



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 356.068 - SP (2016/0123316-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JOÃO FELIPPE BELEM DE GOUVÊA REIS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WILLIAN APARECIDO DE OLIVEIRA PEREZ
PACIENTE : BRENO DE CASSIO NUNES
PACIENTE : FRANCISCA MARIA SOUZA

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. SEGUNDA FASE. CONFISSÃO PARCIAL. COMPENSAÇÃO ENTRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE. MATÉRIA PACIFICADA NO ERESP N. 1.154.752/RS. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DE APREENSÃO. UTILIZAÇÃO DEMONSTRADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. POSSIBILIDADE. AUMENTO DA PENA EM FRAÇÃO SUPERIOR AO MÍNIMO DE 1/3. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DO STJ. NÃO APLICAÇÃO. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *writ*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

– Esta Corte firmou o entendimento de que a confissão do acusado, mesmo quando eivada de teses defensivas, discriminantes ou exculpantes, deve ser reconhecida na dosagem da pena como circunstância atenuante, nos termos do art. 65, III, "d", do Código Penal. Aplicação do enunciado n. 545 da Súmula do STJ.

– A Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar o EREsp n. 1.154.752/RS, uniformizou o entendimento de que a atenuante da confissão espontânea deve ser compensada com a agravante da reincidência.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Nos termos do enunciado n. 443 da Súmula do 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.*
- Na hipótese, o aumento da pena em fração superior ao mínimo, em razão da incidência de duas majorantes, decorreu de peculiaridades concretas do crime – quatro agentes envolvidos na empreitada criminosa, com emprego de arma de fogo. Em tais condições, fica afastada a aplicação do enunciado n. 443 da Súmula desta Corte.
- Nos termos da jurisprudência pacífica desta Corte, a definição do regime prisional não está condicionada, de forma absoluta, à quantidade de pena aplicada, uma vez que se deve dar relevo aos demais elementos concretos do delito.
- Na hipótese, não se verifica constrangimento ilegal na fixação do regime inicial fechado, pois foi aplicado com base na gravidade concreta do delito, evidenciada pelo *modus operandi*, cometido com exacerbada ousadia – as vítimas foram abordadas quando saíam de casa, por quatro agentes, mediante o uso de arma de fogo, com a subtração de bens e do automóvel das vítimas. Precedentes desta Corte.
- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para compensar a atenuante de confissão espontânea com a agravante de reincidência, reduzindo as penas aplicadas ao paciente Willian para 6 anos e 5 meses de reclusão, e 15 dias-multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de junho de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 356.068 - SP (2016/0123316-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JOÃO FELIPPE BELEM DE GOUVÊA REIS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WILLIAN APARECIDO DE OLIVEIRA PEREZ
PACIENTE : BRENO DE CASSIO NUNES
PACIENTE : FRANCISCA MARIA SOUZA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de WILLIAN APARECIDO DE OLIVEIRA PEREZ, BRENO DE CASSIO NUNES e FRANCISCA MARIA SOUZA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao julgar a Apelação n. 0006433-44.2014.8.26.0191.

Consta dos autos que o paciente WILLIAN APARECIDO DE OLIVEIRA PEREZ foi condenado às penas de 8 anos e 7 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 31 dias-multa, como incurso no art. 157, § 2º, I e II, c/c art. 70, ambos do Código Penal e os pacientes BRENO DE CASSIO NUNES e FRANCISCA MARIA SOUZA foram condenados às penas de 6 anos e 5 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 15 dias-multa, como incursos no art. 157, § 2º, I e II, c/c art. 70, ambos do Código Penal (fls. 18/23).

