta ao Paciente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da QUINTA Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze.
Brasília (DF), 05 de junho de 2014(Data do Julgamento)

MINISTRA REGINA HELENA COSTA

Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 269.754 - SP (2013/0132727-7)

RELATORA : MINISTRA REGINA HELENA COSTA

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : DIEGO JOSÉ FERREIRA

RELATÓRIO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA REGINA HELENA COSTA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de **DIEGO JOSÉ FERREIRA**, apontando-se, como autoridade coatora, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O Juiz de Direito da 27ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo, nos autos da Ação Penal n. 050.11.007785-7, condenou o Paciente às penas de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, bem como ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 157, § 2º, incisos I e II, combinado com o art. 29, ambos do Código Penal (e-STJ Fls. 16-24).

Inconformada, a Defesa interpôs a Apelação Criminal n. 0007785-77.2011.8.26.0050 perante Tribunal *a quo* que, à unanimidade, negou provimento ao recurso (e-STJ Fls. 25-34).

No presente *writ*, alega a Impetrante constrangimento ilegal decorrente da aplicação da majorante prevista no inciso I do § 2º do art. 157, do Código Penal, quando ausente apreensão e perícia da arma.

Sustenta, ainda, que na terceira fase da dosimetria da pena, a aplicação da fração de 3/8 encontra-se fundamentada, apenas, no número de causas de aumento.

Aduz, finalmente, que a decretação do regime prisional mais gravoso baseou-se somente na gravidade abstrata do delito.

Indeferimento da liminar (e-STJ Fls. 39-40).

Informações (e-STJ Fls. 51-61 e 63-64).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Parecer ministerial (e-STJ Fls. 68-73).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 269.754 - SP (2013/0132727-7)

RELATORA : MINISTRA REGINA HELENA COSTA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO JOSÉ FERREIRA

VOTO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA REGINA HELENA COSTA (Relatora):

De início, verifico tratar-se, em verdade, de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, porquanto ataca acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos da Apelação Criminal n. 0007785-77.2011.8.26.0050.

Ocorre que, acompanhando o entendimento firmado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos do *Habeas Corpus* n. 109.956/PR (Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11.09.2012), a 5ª Turma deste Superior Tribunal de Justiça passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir o uso do *writ* como substitutivo de recurso ordinário, previsto nos arts. 105, II, a, da Constituição da República e 30 da Lei n. 8.038/1990, sob pena de frustrar a celeridade e desvirtuar a essência desse instrumento constitucional.

O entendimento desta Corte evoluiu para não mais se admitir o manejo do *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, bem assim como sucedâneo de revisão criminal.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. IMPRESCINDIBILIDADE DE DEVIDA INSTRUÇÃO E DE PRÉVIA SUBMISSÃO À INSTÂNCIA DE ORIGEM. INVIABILIDADE DA ANÁLISE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DIRETA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3. IMPUGNAÇÃO DO ÉDITO CONDENATÓRIO. IMPETRAÇÃO MANEJADA COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. 4. EXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA EXÍGUA DO MANDAMUS. 5. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente a ser sanado mediante a concessão de habeas corpus de ofício, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. Os temas suscitados pela defesa não foram enfrentados pelo Tribunal de origem, o que impede a verificação da existência de flagrante ilegalidade apta a ensejar a concessão de habeas corpus de ofício.

3. Relativamente à matéria efetivamente submetida ao prévio crivo da Corte a quo, visa o impetrante valer-se do remédio heroico como verdadeira revisão criminal, o que não se mostra cabível e apenas confirma o desvirtuamento dos institutos do processo penal.

4. Mostra-se inviável, na via eleita, avaliar se as provas constantes dos autos são suficientes para caracterizar o concurso formal de crimes, porquanto tal procedimento não se coaduna com o processamento do habeas corpus, que demanda a demonstração do constrangimento ilegal de forma patente. Precedente.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 265.741/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 03.09.2013, DJe 16.09.2013, destaques meus).

