



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 364.525 - SP (2016/0197539-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNA GONÇALVES LOUREIRO DE ANDRADE BARROS - DEFENSORA PÚBLICA - RJ142665
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GABRIEL CARNEIRO DE ARAGAO (PRESO)

EMENTA

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

1. A via eleita revela-se 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. Precedente.

2. 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 E II, DO CÓDIGO PENAL). EMPREGO DE ARMAS DE FOGO. POTENCIALIDADE LESIVA. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E DE EXAME PERICIAL. DESNECESSIDADE. EXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS DE PROVA A ATESTAR O EFETIVO EMPREGO DO OBJETO. LESIVIDADE QUE INTEGRA A PRÓPRIA NATUREZA. PROVA EM SENTIDO CONTRÁRIO. ÔNUS DA DEFESA. PRECEDENTE DA TERCEIRA SEÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AFASTADO. MANUTENÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DO INCISO I DO § 2º DO ART. 157 DO CP. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

1. Consoante entendimento firmado pela Terceira Seção deste Tribunal Superior, para o reconhecimento da causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, mostra-se dispensável a apreensão do objeto e a realização de exame pericial para atestar a sua potencialidade lesiva, quando presentes outros elementos probatórios que atestem o seu efetivo emprego na prática delitiva (EResp 961.863/RS).

2. O poder vulnerante integra a própria natureza do artefato, sendo ônus da defesa, caso alegue o contrário, provar tal evidência. Exegese do art. 156 do CPP.

PENA-BASE. REPROVABILIDADE CONCRETA DO DELITO. DESFAVORABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

1. Havendo suficiente fundamentação quanto à reprovabilidade do crime, tendo em vista o seu *modus operandi*, não há o que se falar em ilegalidade do acórdão no ponto em manteve a pena-base, fixada acima do mínimo legal, em razão da desfavorabilidade das circunstâncias judiciais.

2. A atenuante da menoridade relativa não é compensável com as circunstâncias judiciais desfavoráveis, tendo sido aplicada na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

segunda fase da dosimetria.

CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. DUAS MAJORANTES. AUMENTO DA REPRIMENDA EM 1/2 (METADE). PRESENÇA DE FATORES QUE INDICAM A NECESSIDADE DE EXASPERAÇÃO ACIMA DA FRAÇÃO MÍNIMA. COAÇÃO INEXISTENTE.

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

2. Verificando-se que o aumento em 1/2 (metade), na terceira etapa da dosimetria, encontra-se devidamente fundamentado nas particularidades do caso concreto, indicadoras da necessidade de maior reprovabilidade da conduta perpetrada, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MODO MAIS GRAVOSO DE CUMPRIMENTO DE PENA JUSTIFICADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. A teor da jurisprudência reiterada deste Sodalício, a escolha do regime inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao total da pena firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso versado.

2. Na hipótese, a necessidade de imposição de regime prisional mais gravoso foi devidamente fundamentada na gravidade concreta do delito cometido, reveladora da maior periculosidade do agente, tendo a pena-base sido firmada acima do mínimo legal, em razão da presença de circunstância judicial desfavorável ao paciente.

3. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de novembro de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 364.525 - SP (2016/0197539-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNA GONÇALVES LOUREIRO DE ANDRADE BARROS -
DEFENSORA PÚBLICA - RJ142665
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GABRIEL CARNEIRO DE ARAGAO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de GABRIEL CARNEIRO DE ARAGÃO contra acórdão proferido pela 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento à Apelação n. 0002738-54.2013.8.26.0050, mantendo a sentença que o condenou à pena de 6 (seis) anos e 9 (nove) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do delito previsto no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que seria devido o afastamento da causa de aumento referente ao emprego de arma, pois a não apreensão do artefato inviabilizaria a comprovação de sua lesividade, requisito indispensável à incidência da majorante.

Aduz que não teria havido prova concreta do "arrastão" no restaurante relatado na denúncia, denotadora da "ousadia" dos acusados, a justificar o estabelecimento da pena-base em 5 (cinco) anos de reclusão, impondo-se a redução ao mínimo legal ou a compensação com a atenuante da menoridade relativa, ressaltando que o paciente é primário e possui bons antecedentes.