Inconformados, apelaram ambas as partes, tendo o Tribunal de origem provido parcialmente o recurso da defesa somente para reduzir as penas do paciente Willian para 7 anos, 3 meses e 3 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais pagamento de 16 dias-multa e para prover o recurso do representante do *Parquet*, fixando o regime inicial fechado para os demais pacientes, em acórdão juntado às fls. 68/79, cuja ementa se transcreve:

**ROUBO MAJORADO - RECURSO DEFENSIVO - AFASTAMENTO
DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA - DESCABIMENTO -
PROVA ORAL CONFIRMA TAL CIRCUNSTÂNCIA**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E PERICIAMENTO - NÃO ACOLHIMENTO DO PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA - CONFISSÃO APENAS PARCIAL - REDUÇÃO DO PATAMAR DE AUMENTO EM DECORRÊNCIA DA REINCIDÊNCIA PARA O ACUSADO WILLIAN - MANUTENÇÃO DA EXASPERAÇÃO EM 3/8 COM BASE NAS MAJORANTES - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ACOLHIMENTO DO PEDIDO DF. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO PARA OS RÉUS BRENO E FRANCISCA - CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO JUSTIFICAM O REGIME MAIS GRAVOSO RECURSO PROVIDO.

Neste *writ*, sustenta a impetrante que o paciente sofre constrangimento ilegal, aos seguintes fundamentos: *a)* deve ser reconhecida a atenuante de confissão espontânea, porquanto utilizada como fundamento para a condenação, de forma a ser decotada da pena e, para o paciente Willian, deve ser compensada com a agravante de reincidência; *b)* deve ser afastada a majorante de uso de arma de fogo, tendo em vista não ter sido o objeto apreendido e periciado; *c)* na terceira fase da dosimetria, a pena foi exasperada em fração superior a 1/3, baseando-se as instâncias ordinárias no critério meramente matemático, referente ao número de majorantes presentes no caso, sem a indicação de circunstâncias concretas a justificarem a exasperação acima do patamar mínimo, o que está em desacordo com o disposto no enunciado n. 443 da Súmula desta Corte; *d)* deve ser fixado o regime inicial semiaberto para os pacientes Breno e Francisca, ante a ausência de fundamentação concreta para a imposição de regime mais rigoroso que o previsto para a pena aplicada, pois primários e favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, a tornar aplicáveis ao caso os enunciados 440 da Súmula desta Corte e 718 e 719 da Súmula do STF.

Requer, liminarmente, a fixação de regime inicial semiaberto para os pacientes Breno e Francisca e, no mérito, a realização de nova dosimetria da pena, nos termos dos fundamentos acima expendidos, com o estabelecimento definitivo do regime inicial semiaberto.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 84/85).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão do *habeas corpus* de ofício apenas quanto ao pedido de redução da pena, *proporcional ao reconhecimento de confissão espontânea parcial pelos pacientes; e da consequente compensação parcial com a agravante da reincidência em relação à Willian* (fl. 94).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 356.068 - SP (2016/0123316-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpre analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Quarta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa dos pacientes, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Como é cediço, a dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

As instâncias ordinárias, na segunda fase da dosimetria, não reconheceram a atenuante da confissão espontânea pelo fato de ter sido parcial, pois os pacientes *tentaram diminuir sua responsabilidade, alegando que a arma empregada seria apenas um simulacro*. E acrescenta que *no tocante ao corréu Willian, não se pode olvidar que, nos*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

termos do art. 67, do Código Penal, a agravante da reincidência preponderaria sobre a atenuante da confissão espontânea (fls. 74/75).

No que tange à atenuante da confissão, este Superior Tribunal tem assentado que *a confissão, ainda que parcial, ou mesmo qualificada – em que o agente admite a autoria dos fatos, alegando, porém, ter agido sob o pálio de excludentes de ilicitude ou de culpabilidade –, deve ser reconhecida e considerada para fins de atenuar a pena* (HC 337.797/MA, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 18/2/2016, DJe 29/2/2016).

A matéria, inclusive, encontra-se sumulada, consoante o enunciado n. 545 da Súmula desta Corte, que dispõe:

Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal.

No caso, mesmo que parcial, pois os acusados admitiram o roubo, mas argumentaram que utilizaram um simulacro de arma, a confissão foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, devendo incidir a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal em favor dos pacientes.

Assim, reconhecida a atenuante de confissão espontânea, cumpre destacar que a Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp n. 1.154.752/RS, uniformizou o entendimento de que a atenuante da confissão espontânea deve ser compensada com a agravante da reincidência, ao reconhecer que as causas devem ser igualmente valoradas.