Na mesma linha, destaco os seguintes julgados desta Corte:

AgRg no HC 267.702/MG, 5ª T., Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 02.10.2013; HC 227.271/MS, 6ª T., Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 19.09.2013; HC 143.559/DF, 5ª T., Rel. Min. Moura Ribeiro, DJe de 16.09.2013; HC 272.762/TO, 6ª T., Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

16.09.2013; HC 178.850/RS, 6ª T., Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe de 13.09.2013.

Assim, de rigor o não conhecimento do presente *habeas corpus*.

A despeito da impossibilidade de conhecimento do *writ*, convencionou-se analisar as alegações apresentadas, de forma fundamentada, a fim de apreciar a necessidade de concessão da ordem, de ofício.

Em todo caso, a ilegalidade passível de justificar a impetração do *habeas corpus* deve ser manifesta, de constatação evidente, restringindo-se a questões de direito, que não demandem incursão no acervo probatório constante dos autos (v.g. HC 155.924/RJ, 6ª T., Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 29.08.2012).

No caso sob exame, a Impetrante logrou demonstrar em parte a existência de ilegalidade flagrante ensejadora de ordem *ex officio*.

Isso porque a 3ª Seção desta Corte Superior de Justiça, no julgamento dos Embargos de Divergência n. 961.863/RS, firmou entendimento no sentido de que é desnecessária a apreensão e a perícia da arma de fogo utilizada no crime de roubo, para aplicação da causa especial de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, desde que comprovada sua utilização por outros meios de prova. Confira-se:

CRIMINAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO. EMPREGO DE ARMA. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE. EMBARGOS CONHECIDOS E REJEITADOS.

I – Para a caracterização da majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, prescinde-se da apreensão e realização de perícia em arma utilizada na prática do crime de roubo, se por outros meios de prova restar evidenciado o seu emprego. Precedentes do STF.

II – Os depoimentos do condutor, da vítima, das testemunhas, bem como qualquer meio de captação de imagem, por exemplo, são suficientes para comprovar a utilização de arma na prática delituosa de roubo, sendo desnecessária a apreensão e a realização de perícia para a prova do seu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

potencial de lesividade e incidência da majorante.

III - A exigência de apreensão e perícia da arma usada na prática do roubo para qualificá-lo constitui exigência que não deflui da lei resultando então em exigência ilegal posto ser a arma por si só -- desde que demonstrado por qualquer modo a utilização dela -- instrumento capaz de qualificar o crime de roubo.

IV – Cabe ao imputado demonstrar que a arma é desprovida de potencial lesivo, como na hipótese de utilização de arma de brinquedo, arma defeituosa ou arma incapaz de produzir lesão.

V – Embargos conhecidos e rejeitados, por maioria.

(EResp 961863/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Rel. p/ Acórdão Ministro GILSON DIPP, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/12/2010, DJe 06/04/2011).

Nesse sentido é o entendimento de ambas as Turmas que compõem a 3ª Seção desta Corte:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E ESTUPRO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE ELEMENTOS DE AUTORIA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. REAPRECIAÇÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTE S. EMPREGO DE ARMA BRANCA. AUSÊNCIA DE EXAME PERICIAL. POTENCIALIDADE LESIVA. EXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS DE PROVA. INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. POSSIBILIDADE. ERESP N.º 961.831/RS. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO E, NO MAIS, DENEGADO.

1. As instâncias antecedentes, após considerarem o conjunto fático-probatório até então carreado aos autos, concluíram pela existência de elementos de autoria válidos, de forma a condenar o Paciente pelo crimes descritos na denúncia. Conclusão diversa, no sentido de se acolher a pretendida absolvição do Paciente ensejaria inviável análise de matéria fático-probatória, o que se mostra impróprio via do habeas corpus.

2. Conforme a orientação pacificada nesta Corte por ocasião do julgamento do EResp n.º 961.863/RS, a ausência de perícia na arma, quando impossibilitada sua realização, não afasta a causa especial de aumento prevista no inciso I do § 2.º do art. 157 do Código Penal, desde que existentes outros meios aptos a comprovar o seu efetivo emprego na ação delituosa. Precedentes.

3. Na hipótese, a comprovação da efetiva utilização da arma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

branca na prática do delito se deu com base em outros elementos de prova, conforme assentaram as instâncias ordinárias.