Alega que o aumento da pena em 1/2 (metade), na terceira fase, da dosimetria, ter-se-ia dado sem a devida fundamentação, adotando-se apenas a quantidade de majorantes, o que não é permitido nos termos da Súmula 443/STJ.

Assevera que, tendo em vista a primariedade, os bons antecedentes do paciente e o *quantum* da sanção ser inferior a 8 (oito) anos, o regime inicial deveria ser alterado para o semiaberto, conforme descrito no art. 33, § 2º, alínea b, do CP e nos Enunciados Sumulares 718 da Suprema Corte e 440/STJ.

Defende que deveria ser mitigado o regime inicial para o aberto, em razão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da detração, visto que o paciente se encontra preso preventivamente desde 15/01/2014.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal opinou pelo parcial conhecimento do *writ*, e, na parte conhecida, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 364.525 - SP (2016/0197539-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105 da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

A propósito:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA DEMONSTRADA. ACUSADO FORAGIDO. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL.

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, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em se concede a ordem de ofício.

(...)

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 302.771/PI, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 11/11/2014, DJe 19/11/2014)

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

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 6 (seis) anos e 9 (nove) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do delito previsto no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, porque:

*Consta do incluso inquérito policial, inaugurado por portaria administrativa, que no dia 7 de dezembro de 2012, por volta das 00h30min, no interior do estabelecimento comercial Zen Sushi, situado na Avenida Lavandisca, nº648, nesta cidade e Comarca, **ANTONIO HERIVAN NASCIMENTO ALVES e***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

GABRIEL CARNEIRO DE ARAGÃO qualificados, respectivamente, às fls.45 e 49, previamente conluídos e em **concurso de agentes** com outros dois indivíduos ainda não identificados, **FORTEMENTE ARMADOS**, subtraíram, para eles, mediante grave ameaça exercida com **armas de fogo, entre elas uma de grosso calibre, METRALHADORA**, uma bolsa, uma bolsa, um cartão de crédito Visa Platinun, uma Carteira de Identificação Funcional, um Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo, um aparelho celular Motorola/Nextel pertencentes à vítima protegida pelo provimento CG 32/G0 e carteira, cartões bancários e de crédito, RG, CNH, 4 folhas de cheque nos valores de R\$4.000,00 e uma no valor de R\$4.900,00, um celular samsung Galaxy e um relógio de pulso rolex. pertencentes a S. SR.

Os acusados, em conluio com dois indivíduos, chegaram em um I30, preto, estacionaram e um deles permaneceu do lado de fora do estabelecimento, adentrando o restante no restaurante e, de arma em punho anunciaram o assalto. Abordaram alguns clientes, utilizando-se de agressividade e empunhando armas, ANTÔNIO HERÍVAN portando a de grosso calibre, **METRALHADORA**.

Exigiram, mediante extremada agressividade e engatilhando as armas em direção às vítimas, fregueses, funcionários e responsável pelo estabelecimento, seus bens, invertendo tudo o que portavam ou possuíam no momento.

GABRIEL gritava para os demais, a todo momento : **NÃO ESQUECE O DINHEIRO DO CAIXA**".

Na posse dos bens de todos os clientes, os quatro empreenderam fuga na condução do veículo I30, preto, de placas não observadas, tomando rumo ignorado.

Apenas dois dos clientes tiveram coragem de registrar os fatos no distrito, os demais voltando para casa e nada registrando, tamanho o pavor por que passaram.

Os representantes do estabelecimento também não quiseram e até se recusaram a comparecer ao distrito, em diligência determinada pelo Ministério Público, durante a investigação.

Encaminhadas duas vítimas para possível reconhecimento fotográfico dos suspeitos, GABRIEL e ÀNTONIO foram reconhecidos como dois dos autores do crime em tela. (e-STJ fls. 15/16)

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante a Corte de origem, a qual lhe negou provimento, mantido o édito condenatório.