Acerca do tema, confirmam-se os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO. DOSIMETRIA. COMPENSAÇÃO ENTRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. MATÉRIA PACIFICADA NO ERESP 1.154.752/RS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

admitir habeas corpus substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

- No julgamento EREsp n. 1.154.752/RS, a Terceira Seção desta Corte Superior uniformizou o entendimento de que a atenuante da confissão espontânea deve ser compensada com a agravante da reincidência, reconhecendo que ambas as causas devem ser igualmente valoradas.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para que seja compensada a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, reduzindo a pena imposta ao paciente para 3 (três) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão e 7 dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão (HC 275.896/SP, Relatora Ministra Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Sexta Turma, DJe 14/3/2014).

HABEAS CORPUS. ART. 155, CAPUT, E ART. 155, § 4.º, I, C.C. ART. 69, DO CÓDIGO PENAL. (1) WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. (2) QUALIFICADORA DE ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL. ILEGALIDADE MANIFESTA. (3) COMPENSAÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE. (4) WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. In casu, há manifesta ilegalidade no tocante à incidência da qualificadora de rompimento de obstáculos, dada a ausência de laudo pericial, não se justificando que seja suprido pela prova testemunhal sem motivação idônea. (Precedentes).

3. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EREsp 1.154.752/RS, pacificou o entendimento no sentido de que a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea são igualmente preponderantes, pelo que devem ser compensadas.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de afastar a qualificadora e compensar a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, reduzindo a reprimenda do paciente para 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, mais 23 (vinte e três) dias-multa, no tocante a Ação Penal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

n.º 30/2011, Código 26473, da 1.ª Vara da Comarca de Canarana/MT, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão (HC n. 234.153/MT, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 24/3/2014).

Na terceira fase da dosimetria, quanto ao pedido de afastamento da majorante relativa ao emprego de arma de fogo, esta Corte Superior firmou o entendimento no sentido de que a incidência da mencionada majorante prescinde de apreensão e perícia da arma, notadamente quando comprovada sua utilização por outros meios de prova, tais como a palavra da vítima ou mesmo de testemunhas.

Nesse contexto, uma vez comprovado, no caso dos autos, por meio do depoimento das vítimas (fl. 19), a utilização de arma de fogo, a ausência de apreensão e posterior perícia do objeto não é capaz de afastar a incidência da causa de aumento de pena, prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal.

Nesse sentido, confira-se:

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA. DISPENSABILIDADE. POTENCIALIDADE LESIVA. EXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS DE PROVA (NO CASO, FIRME E COESO DEPOIMENTO DA VÍTIMA). INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. POSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO ERESP 961.863/RS DESTA CORTE. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO PLENÁRIO DO PRETÓRIO EXCELSO, NO MESMO SENTIDO. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. Conforme entendimento pacificado nesta Corte Superior, 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 de pena prevista no art. 157, § 2.º, inciso I, do Código Penal, desde que existentes outros meios aptos a comprovar o seu efetivo emprego na ação delituosa. Precedentes desta Corte e do Excelso Pretório.

2. Dispõe o art. 167 do Código de Processo Penal que o laudo pericial pode ser suprido pela prova testemunhal diante do desaparecimento dos vestígios para o exame do corpo de delito, como na espécie, em que não houve a apreensão da arma.

3. Esta Quinta Turma, em diversos julgamentos, admitiu que o firme e coeso depoimento da vítima é, por si só, hábil a comprovar o uso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de arma no delito de roubo: HC n. 116.487/GO, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 18/10/2010; HC n. 159.854/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe 28/6/2010; REsp n. 1.111.783/RS, Relator Ministro Jorge Mussi, DJe 21/6/2010; e HC n. 135.663/RJ, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe 12/4/2010, v.g..

4. Ordem de habeas corpus denegada (HC n. 239.769/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 19/3/2013).

Outrossim, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o critério para a exasperação da pena, em razão das causas de aumento no crime de roubo, não deve ser apenas matemático, mas subjetivo, a ser evidenciado pelas circunstâncias do caso concreto. O referido entendimento foi expresso no enunciado n. 443 da Súmula desta Corte, segundo o qual:

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.