4. Habeas corpus parcialmente conhecido e, no mais, denegado.

(HC 183.771/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 28/06/2012).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO. MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA. ARMA BRANCA (FACA). DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA. UTILIZAÇÃO DEMONSTRADA, MEDIANTE OUTROS MEIOS DE PROVA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I. No crime de roubo, a incidência da majorante, relativa ao emprego de arma, prescinde de sua apreensão e perícia, ainda que se trate de arma branca, sendo possível demonstrar-se sua utilização mediante outros meios de prova.

II. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 194.561/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 21/03/2013).

Na hipótese dos autos, tendo o Tribunal de origem, quanto à matéria, julgado em consonância com a jurisprudência aplicável, de rigor a manutenção do respectivo acórdão.

Todavia, no que tange à dosimetria da pena, assiste razão à Impetrante.

Com efeito, consoante entendimento firmado no âmbito desta Corte Superior de Justiça, a presença de mais de uma majorante no crime de roubo não é causa obrigatória de exasperação da punição em percentual acima do mínimo legal previsto, exceto quando constatada a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação.

De fato, 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/STJ).

Confiram-se:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. ART. 157, § 2.º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO. ARMA DE FOGO. EXAME PERICIAL. NÃO APREENSÃO DO INSTRUMENTO. DISPENSABILIDADE PARA A CARACTERIZAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO, QUANDO PROVADO O SEU EMPREGO NA PRÁTICA DO CRIME, COMO NO CASO, PELO FIRME E COESO DEPOIMENTO DAS VÍTIMAS. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE, NO JULGAMENTO DO ERESP N.º 961.863/RS. RECONHECIMENTO DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 3/8. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ILEGALIDADE. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO DO QUE O LEGALMENTE PERMITIDO. ALEGADA VIOLAÇÃO À SÚMULA N.º 440/STJ. INEXISTÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. MODUS OPERANDI QUE DEMONSTRA MAIOR REPROVABILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

6. A presença de mais de uma majorante no crime de roubo não é causa obrigatória de aumento da reprimenda em patamar acima do mínimo previsto, a menos que o magistrado, considerando as peculiaridades do caso concreto, constate a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não ocorreu na espécie. Incidência da Súmula n.º 443 deste Tribunal.

(...)

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida de ofício para, mantida a condenação, reformar o acórdão impugnado e a sentença condenatória, tão somente na terceira fase da dosimetria da pena, a fim de reduzir a reprimenda do Paciente para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

(HC 231.510/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 09/12/2013).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. ART. 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. OMISSÃO QUANTO AO PEDIDO DE REVISÃO DA PENA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. ALTERAÇÃO. EMBARGOS ACOLHIDOS.

(...)

2. O presente recurso se presta a corrigir omissão no julgado proferido, em especial no quantum da pena. Na hipótese, houve omissão quanto ao pedido de revisão da pena na terceira fase da dosimetria, uma vez que foi estipulada a razão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de 3/8 (três oitavos) para acréscimo da reprimenda, enquanto a defesa pleiteava a aplicação do mínimo legal (1/3). Portanto, necessário rever a dosimetria na referida fase.

3. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, o acréscimo requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um aumento mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de majorantes presentes. Súmula n.º 443 desta Corte. Ilegalidade flagrante.

4. Embargos de declaração acolhidos a fim de reduzir a razão de acréscimo da pena na terceira fase da dosimetria de 3/8 (três oitavos) para 1/3 (um terço), tornando a reprimenda do paciente Claudinei definitiva em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais 13 (treze) dias-multa, e a pena do paciente José em 6 (seis) anos de reclusão, além do pagamento de 14 (quatorze) dias-multa, mantida a concessão do regime semiaberto para o paciente Claudinei.

(EDcl no HC 223.137/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19/09/2013, DJe 27/09/2013).