Inicialmente, quanto ao emprego de arma de fogo, a questão referente à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

legalidade ou não da manutenção da causa agravadora da pena, quando a arma não foi apreendida e periciada e, via de consequência, comprovado o seu efetivo poder vulnerante, findou dirimida neste Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do EResp n. 961.863/RS, no dia 13-12-2010, pela sua Terceira Seção, que houve por bem rejeitar os embargos de divergência, em acórdão lavrado pelo Exmo. Sr. Ministro Gilson Dipp, assim ementado:

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 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)

Assim, confirmou-se a orientação que já vinha sendo seguida por esta Quinta Turma, pacificando nesse Superior Tribunal a questão referente à legalidade da aplicação da causa de especial aumento de pena do inciso I do § 2º do art. 157 do CP, mesmo não tendo sido apreendido e periciado o revólver empregado no roubo, a fim de comprovar o seu poder vulnerante, quando existirem nos autos elementos de prova a atestar o seu efetivo emprego, não havendo, portanto, que se falar em constrangimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ilegal no caso dos autos.

Na hipótese, nota-se que o Colegiado entendeu devidamente comprovado o emprego da arma de fogo, conforme se verifica da fundamentação do acórdão impugnado no ponto em que reconheceu a incidência da majorante em questão:

As qualificadoras da comparsaria e do emprego de arma restaram bem delineadas pelas declarações das vítimas, que atestaram o liame subjetivo entre os agentes do delito e a utilização da arma. Saliento que não é necessária a apreensão da arma para o reconhecimento da respectiva causa de aumento de pena; apenas argumentando, se a arma de brinquedo fosse, ou estivesse inapta para disparar, mesmo assim qualificaria o roubo, como vem decidindo esta Turma Julgadora. (e-STJ fl. 61)

Nesse contexto, inviável a alegação de que as instâncias de origem incorreram em constrangimento ilegal, pois, verificando-se que no caso concreto a prova oral foi utilizada para atestar o uso efetivo da arma no assalto, restando plenamente comprovado o seu emprego, não há como excluir da condenação a causa de especial aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do CP.

Ademais, além de comprovada pelos relatos aludidos, o poder vulnerante integra a própria natureza do artefato, sendo ônus da defesa, caso alegue o contrário, ou seja, sustente ausência de potencial lesivo do objeto utilizado para intimidar a vítima, provar tal evidência, nos termos do contido no art. 156 do CPP, o que, diga-se, não ocorreu.

Nesse sentido, os precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. JULGADO PROFERIDO EM HABEAS CORPUS. INAPTIDÃO PARA COMPROVAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS DE PROVA. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM ENTENDIMENTO DO STJ. SÚMULA N. 83 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Os julgados prolatados em habeas corpus não se prestam à

configuração do dissídio jurisprudencial.

2. Quando o recurso interposto estiver fundado em dissídio pretoriano, deve a parte colacionar aos autos cópia dos acórdãos em que se fundamenta a divergência, bem como realizar o devido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cotejo analítico, demonstrando, de forma clara e objetiva, a suposta incompatibilidade de entendimentos e a similitude fática entre as demandas.

3. O acórdão impugnado firmou entendimento consoante com a jurisprudência desta Corte Superior de serem desnecessárias, para a configuração da causa de aumento de pena no roubo, a apreensão e a perícia de arma quando a sua utilização puder ser demonstrada por outros meios de prova. Aplicação da Súmula n. 83 do STJ.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 541.760/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2016, DJe 17/05/2016)

PENAL. HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CAUSA DE AUMENTO. APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA. DESNECESSIDADE. POTENCIALIDADE LESIVA. REEXAME FÁTICO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE ABSTRATA. REGIME SEMIABERTO. SÚMULAS 718 E 719 DO STF. SÚMULA 440 DO STJ. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

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

2. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência nº 961.863/RS, firmou o entendimento de que é prescindível a apreensão e a perícia da arma para a comprovação de seu potencial lesivo, bastando, para a aplicação da causa de aumento, que seja devidamente comprovado o seu emprego para a prática do crime.

3. "Se o acusado alegar o contrário ou sustentar a ausência de potencial lesivo da arma empregada para intimidar a vítima, será dele o ônus de produzir tal prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal" (HC 96.099/RS, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Pleno, maioria, DJe de 05.06.2009). Na hipótese vertente, tendo as instâncias de origem concluído pelo emprego de arma de fogo com potencial lesivo, a alegação de que se tratava de um mero simulacro demanda o reexame do contexto fático-probatório, incabível no veio restrito e mandamental do habeas corpus.

[...]

5. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício para estabelecer o regime

inicial semiaberto.