Em relação às majorantes do roubo, o Tribunal local ressaltou que o *crime foi praticado por quatro agentes em concurso e ao menos um deles portava uma arma de fogo* (fl. 76).

Conforme se observa, na terceira fase da dosimetria da pena, foi aplicado o acréscimo em fração superior a 1/3 em razão do elevado número de agentes na empreitada criminosa, no caso quatro, que se utilizaram de arma de fogo.

Verifica-se, dessa forma, que as instâncias ordinárias apresentaram fundamentação concreta e suficiente para o acréscimo da pena, pelas majorantes previstas no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, de forma que não se aplica ao caso o enunciado n. 443 da Súmula deste Tribunal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO MAJORADO. ARMA DE FOGO. EXAME PERICIAL. IMPOSSIBILIDADE. NÃO APREENSÃO DO INSTRUMENTO. DISPENSABILIDADE PARA A CARACTERIZAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO, QUANDO PROVADO O SEU EMPREGO NA PRÁTICA DO CRIME. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NO JULGAMENTO DO ERESP N.º 961.863/RS. AUMENTO DE 1/2 EM RAZÃO DA PRESENÇA DE QUATRO CAUSAS ESPECIAIS DE AUMENTO DE PENA. MOTIVAÇÃO CONCRETA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 443 DO STJ. ORDEM DENEGADA.

1. Nos termos do art. 167 do Código de Processo Penal, o laudo pericial pode ser suprido pela prova testemunhal diante do desaparecimento dos vestígios, como na espécie, em que não houve a apreensão da arma de fogo.

2. Nesse contexto, 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 sentença condenatória consignou ser inconteste o uso da arma na empreitada criminosa, conforme demonstrado pelas provas carreadas aos autos. Assim, para se afastar a referida conclusão, seria imprescindível a realização de um aprofundado exame do conjunto fático-probatório, o que não se mostra viável na via estreita do habeas corpus.

4. **A presença de quatro causas de aumento no crime de roubo não é, de per si, motivo obrigatório de majoração da punição em percentual acima do mínimo previsto. Todavia, a necessária indicação de circunstâncias concretas que justifiquem o aumento, foi apresentada, ressaltando-se a especial reprovabilidade da conduta, dos Pacientes, que - previamente ajustados - (i) renderam o ofendido fazendo uso de arma de fogo, (ii) impossibilitaram o acionamento da polícia, uma vez que, enquanto "dois deles empreenderam fuga, levando consigo os bens subtraídos, o terceiro manteve a vítima [custodiada]", (iii) "privando-a de sua liberdade de locomoção [...] por mais de 1:00 h", (iv) obrigaram a vítima a fugir nua em meio a um matagal, bem como (v) "transportaram o veículo roubado a outro Estado da Federação".**

5. Ordem denegada (HC 170.957/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJe 7/3/2012).

HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. POSSE MANSA E PACÍFICA. DESNECESSIDADE. FORMA TENTADA. PRETENDIDO RECONHECIMENTO. INVIABILIDADE NA VIA ESTREITA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NECESSIDADE DE EXAME DE FATOS E PROVAS. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.

1. A jurisprudência da Terceira Seção tem se orientado no sentido de que se considera consumado o crime de roubo com a simples inversão da posse, ainda que breve, do bem subtraído, não sendo necessária que a mesma se dê de forma mansa e pacífica, bastando que cessem a clandestinidade e a violência.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Para reconhecer que o roubo deu-se na sua forma tentada, e não consumada, necessário o revolvimento de todo o elenco de fatos e provas coletados no curso da persecução criminal, providência incabível na via restrita do habeas corpus.

DUAS MAJORANTES. AUMENTO DE PENA EM 3/8. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS QUE INDICAM A NECESSIDADE DE EXASPERAÇÃO ACIMA DA FRAÇÃO MÍNIMA. MOTIVAÇÃO CONCRETA. ESCOLHA DO QUANTUM DE AUMENTO FUNDAMENTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE. ORDEM DENEGADA.

