



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 394.824 - SP (2017/0076094-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : THIAGO DE LUNA CURY
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FELIPE OLIVEIRA SALERNO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE PESSOAS. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. DOSIMETRIA. DISCRICIONARIEDADE RELATIVA. PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. INOCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM* E *REFORMATIO IN PEJUS*. QUANTUM DE AUMENTO DAS MAJORANTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 443/STJ. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *writ*, pois exigiriam revolvimento probatório.

3. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência n. 961.863/RS, firmou o entendimento de que é despicienda a apreensão e a perícia da arma de fogo, para a incidência da majorante do § 2º, I, do art. 157 do CP, quando existirem, nos autos, outros elementos de prova que evidenciem a sua utilização no roubo, como na hipótese, em que há comprovação testemunhal atestando o seu emprego.

4. A teor da jurisprudência desta Corte, "a proibição de reforma para pior garante ao recorrente o direito de não ver sua situação agravada, direta ou indiretamente, mas não obsta, por sua vez, que o tribunal, para dizer o direito - exercendo, portanto, sua soberana função de *jurisdictio* - encontre fundamentos e motivação própria, respeitada, à evidência, a imputação deduzida pelo órgão de acusação e o limite da pena imposta no juízo de origem [...]" (HC 349.015/SC, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 2/5/2016).

5. As consequências do crime consistem no conjunto de efeitos danosos provocados pelo crime. No caso, o trauma causado a uma das crianças que estavam presentes na senda criminoso, o qual não pode ser confundido com o abalo psicológico suportado pelas vítimas de crimes de roubo majorado pelo emprego de arma de fogo e pelo concurso de agentes, justifica a exasperação da pena pelas consequências do crime.

6. As circunstâncias concretas dos delitos indicam a necessidade de maior



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

resposta penal, já que os crimes foram praticados por cinco agentes em concurso, que renderam dez membros de uma mesma família durante a invasão da residência, dentre eles uma mulher grávida e três crianças. Ademais, além de terem proferido ameaças de morte contra as vítimas, os agentes amedrontaram os menores, ao afirmarem que iriam cortar os seus dedos. Importa destacar, ainda, que conquanto tenha a Corte de origem reconhecido a prática de sete delitos em concurso formal, levando em conta a quantidade de patrimônios atingidos, o número de membros da família, sete adultos e três crianças, e as suas circunstâncias pessoais permitem, por certo, a exasperação da pena-base.

7. Descabe falar em *bis in idem* no incremento da básica pelo *modus operandi* do delito, pois o fato de terem sido subjugadas três crianças durante a prática criminosa não ensejou o aumento da pena pela agravante do art. 61, "h", do Código Penal, tendo apenas sido sopesado na primeira etapa do procedimento dosimétrico. Forçoso consignar, ainda, que a valoração da menoridade das vítima como circunstância judicial desabonadora é mais benéfica ao réu, pois redundando em aumento inferior ao cabível se houvesse sido reconhecida a incidência da aludida agravante. Não há, pois, qualquer ilegalidade na fixação da pena-base.

8. Nos termos do Enunciado de Súmula 443 desta Corte, quando da dosimetria da fração da causa de aumento do crime de roubo, na terceira etapa, impõe-se ao julgador fundamentar concretamente o *quantum* de exasperação, sendo insuficiente a mera menção à quantidade de majorantes.

9. As instâncias ordinárias não apenas repetiram a descrição das duas majorantes, mas evidenciaram a maior gravidade dos sete crimes de roubo, perpetrados por cinco agentes em concurso e com uso de quatro armas de fogo.

10. *Habeas corpus* não conhecido.

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

Brasília (DF), 20 de fevereiro de 2018 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 394.824 - SP (2017/0076094-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : THIAGO DE LUNA CURY
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FELIPE OLIVEIRA SALERNO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **FELIPE OLIVEIRA SALERNO**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 7 anos e 6 meses de reclusão, no regime inicial fechado, e 18 dias-multa, por infração ao art. 157, § 2º, I, II e IV, do Código Penal. O Magistrado processante, por outro lado, absolveu o réu quanto ao delito do art. 255-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, nos termos do art. 386, VII, do Código de Processo Penal (e-STJ, fls. 36-43).