(HC 347.599/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 10/03/2016)

No tocante à aventada ilegalidade na aplicação da pena-base, para melhor elucidação da questão, transcreve-se, por oportuno, a dosimetria mantida pelo Tribunal impetrado:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

As penas-base dos acusados foram majoradas em 1/4 de forma bem fundamentada na r. sentença, tendo em vista que eles "participaram de verdadeiro 'arrastão' no estabelecimento, onde renderam todos os clientes e funcionários coletando os bens de todos, em demonstração de ousadia ímpar". Ressalto que tais circunstâncias realmente autorizam o acréscimo efetuado, não sendo cabível qualquer redução da pena-base.

A aplicação da pena-base é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o *quantum* ideal de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se pelos fatores relacionados no *caput* do art. 59 do Código Penal.

Na hipótese em apreço, verifica-se que o Tribunal impetrado, ao examinar as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, considerou desfavorável ao paciente o *modus operandi* do delito, "*visto que eles participaram de verdadeiro arrastão no estabelecimento, onde renderam todos os clientes e funcionários*", a demonstrar maior reprovabilidade da conduta.

Ademais, cabe ressaltar que não cabe compensar a atenuante da menoridade com as circunstâncias levadas em conta para a aplicação da pena-base acima do patamar mínimo, visto que, conforme destacado pelo Tribunal, a redução pela referida atenuante já fora procedida pelo Juízo competente, verbis:

Na segunda fase, reduzidas corretamente as penas de Gabriel por sua menoridade relativa [...] (e-STJ fl. 62)

No tocante às majorantes do roubo, observa-se que o magistrado sentenciante fixou a fração em 1/2 (metade), sob a seguinte fundamentação:

Incide sobre o quantum fixado a causa especial de aumento de pena do parágrafo 2º ao artigo 157 do Código Penal,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

justificando-se aumento de metade, não pela multiplicidade de causas de aumento, mas pelas características excepcionais dessas circunstâncias. Com efeito, a comparsaria se caracterizou não pela atuação de uma dupla de agentes, mas pela prática do roubo em bando, inclusive essencial a atuação em grupo criminoso ao sucesso da empreitada, que atingiu várias vítimas (toda a clientela de um restaurante), ao passo que o bando empregava não apenas uma arma, mas várias, entre elas arma pesada, cuja utilização atemorizou especialmente as vítimas, aumentada a lesividade da conduta. Vão as penas, assim, a 8 (oito) anos e 9 (nove) meses de reclusão e 21 (vinte e um) dias-multa para o réu Antonio e a 6 (seis) anos e 9 (nove) meses de reclusão e 16 (dezesesseis) dias-multa para o réu Gabriel. (e-STJ f. 29)

O Tribunal estadual manteve a fração estabelecida pelo togado singular, conforme decisão proferida nos seguintes termos:

Na última etapa, ante a dupla qualificadora, as sanções foram elevadas de metade. Vale ressaltar que o aumento não ocorreu pela mera indicação do número de majorantes. No presente caso, o digno Magistrado considerou o emprego de várias armas de fogo, inclusive armamento pesado (metralhadora), e que a comparsaria não se caracterizou pela atuação de apenas dois agentes, mas de um verdadeiro bando, circunstâncias que exigem maior reprovação. (e-STJ fl. 63)

Acerca do tema, é certo afirmar que a simples constatação da existência de duas ou mais majorantes não é suficiente para que a pena seja alçada a patamar acima da fração mínima prevista - 1/3 - , sendo necessário, para tanto, a ocorrência de circunstâncias reveladoras de gravidade - tais como o concurso de vários agentes, o uso de armas de poder lesivo ou qualquer outra circunstância que denote a periculosidade maior dos agentes envolvidos - capazes de reclamar maior severidade na reprovação da conduta.

E, no caso em exame, algumas dessas circunstâncias se fazem presentes, a exemplo da quantidade de agentes, utilizando várias armas, entre elas uma metralhadora, atemorizando especialmente as vítimas, dada a alta lesividade da conduta, justificando a elevação procedida na terceira etapa da dosimetria.