1. É entendimento deste Tribunal que a presença de duas causas de especial aumento previstas no § 2º do art. 157 do CP pode exacerbar a pena acima do patamar mínimo de 1/3 quando as circunstâncias do caso concreto assim autorizem.

2. Verificando-se que a imposição da fração de aumento de 3/8, na terceira etapa da dosimetria, não foi apenas com base na quantidade de majorantes, mas em razão das particularidades do caso concreto, indicadoras da necessidade de maior reprovabilidade, não há o que se falar em constrangimento ilegal a ser sanado através da via eleita.

3. Ordem denegada (HC 144545/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe de 9/3/2011).

Devem ser mantidas, assim, as penas fixadas pelas instâncias ordinárias na terceira fase da dosimetria da pena de todos os pacientes.

Ante as ilegalidades reconhecidas na dosimetria da pena do paciente Willian, **passo à nova dosagem da sanção:**

Mantenho a pena-base fixada no mínimo legal e, na segunda etapa, compenso a atenuante de confissão espontânea com a agravante de reincidência.

Na terceira fase, aplica-se a fração de 3/8 em razão da incidência das duas causas de aumento – emprego de arma e concurso de agentes.

Tendo em vista a incidência do art. 70 do Código Penal, aplico ao caso a fração de 1/6.

Diante disso, a pena definitiva aplicada ao paciente Willian é de 6 anos e 5 meses de reclusão, e 15 dias-multa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto ao regime fixado para os réus Breno e Francisca, tendo em vista a primariedade dos pacientes, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta. Foi elaborado, então, o enunciado n. 440 da Súmula deste Tribunal, segundo o qual *"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"*. Na mesma esteira, são os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam:

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.

Verifica-se que o Tribunal local, ao aplicar o regime fechado, destacou a gravidade concreta do crime, ressaltando o *modus operandi* do delito, ao consignar a periculosidade exacerbada dos agentes (concurso de 4 pessoas), utilizando arma de fogo.

Assim agindo, o Tribunal local conferiu legalidade ao regime semiaberto imposto, pois baseou-se na gravidade concreta do delito, destacando o *modus operandi* da conduta delitiva dos acusados, não sendo o caso, portanto de aplicação do disposto no enunciado n. 440 da Súmula desta Corte. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita se revela inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. Todavia, o alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ARTIGO 157, § 2º, INCISOS I, II e V, DO CÓDIGO PENAL). DOSIMETRIA. CAUSAS DE AUMENTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE PENA. TRÊS MAJORANTES. ACRÉSCIMO DA REPRIMENDA EM 1/2. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E CONCRETA. OFENSA À SÚMULA 443 DESTA CORTE NÃO CONFIGURADA. PRECEDENTES DESTE STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. É possível a exasperação da pena em patamar superior ao mínimo de 1/3 (um terço) quando há a presença de três causas de aumento previstas no § 2º do artigo 157 do Código Penal, desde que as circunstâncias do caso assim autorizem.

2. Na hipótese, constata-se que o aumento da pena em 1/2 (metade) não foi efetuado tão-somente em razão da presença de três majorantes, encontrando-se perfeitamente justificado em fatores concretos, dadas as circunstâncias em que ocorreu o roubo em questão, inexistente, portanto, ilegalidade a ser sanada através de via eleita. Precedentes desta Corte Superior.

REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. MANUTENÇÃO JUSTIFICADA. ELEVADO NÚMERO DE AGENTES. EMPREGO DE ARMAS DE FOGO. RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE COAÇÃO ILEGAL.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que a escolha do sistema prisional não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum da pena corporal firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso concreto.

2. Na espécie, as instâncias de origem concluíram de modo fundamentado quanto ao regime inicial fechado, em razão da gravidade concreta do delito cometido, considerando as circunstâncias em que foi perpetrado - mediante 4 (quatro) agentes, com emprego de armas de fogo e restrição da liberdade da vítima - reveladoras da periculosidade do paciente, não havendo ilegalidade na manutenção do modo mais severo de execução.