Irresignadas, as partes apelaram ao Colegiado de origem, que deu parcial provimento ao apelo da defesa, tão somente para determinar que o Juízo de 1º grau procedesse à detração do tempo de custódia cautelar, tendo, ainda, dado parcial provimento ao apelo do *Parquet*, por maioria de votos, para condenar o réu pelo crime de corrupção de menores, e, ainda, reconhecer a prática de 7 delitos de roubo consumados, em concurso formal, chegando-se à pena de 10 anos e 2 meses de reclusão. Eis a ementa do acórdão

"Apelação da Defesa – Roubo em concurso de agentes e com o emprego de arma de fogo – Suficiência de provas à condenação – Afastamento das causas de aumento – Impossibilidade – A não apreensão da arma de fogo e a não identificação do comparsa não impedem o reconhecimento das causas de aumento – Penas-base fixadas acima mínimo legal – Circunstância atenuante da confissão reconhecida – Redução da pena em 1/6 – Exasperação de 1/2 pelas causas de aumento – Insuficiência de fundamentação – Redução para 3/8 – Regime inicial fechado – Adequação à hipótese dos autos – Detração Penal – Questão que deverá ser analisada pelo Juízo da Execução – Recurso de apelação parcialmente provido. Apelação da Justiça Pública Restrição da liberdade indevida Vítimas mantidas dentro da residência por cerca de quinze minutos Período inerente à consumação do crime de roubo Reconhecimento do concurso formal, diante da existência de 07 vítimas distintas Corrupção de menor Condenação Possibilidade Delito de natureza formal, bastando à consumação que o menor participe da empreitada criminosa Súmula 500 do Superior Tribunal de Justiça Condenação de rigor Pena imposta no mínimo legal Recurso de apelação parcialmente provido." (e-STJ, fl. 45)

Neste *writ*, alega o impetrante, em síntese, que há "necessidade de reconhecer o afastamento da causa de aumento do emprego de arma, pois não há nos autos provas da potencialidade lesiva da arma (nem perícia, nem prova testemunhal que ateste a ocorrência de um disparo, por exemplo)" (e-STJ, fl. 5).

No tocante à pena-base, afirma que "o acórdão não poderia substituir os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentos do magistrado, tendo em vista que a acusação não recorreu nesse ponto, o que constituiu inegável *reformatio in pejus* que deve ser corrigido pela superior instância, considerando, portanto, para fins de discussão desta impetração, os argumentos erigidos pelo magistrado" (e-STJ, fl. 8).

Aduz que "houve reforma para condenar o paciente pelo crime do art. 244-B, ECA, o que não será objeto de discussão no presente, bem como para reconhecer o concurso formal de 7 crimes de roubo. Contudo, ao invés de reconhecer que isso acarretaria em evidente *bis in idem* com o aumento na primeira fase (já que considerou, como demonstrado, a participação de adolescente e a pluralidade de vítimas, circunstâncias que refletiram em condenações autônomas), a 8ª Câmara Criminal simplesmente preferiu ignorar esse elementar preceito do direito penal" (e-STJ, fl. 8).

Ressalta que "a existência de crianças entre as vítimas (a qual não foi comprovada), deveria servir, se o caso, para o aumento na segunda fase, pois trata-se de agravante específica (art. 61, II, "h", CP), ou seja, há um certo equívoco na decisão que deve ser reformada, deslocando-se esta circunstância para a segunda fase. No tocante ao constrangimento psicológico imposto, obviamente ele se confunde com a própria ameaça, a qual é elementar do tipo e, pelos mesmos motivos elencados no início, quanto a participação de adolescente e pluralidade de vítima, não pode subsistir, pois configuraria *bis in idem*." (e-STJ, fl. 10).

Por fim, sustenta que "o acórdão deve ser reformado também no tocante à terceira fase de aplicação da pena, pois o aumento de 3/8 foi acima do razoável, fundamentando-se, apenas, na ocorrência de 2 causas de aumento de pena (art. 157, § 2º, CP), quais sejam, emprego de arma de fogo (inc. I), concurso de pessoas (inc. II), sem indicar, concretamente, a necessidade desse incremento, em flagrante desrespeito ao mencionado dispositivo legal" (e-STJ, fl. 12).

Requer, ao final, a concessão da ordem para "afastar a causa de aumento do emprego de arma, reduzir a pena-base e reduzir o aumento na terceira fase da dosimetria" (e-STJ, fl. 13).

Requerimento de tutela provisória indeferido (e-STJ, fls. 57-58).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ, fls. 87-90).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 394.824 - SP (2017/0076094-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : THIAGO DE LUNA CURY
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FELIPE OLIVEIRA SALERNO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE PESSOAS. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. DOSIMETRIA. DISCRICIONARIEDADE RELATIVA. PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. INOCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM* E *REFORMATIO IN PEJUS*. QUANTUM DE AUMENTO DAS MAJORANTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 443/STJ. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *writ*, pois exigiriam revolvimento probatório.

3. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência n. 961.863/RS, firmou o entendimento de que é despicienda a apreensão e a perícia da arma de fogo, para a incidência da majorante do § 2º, I, do art. 157 do CP, quando existirem, nos autos, outros elementos de prova que evidenciem a sua utilização no roubo, como na hipótese, em que há comprovação testemunhal atestando o seu emprego.

4. A teor da jurisprudência desta Corte, "a proibição de reforma para pior garante ao recorrente o direito de não ver sua situação agravada, direta ou indiretamente, mas não obsta, por sua vez, que o tribunal, para dizer o direito - exercendo, portanto, sua soberana função de *jurisdictio* - encontre fundamentos e motivação própria, respeitada, à evidência, a imputação deduzida pelo órgão de acusação e o limite da pena imposta no juízo de origem [...]" (HC 349.015/SC, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 2/5/2016).

5. As consequências do crime consistem no conjunto de efeitos danosos provocados pelo crime. No caso, o trauma causado a uma das crianças que estavam presentes na senda criminoso, o qual não pode ser confundido com o abalo psicológico suportado pelas vítimas de crimes de roubo majorado pelo emprego de arma de fogo e pelo concurso de agentes, justifica a exasperação da pena pelas consequências do crime.

6. As circunstâncias concretas dos delitos indicam a necessidade de maior resposta penal, já que os crimes foram praticados por cinco agentes em concurso,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que renderam dez membros de uma mesma família durante a invasão da residência, dentre eles uma mulher grávida e três crianças. Ademais, além de terem proferido ameaças de morte contra as vítimas, os agentes amedrontaram os menores, ao afirmarem que iriam cortar os seus dedos. Importa destacar, ainda, que conquanto tenha a Corte de origem reconhecido a prática de sete delitos em concurso formal, levando em conta a quantidade de patrimônios atingidos, o número de membros da família, sete adultos e três crianças, e as suas circunstâncias pessoais permitem, por certo, a exasperação da pena-base.

7. Descabe falar em *bis in idem* no incremento da básica pelo *modus operandi* do delito, pois o fato de terem sido subjugadas três crianças durante a prática criminosa não ensejou o aumento da pena pela agravante do art. 61, "h", do Código Penal, tendo apenas sido sopesado na primeira etapa do procedimento dosimétrico. Forçoso consignar, ainda, que a valoração da menoridade das vítima como circunstância judicial desabonadora é mais benéfica ao réu, pois redundando em aumento inferior ao cabível se houvesse sido reconhecida a incidência da aludida agravante. Não há, pois, qualquer ilegalidade na fixação da pena-base.

8. Nos termos do Enunciado de Súmula 443 desta Corte, quando da dosimetria da fração da causa de aumento do crime de roubo, na terceira etapa, impõe-se ao julgador fundamentar concretamente o *quantum* de exasperação, sendo insuficiente a mera menção à quantidade de majorantes.

9. As instâncias ordinárias não apenas repetiram a descrição das duas majorantes, mas evidenciaram a maior gravidade dos sete crimes de roubo, perpetrados por cinco agentes em concurso e com uso de quatro armas de fogo.

10. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Para permitir a análise dos critérios utilizados na dosimetria da pena, faz-se necessário expor excertos da sentença e do acórdão ora impugnado, respectivamente:

"[...] Na primeira fase da dosimetria, considerando a quantidade de vítimas, inclusive crianças, além do constrangimento psicológico imposto contra todos, atento também ao fato de que foi eleito como alvo uma residência, onde foi subjugada toda uma família, tudo na companhia de um adolescente, já em primeira fase de dosimetria arbitro penas de seis anos de reclusão e quinze dias multa, estes pelo mínimo unitário legal.

Na segunda fase da aplicação da pena, verifica-se que o réu confessou o delito, daí porque reduzo aquelas penas em 1/6, resultando com isso penas de cinco anos de reclusão e doze dias multa, estes pelo mínimo unitário legal.

Na terceira fase da dosimetria, reconhecendo a causa de aumento no delito de roubo referente ao concurso de agentes e com emprego de arma, o que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ficou bem retratado nos autos, valendo-me de critério consoante preceitua o art. 157, § 2º, inciso 1 e II do Código Penal, observando mais que quatro eram os roubadores e o réu não contribuiu para a identificação de quaisquer destes, majoro aquelas penas pela metade, daí resultando penas de sete anos e seis meses de reclusão e dezoito dias multa, estes no unitário e mínimo legal" (**e-STJ, fl. 42**).