Nesse norte:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. DELITOS DE EXTORSÃO E ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO. CABIMENTO. CONFISSÃO, AINDA QUE PARCIAL, UTILIZADA COMO ELEMENTO PARA A CONDENAÇÃO. COMPENSAÇÃO INTEGRAL DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. INVIABILIDADE. PACIENTE MULTIRREINCIDENTE. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ENUNCIADO N. 443/STJ. NÃO APLICAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

6. Nos termos do disposto 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".

7. Na hipótese, o aumento da pena em fração superior ao mínimo, em razão da incidência de duas majorantes, decorreu de peculiaridades concretas do crime - três agentes envolvidos na empreitada criminosa, com emprego e arma de fogo e restrição da liberdade da vítima, por tempo considerável. Em tais condições, fica afastada a aplicação do enunciado n. 443 da Súmula desta Corte.

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente.

(HC 337.210/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2016, DJe 12/08/2016)

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE PESSOAS E EMPREGO DE ARMA DE FOGO. DOSIMETRIA DA PENA NA TERCEIRA FASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DO STJ. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MENOS GRAVOSO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

3. O STJ 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).

4. Embora se trate de caso limítrofe, os juízos ordinários, ao fazerem menção ao emprego de várias armas e ao concurso de três agentes na prática do roubo, fundamentaram devidamente a aplicação de fração superior à mínima legal, na terceira fase da dosimetria da pena, razão pela qual não se verifica afronta ao teor



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do referido verbete sumular n. 443/STJ. Relator vencido quanto a esse ponto.

(...)

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para submeter os pacientes a regimes iniciais mais brandos de cumprimento de pena.

(HC 343.564/RJ, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 08/08/2016)

Assim, na hipótese que se apresenta-se, o aumento em (1/2) metade pelas majorantes do art. 157, § 2º, incisos I e II do CP encontra-se devidamente justificado na maior reprovabilidade da conduta, não havendo ilegalidade a reparar.

No que se refere ao regime inicial de execução da pena, verifica-se que o magistrado singular estabeleceu o fechado com a seguinte fundamentação:

Para início de cumprimento da pena privativa de liberdade imposta fixo o regime fechado, único que se mostra adequado à consecução das finalidades da sanção penal, à vista do quantum fixado, das circunstâncias judiciais desfavoráveis e da excessiva gravidade do delito, a reclamar reação severa, proporcional e seguramente eficaz. (e-STJ fls. 29/30)

O Colegiado a quo manteve o modo mais gravoso em aresto proferido nos termos, a saber:

Para o início do cumprimento das penas corporais foi fixado o regime fechado, que fica mantido por ser o único adequado à gravidade do crime praticado, no qual os recorrentes e seus comparsas invadiram um restaurante e de, forma agressiva, subtraíram os bens de diversas pessoas, a demonstrar acentuada ousadia e periculosidade. Ressalto ainda que Antonio é reincidente e que, diante dos artigos 33, § 3º, e 59, caput, e inciso III, ambos do Código Penal, o Juiz pode estabelecer o regime inicial de cumprimento das sanções conforme o necessário e suficiente para a reprovação do crime praticado.

Pela leitura do excerto *supra*, observa-se que o modo prisional fechado foi mantido levando em consideração a gravidade concreta do crime, demonstrada pela ousadia empreendida no roubo, praticado em bando, não se olvidando das diversas armas utilizadas, dentre as quais, uma metralhadora, situações aptas a justificar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

imposição do regime prisional mais severo ao paciente.

Cita-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO QUALIFICADO. REGIME PRISIONAL FECHADO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. (ART. 33, § 3º, DO CP). RECURSO DESPROVIDO.

1. Considerando o quantum da pena aplicada - 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão - e a existência de circunstância judicial desfavorável, é adequado o regime prisional fechado para o cumprimento da reprimenda corporal.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 908.298/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 21/10/2016)

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, não se conhece do writ.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0197539-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 364.525 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0002738542013 00027385420138260050 20160000073361 2738542013
27385420138260050

EM MESA

JULGADO: 17/11/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSE ADONIS CALLOU DE ARAUJO SA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: BRUNA GONÇALVES LOUREIRO DE ANDRADE BARROS - DEFENSORA PÚBLICA - RJ142665
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: GABRIEL CARNEIRO DE ARAGAO (PRESO)
CORRÉU	: ANTONIO HERIVAN NASCIMENTO ALVES

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."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.