3. Habeas corpus não conhecido (HC 314.301/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 23/02/2016).

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AFRONTA AO ART. 157, § 2º, V, DO CP. PLEITO DE AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. VIOLAÇÃO AO ART. 157, § 2º, DO CP. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. ROUBO TRIPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA, CONCURSO DE PESSOAS E RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DA VÍTIMA. FRAÇÃO DE 5/12 DAS CAUSAS DE AUMENTO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. EXEGESE DA SÚMULA 443/STJ. MALFERIMENTO AOS ARTS. 33 E 59, AMBOS DO CP. PENA-BASE NO MÍNIMO. FIXAÇÃO DE REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE JUSTIFICAM. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. *A despeito da oposição de embargos de declaração, a tese relativa ao afastamento da causa de aumento referente à restrição da liberdade da vítima não foi objeto de apreciação pela Corte de origem, carecendo, portanto, de prequestionamento. Incidência do enunciado nº 211 da Súmula desta Corte.*

2. *Em se tratando de roubo circunstanciado, a majoração da pena na terceira fases da dosimetria acima do mínimo legal requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, o que se verifica no caso em apreço.*

3. ***Não obstante a estipulação da reprimenda final em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, encontra-se motivada a sujeição a regime mais gravoso quando alicerçado em elementos concretos, a despeito destes não terem sido empregados na fixação da pena-base, estabelecida no mínimo legal. Na espécie, o Tribunal a quo salientou particularidade fática (concurso de agente envolvendo menor inimputável, emprego de arma de fogo e restrição de liberdade da vítima), que traz para o palco dos acontecimentos um plus de reprovabilidade, impedindo o abrandamento do regime inicial de cumprimento da pena.***

4. *Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp 850.178/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 15/03/2016).*

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO QUALIFICADO PELA LESÃO CORPORAL GRAVE. ART. 157, § 3º, PRIMEIRA PARTE, DO CÓDIGO PENAL. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTOS CONCRETOS E IDÔNEOS. PERICULOSIDADE SOCIAL DOS AGENTES.

1. *Dispõe a Súmula 440 desta Corte Superior: "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."*

2. *No caso, as instâncias ordinárias justificaram a necessidade do regime mais gravoso com base em elementos concretos, notadamente no modus operandi do crime de roubo, visto que praticado em concurso de agentes e mediante disparo de arma de fogo contra um taxista de 61 anos de idade, sendo a vítima alvejada com um tiro na perna e, logo após a subtração do seu instrumento de trabalho, restou abandonada, à própria sorte, em um canavial.*

3. ***É certo que as circunstâncias judiciais são favoráveis ao***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recorrente, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal. Entretanto, o Juiz sentenciante, ao estabelecer o regime fechado para o início do cumprimento da pena, ressaltou a gravidade dos ferimentos causados na vítima, bem como a periculosidade social dos agentes.

4. Ora, o emprego de arma de fogo na prática delitiva denota não só maior periculosidade do agente mas também uma ameaça maior à incolumidade da vítima, sendo tal gravidade tão manifesta, que não se requerem maiores explanações para descrever o óbvio.

5. De ressaltar 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 sua sentença apoiado nas circunstâncias elencadas no art. 59 do mesmo Estatuto" (HC 295232/RJ, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA, DJe 09/03/2015).

6. Recurso especial não provido (REsp 1501738/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 18/08/2015).

Ante o exposto, **não conheço** do presente *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício, para reduzir as penas impostas ao paciente Willian para **6 anos e 5 meses de reclusão, e 15 dias-multa**, nos termos da fundamentação acima expendida.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0123316-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 356.068 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00064334420148260191 13302014 20140000800633 20150000903581
22036920420148260000 64334420148260191

EM MESA

JULGADO: 14/06/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: JOÃO FELIPPE BELEM DE GOUVÊA REIS
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: WILLIAN APARECIDO DE OLIVEIRA PEREZ
PACIENTE	: BRENO DE CASSIO NUNES
PACIENTE	: FRANCISCA MARIA SOUZA

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 do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.