"[...] Mas não há de se cogitar do afastamento das causas de aumento, eis que as vítimas deixaram claro que eram cinco os assaltantes.

Ademais, ainda que não tenha havido a apreensão das armas de fogo, as vítimas foram coesas nas informações prestadas em todas as fases da persecução criminal, sempre dizendo que os assaltantes portavam armas.

[...]

A pena-base foi exasperada ao patamar de 06 anos de reclusão e 15 dias-multa em seu mínimo unitário com fundamento nas consequências do delito, que teve o condão de causar graves consequências às vítimas, uma grávida, e ainda três crianças que presenciaram toda a ação criminosa, o que se mostra adequado.

Na segunda etapa, por conta da circunstância atenuante da confissão, houve a redução da pena em 1/6, tornando-a em 05 anos de reclusão e 12 dias-multa em seu mínimo unitário.

Na terceira fase houve a exasperação da pena no patamar de 1/2 em razão da incidência das duas causas de aumento emprego de arma e concurso de agentes, o que, embora seja adequado, de acordo com o entendimento deste Relator, não foi suficientemente justificada pelo MM. Juízo, o que é inapropriado, a teor da Súmula 443 do Superior Tribunal de Justiça.

[...]

Assim, entendo que seria mais adequada a exasperação no patamar de 1/3, pois ausente justificativa idônea por parte do MM. Juízo para a elevação da pena acima do mínimo legal, mas fiquei vencido pelos meus pares nesse aspecto, que se convenceram pela necessidade da redução do patamar, mas para a fração de 3/8, diante da quantidade e gravidade das causas de aumento.

Acolho a pretensão do representante do Ministério Público e reconheço o concurso formal no crime de roubo cometido no interior da residência, eis que foram subtraídos bens de sete vítimas distintas, e por essa razão a pena é elevada em 1/3, atingindo 09 anos e 02 meses de reclusão e 21 dias-multa em seu mínimo unitário" (**e-STJ, fls. 49-52**).

A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *writ*, pois exigiriam revolvimento probatório.

A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência n. 961.863/RS, firmou o entendimento de que é despicienda a apreensão e a perícia da arma de fogo, para a incidência da majorante do § 2º, I, do art. 157 do CP, quando existirem, nos autos, outros elementos de prova que evidenciem a sua utilização no roubo, como na hipótese, em que há comprovação testemunhal atestando o seu emprego.

Para corroborar tal entendimento, os seguintes julgados:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E FALSA IDENTIDADE. CONDENAÇÃO EM SEDE DE APELAÇÃO. EXAME APROFUNDADO DAS PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA DE AUMENTO. APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA. DESNECESSIDADE. 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. Hipótese em que o Tribunal de origem fundamentou adequadamente a condenação, mediante cotejo da prova testemunhal colhida e dos demais elementos de convicção. E não é possível, nesta via estreita do *mandamus*, reexaminar o contexto probatório para inverter o decidido.

3. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência n. 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.

4. Para a exasperação do regime fixado em lei é necessária motivação idônea. Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n. 440 deste Superior Tribunal de Justiça. *In casu*, a Corte estadual fixou o regime fechado ao único fundamento de que 'é o único aplicável a autores de roubo, ainda que primários e independentemente do montante da pena imposta, máxime se qualificada a infração'. Contudo, a gravidade abstrata do crime não serve como fundamento hábil a justificar o regime prisional mais severo.

5. *Writ* não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de se garantir ao paciente o início do desconto da sanção aqui tratada em regime semiaberto."

(HC 325.107/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 3/11/2015, grifou-se).

"PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PERÍCIA. PRESCINDIBILIDADE. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INCIDÊNCIA. RÉU QUE ADMITE A PRÁTICA DO DELITO. CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMA DE FOGO. AUMENTO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIO MATEMÁTICO. OFENSA À SÚMULA 443 DO STJ.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça consolidou o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entendimento de que é prescindível a apreensão e perícia da arma de fogo para a caracterização de causa de aumento de pena quando outros elementos comprovem tal utilização.

3. Para haver a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal, mostra-se irrelevante a forma que tenha sido manifestada a confissão, se integral ou parcial, notadamente quando o juiz a utiliza para fundamentar a condenação. Na hipótese, o paciente, ainda que tenha negado o emprego de arma, admitiu a sua participação no crime de roubo, fazendo jus à consideração dessa atenuante no cálculo da pena.