In casu, o Juiz de 1º grau, na terceira etapa do cálculo da pena assim justificou a incidência da fração de 3/8 (e-STJ Fl. 22):

Pelas causas de aumento reconhecidas elevo as penas do réu em 3/8, fixando-as em cinco anos e seis meses de reclusão e treze dias-multa. Respeito o posicionamento contrário, mas considero que o maior número de causas de aumento autoriza a maior elevação das penas para que haja a sua justa adequação à maior periculosidade revelada pelo agente que se vale de concurso de pessoas e emprego de arma de fogo para a prática do crime, ademais, o maior número de causas de aumento deve ser considerado parâmetro objetivo válido para a graduação do aumento da pena entre o mínimo e o máximo estabelecidos pelo legislador.

O Tribunal a quo, de seu turno, manteve, no ponto, a sentença, somente consignando (e-STJ Fl. 34):

O acréscimo em decorrência do concurso de agentes e do emprego de arma, equivalente a 3/8, (três oitavos), devidamente fundamentado, encontra respaldo na jurisprudência, não se justificando a diminuição pretendida pela Defesa, totalizando a pena de cinco anos e seis meses de reclusão, além do pagamento de treze dias-multa, no menor patamar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesses termos, impõe-se que a exasperação, na terceira fase da dosimetria, seja reduzida para a fração mínima de 1/3, prevista no art. 157, § 2º, do Código Penal.

Passo, pois, ao redimensionamento da pena.

Conforme estabelecido pelo Juízo sentenciante, a pena-base será fixada no patamar mínimo legal, qual seja, 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Ausente circunstância agravante, também não foi aplicada a atenuante da menoridade, por óbice imposto pela Súmula 231/STJ. Logo, a pena intermediária resulta em 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Pelas causas de aumento reconhecidas e à vista das razões supramencionadas, a pena será elevada à ordem de 1/3, nesta terceira etapa do cálculo, atingindo-se a pena definitiva de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, além do pagamento de 13 (treze) dias-multa.

Quanto ao regime de cumprimento da pena fixado pelas instâncias ordinárias, verifica-se deva ser mantido, em razão da gravidade concreta do fato delituoso, levando-se em consideração, principalmente, o emprego de arma de fogo, circunstância que, segundo o atual entendimento da 5ª Turma desta Corte, evidencia a maior periculosidade social do agente, justificando a resposta estatal mais severa.

Com efeito, a determinação do regime prisional não se vincula, de forma absoluta, ao montante da pena privativa de liberdade.

Assim, à luz do princípio da individualização da pena, que atua tanto a favor como contra o réu, e atento à necessidade e suficiência da resposta estatal, para a reprovação e prevenção do crime, o magistrado deve fixar o regime inicial de cumprimento da reprimenda levando em conta não poder ser oferecida a mesma resposta para casos nos quais a exposição ou ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma penal seja absolutamente desigual.

É dizer, o indivíduo que pratica o crime de roubo valendo-se de arma branca ou imprópria, como, por exemplo, um estilete, uma tesoura, um



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

gargalo de garrafa quebrada ou um pedaço de madeira, expõe o patrimônio e a incolumidade física da vítima a determinado risco, decorrente do nível de intimidação e possibilidade de resistência.

Diversa é a situação na qual o delito em tela é cometido com o emprego de arma de fogo, pois dotada de maior potencial letal, não só em relação à vítima, mas também em face de terceiros.

Ademais, entendo não se possa perder de vista que, como regra, a diferença entre a consumação de um roubo ou de um latrocínio está mais relacionada com a reação da vítima do que propriamente com a disposição do sujeito ativo.

De fato, “o agente que se utiliza de arma de fogo para subtrair bens da vítima atua com ousadia e periculosidade extremadas, estando disposto a “matar ou morrer”, o que torna a infração mais grave e reprovável” (RHC 42.206/SP, 5ª T., Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 26.02.2014).

Por outro lado, se a circunstância judicial referente aos antecedentes ou a agravante da reincidência – que não geram maior risco imediato ao bem jurídico tutelado – podem embasar a imposição de regime fechado, com maior razão, a prática do delito patrimonial em questão, no qual a violência ou grave ameaça tenha sido exercida com emprego de arma de fogo, justifica a imposição do regime mais gravoso.

Em tais casos, mesmo que a pena-base seja estabelecida no mínimo legal, não haverá contrariedade à Súmula 440 desta Corte, por força da gravidade concreta do delito, decorrente da utilização de instrumento dotado de maior poder letal.

A propósito, os seguintes precedentes desta 5ª Turma:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES. MAJORAÇÃO DA REPRIMENDA EM 3/8 (TRÊS OITAVOS). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E CONCRETA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À SÚMULA 443/STJ. 3. REGIME FECHADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. MAIOR PERICULOSIDADE SOCIAL DO AGENTE. INEXISTÊNCIA DE MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 4. ORDEM NÃO CONHECIDA.

(...)

3. *Em respeito aos ditames de individualização da pena e aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, o agente que se utiliza de arma branca ou imprópria para a prática do delito de roubo não deve ser tratado de modo idêntico àquele que faz uso, por exemplo, de revólver, pistola ou fuzil com a mesma finalidade. Se a locução "emprego de arma" - causa especial de majoração da pena no crime de roubo - abrange tanto as armas impróprias (faca, chave de fenda, pedaço de pau ou de vidro, emprego de animais, por exemplo), cujo porte não é proibido, quanto as armas de fogo - conduta que constitui crime autônomo e grave; nada mais razoável e lógico do que a censura penal incidente sobre roubos com armas impróprias e próprias tenha tratamento distinto, se não na quantidade de pena, pelo menos na qualidade da resposta penal. Portanto, se durante a fixação da pena a fração de exasperação é a mesma para o roubo praticado com arma branca e para o cometido com emprego de arma de fogo (aspecto quantitativo), justamente no estabelecimento do regime prisional é que a diferenciação entre ambas as condutas deverá ser feita (aspecto qualitativo).*

4. *Ordem não conhecida.*

(HC 282978/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 25/03/2014, DJe 02/04/2014).

"HABEAS CORPUS" SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRETENSÃO DE REGIME INICIAL MAIS BRANDO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRECEDENTES.

1. *O Supremo Tribunal Federal sedimentou o entendimento de que o "decisum" que impõe regime de cumprimento mais severo do que prevê a lei requer motivação respaldada em elementos concretos, não sendo suficiente a gravidade em abstrato do delito. Súmulas nº 718 e nº 719, do STF.*

2. *É certo que o comando legal do art. 33, § 2º e § 3º, do Código Penal, não determina que o regime inicial tenha por baliza a pena-base fixada, e sim, que o Magistrado deva fundamentar seu decisum apoiado nas circunstâncias elencadas no art. 59, do mesmo Codex.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Igualmente, as Súmulas n.º 718 e 719, do Supremo Tribunal Federal e a Súmula n.º 440, deste Sodalício, refutam a imposição de regime mais gravoso, quando lastreada, apenas, na gravidade abstrata do delito ou através de motivação inidônea.

4. "In casu", as instâncias ordinárias se apoiaram nos fatos concretos, ante as peculiaridades das circunstâncias que cercaram a prática da ação delituosa, sopesando a grave ameaça empregada e a impossibilidade de reação da vítima, em face do emprego de arma de fogo, quando da estipulação do regime inicial fechado.

5. "Habeas corpus" não conhecido por ser substitutivo do recurso cabível.

(HC 279.272/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2013, DJe 25/11/2013).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. ART. 157, § 2.º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO. ARMA DE FOGO. EXAME PERICIAL. NÃO APREENSÃO DO INSTRUMENTO. DISPENSABILIDADE PARA A CARACTERIZAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO, QUANDO PROVADO O SEU EMPREGO NA PRÁTICA DO CRIME, COMO NO CASO, PELO FIRME E COESO DEPOIMENTO DAS VÍTIMAS. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE, NO JULGAMENTO DO ERESP N.º 961.863/RS. RECONHECIMENTO DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 3/8. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ILEGALIDADE. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO DO QUE O LEGALMENTE PERMITIDO. ALEGADA VIOLAÇÃO À SÚMULA N.º 440/STJ. INEXISTÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. MODUS OPERANDI QUE DEMONSTRA MAIOR REPROVABILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

3. Hipótese em que o Paciente foi condenado às penas de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 13 (treze) dias-multa, pela suposta prática do delito tipificado no art. 157, § 2.º, incisos I e II, do Código Penal.