4. No crime de roubo circunstanciado, a fixação acima da fração mínima de 1/3 (um terço), em decorrência da existência de mais de uma causa de aumento, exige motivação baseada em dados concretos, não servindo de justificativa a mera quantidade de majorantes.

Inteligência da Súmula 443 do STJ.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reconhecer a atenuante da confissão espontânea, compensando-a com a agravante da reincidência, aplicar a fração mínima de 1/3 (um terço) em face da presença das majorantes e, por conseguinte, redimensionar a reprimenda imposta ao paciente."

(HC 283.304/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 15/9/2015, DJe 5/10/2015, grifou-se).

No tocante à pena-base, não há falar *reformatio in pejus* do acórdão impugnado, porque não houve aumento da pena dosada.

Com efeito, a teor da jurisprudência desta Corte, "a proibição de reforma para pior garante ao recorrente o direito de não ver sua situação agravada, direta ou indiretamente, mas não obsta, por sua vez, que o tribunal, para dizer o direito - exercendo, portanto, sua soberana função de *jurisdictio* - encontre fundamentos e motivação própria, respeitada, à evidência, a imputação deduzida pelo órgão de acusação e o limite da pena imposta no juízo de origem [...]" (HC 349015/SC, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 2/5/2016).

Mais: as consequências do crime consistem no conjunto de efeitos danosos provocados pelo crime. No caso, o trauma causado a uma das crianças que estavam presentes na senda criminoso, o qual não pode ser confundido com o abalo psicológico suportado pelas vítimas de crimes de roubo majorado pelo emprego de arma de fogo e pelo concurso de agentes, justifica a exasperação da pena pelas consequências do crime.

Outrossim, as circunstâncias concretas dos delitos indicam a necessidade de maior resposta penal, já que os crimes foram praticados por cinco agentes em concurso, que renderam dez membros de uma mesma família durante a invasão da residência, dentre eles uma mulher grávida e três crianças. Ademais, além de terem proferido ameaças de morte contra as vítimas, os agentes amedrontaram os menores, ao afirmarem que iriam cortar os seus dedos. Importa destacar, ainda, que conquanto tenha a Corte de origem reconhecido a prática de sete delitos em concurso formal, levando em conta a quantidade de patrimônios atingidos, o número de membros da família, sete adultos e três crianças, e as suas circunstâncias pessoais permitem, por certo, a exasperação da pena-base.

De igual modo, descabe falar em *bis in idem* no incremento da básica pelo *modus operandi* do delito, pois o fato de terem sido subjugadas três crianças durante a prática criminoso não ensejou o aumento da pena pela agravante do art. 61, "h", do Código Penal, tendo apenas sido sopesado na primeira etapa do procedimento dosimétrico. Forçoso consignar, ainda, que a valoração da menoridade das vítima como circunstância judicial desabonadora é mais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

benéfica ao réu, pois redunda em aumento inferior ao cabível se houvesse sido reconhecida a incidência da aludida agravante.

Nos termos do Enunciado de Súmula 443 desta Corte, quando da dosimetria da fração da causa de aumento do crime de roubo, na terceira etapa, impõe-se ao julgador fundamentar concretamente o *quantum* de exasperação, sendo insuficiente a mera menção à quantidade de majorantes:

Súmula 443 - "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."

A propósito:

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO MAJORADO E EXTORSÃO. CONTINUIDADE DELITIVA. INVIABILIDADE. ROUBO PRATICADO CONTRA VÍTIMAS DIVERSAS EM UM MESMO CONTEXTO. CONCURSO FORMAL PRÓPRIO. ADEQUAÇÃO. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA. DESNECESSIDADE. PRESENÇA DE MAIS DE UMA CAUSA DE AUMENTO. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA 443/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

5. 'O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes' (Súmula 443/STJ). Hipótese em que a pena foi aumentada em fração superior a 1/3 com base, apenas, no número de majorantes.

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

(HC 265.544/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 8/9/2015, DJe 14/9/2015.)

Nesse contexto, as instâncias ordinárias não apenas repetiram a descrição das duas majorantes, mas evidenciaram a maior gravidade dos sete crimes de roubo, perpetrados por cinco agentes em concurso e com uso de quatro armas de fogo. Destarte, malgrado coincidência com o critério matemático, observa-se fundamentação idônea para a exasperação de 3/8, motivo pelo qual deve ser mantida a dosimetria realizada.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0076094-4

HC 394.824 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00153333120148260477 153333120148260477 20160000923939 224114

EM MESA

JULGADO: 20/02/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: THIAGO DE LUNA CURY
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: FELIPE OLIVEIRA SALERNO

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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.