(...)

7. O fato da especial reprovabilidade do crime não ter sido utilizada para a exasperação da pena-base demonstra tão-somente a benevolência das instâncias ordinárias, não conduzindo à inferência de que há violação ao enunciado da Súmula n.º 440/STJ, uma vez que o regime fechado foi



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estabelecido por conta da gravidade concreta do crime.

8. *Habeas corpus não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida de ofício para, mantida a condenação, reformar o acórdão impugnado e a sentença condenatória, tão somente na terceira fase da dosimetria da pena, a fim de reduzir a reprimenda do Paciente para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.*

(HC 231.510/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 09/12/2013).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO. EMPREGO DE ARMA. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVAS. POSSIBILIDADE. REGIME FECHADO MOTIVADO NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULAS N. 718 E 719 DO STF E SÚMULA N. 440 DO STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...)

- *Não há se falar em ilegalidade na fixação do regime mais gravoso quando, apesar de a pena-base ter sido estabelecida no mínimo legal, foram consideradas as circunstâncias fáticas ensejadoras do regime mais gravoso, caracterizadas pela utilização de arma de fogo - potencialmente mais lesiva -, circunstância que evidencia a acentuada periculosidade do paciente. Precedentes.*

- *O crime de roubo cometido com uso de arma de fogo exprime maior periculosidade social do agente, o que exige que seja dada uma resposta penal mais severa para a repressão e prevenção do delito, justificando-se, então, a imposição do regime mais gravoso.*

Habeas corpus não conhecido.

(HC 250.543/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2013, DJe 28/06/2013).

PENAL. REGIME INICIAL PARA CUMPRIMENTO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. USO ARMA DE FOGO. CONCURSO DE AGENTES.

"Impossibilidade de fixação do regime intermediário para início de desconto da pena se a opção pelo regime fechado não se deu com base na gravidade abstrata do delito, mas, ao contrário, com fulcro nas especificidades da causa que, por sua vez, exigem maior rigor no apenamento, bem como na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mecânica delitiva do crime, notadamente diante do emprego de arma de fogo para o cometimento da infração, circunstância que evidencia a acentuada periculosidade do paciente" (HC 206.767/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 22/09/2011).

Nego provimento ao recurso especial.

(REsp 1.329.069/SP, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2013, DJe 27/06/2013).

No mesmo sentido, já se pronunciou a 6ª Turma desta Corte:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. REGIME FECHADO. IMPOSIÇÃO. POSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME.

1. Apesar da aplicação da pena no mínimo legal e da primariedade do agravante, a fixação do regime mais severo teve fundamentação idônea, extraída de elementos concretos da prática delitiva, em que houve ameaças às vítimas, por meio da utilização direta de arma de fogo.

2. Inexiste ilegalidade na imposição do regime fechado, tampouco desrespeito ao comando das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.

3. A estipulação do regime de cumprimento da pena não está atrelado, em caráter absoluto, à pena-base. O fato de esta ser colocada no mínimo legal não torna obrigatória a fixação de regime menos severo, desde que, por meio de elementos extraídos da conduta delitiva, seja demonstrada a gravidade concreta do crime, de forma a autorizar a imposição de regime mais rigoroso do que aquele permitido pelo quantum da reprimenda.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 169.855/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/05/2013, DJe 29/05/2013).

Isto posto, **NÃO CONHEÇO** do *habeas corpus*.

Porém, com fundamento no art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, **CONCEDO A ORDEM**, de ofício, para alterar a fração das causas de aumento do roubo para o mínimo legal, qual seja, 1/3 (um terço), redimensionando as penas definitivas de Diego José Ferreira para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, além do pagamento de 13 (treze)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dias-multa.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0132727-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 269.754 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00077857720118260050 050110077857 1312011 50110077857 77857720118260050

EM MESA

JULGADO: 05/06/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **REGINA HELENA COSTA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MOURA RIBEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: DIEGO JOSÉ FERREIRA
CORRÉU	: LUCAS ROBERTO DA SILVA CUNHA

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze.