



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 413.092 - SP (2017/0208978-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RICARDO LOBO DA LUZ
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLAUDINEI DO NASCIMENTO JUNIOR (PRESO)
PACIENTE : DAVID PONCIANO ALVES (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO MAJORADO. MOMENTO DE CONSUMAÇÃO DO DELITO DE ROUBO. INVERSÃO DA POSSE. DESNECESSIDADE DA POSSE MANSA E PACÍFICA. SÚMULA 582/STJ. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DO STJ. NÃO APLICAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E INFERIOR A 8 ANOS. PACIENTE CLAUDINEI. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PACIENTE DAVID. REGIME MAIS GRAVOSO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. O delito de roubo, assim como o de furto, consuma-se no momento em que o agente se torna possuidor da coisa alheia móvel, ainda que por poucos instantes, sendo prescindível a posse mansa, pacífica, tranquila e desvigiada do bem. Dessa forma, prevalece, tanto nesta Corte Superior quanto no Supremo Tribunal Federal a teoria da *amotio* ou *apprehensio*.

3. Inclusive, esse entendimento foi consolidado recentemente no enunciado n. 582 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: "*Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida à perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pacífica ou desvigiada". No caso dos autos, houve a inversão da posse, sendo o bastante para configurar a consumação do delito de roubo, pois prescindível a posse mansa e pacífica.

4. 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".

5. Na hipótese, o aumento da pena em fração superior ao mínimo, em razão da incidência de três majorantes, decorreu de peculiaridades concretas do crime – na terceira fase da dosimetria da pena, foi aplicado o acréscimo em fração superior a 1/3 em razão do concurso de agentes que se utilizaram de arma de fogo, o número de vítimas (3), bem como o *modus operandi* da conduta, tendo em vista que uma das vítimas foi feita refém por um dos acusados, que a segurou pelo pescoço apontando o revólver contra a sua nuca e, apenas depois de uma negociação, os acusados foram rendidos e detidos. Em tais condições, fica afastada a aplicação do enunciado n. 443 da Súmula desta Corte.

6. *"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"* (enunciado n. 440 da Súmula do STJ) e, no mesmo sentido, os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do STF.

7. Em relação ao paciente CLAUDINEI, verifica-se que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, porquanto as circunstâncias judiciais não eram todas favoráveis. Dessa forma, não há se falar em ilegalidade na fixação do regime mais gravoso.

8. No que tange ao paciente DAVID, não obstante o paciente seja primário, com circunstâncias judiciais favoráveis, o regime inicial fechado restou fixado com base na gravidade concreta do delito.

9. *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 Ribeiro Dantas, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.
Brasília (DF), 21 de setembro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 413.092 - SP (2017/0208978-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RICARDO LOBO DA LUZ
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLAUDINEI DO NASCIMENTO JUNIOR (PRESO)
PACIENTE : DAVID PONCIANO ALVES (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, sem pedido de liminar, impetrado em favor de CLAUDINEI DO NASCIMENTO JÚNIOR e DAVID PONCIANO ALVES, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0011289-18.2016.8.26.0050).

Consta dos autos que os pacientes foram condenados como incurso no art. 157, § 2º, incisos I e II, n/f dos arts. 14, inciso II e 70, todos do Código Penal, à pena de 4 anos, 3 meses e 10 dias de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 10 dias-multa.

Interposta apelação pelas partes, o Tribunal local negou provimento ao recurso defensivo e deu provimento ao reclamo do *Parquet*, para reconhecer a consumação do crime de roubo, bem como a majorante relativa à restrição à liberdade da vítima prevista no art. 157, § 2º, inciso V, do Código Penal, redimensionando as penas dos paciente em 6 anos, 7 meses e 10 dias de reclusão, em regime fechado e ao pagamento de 16 dias-multa, nos seguintes termos (fls. 37/47):

APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO (ART. 157, § 2º, I e II, do CP). Materialidade e autoria delitivas incontroversas, réus que confessaram a prática do delito, confissão ratificada pela palavra das testemunhas e das vítimas, as quais reconheceram os recorrentes. Apelo da defesa - redução da pena — impossibilidade — aplicação da fração mínima em relação às majorantes que não se mostra adequada diante da presença de mais de uma causa de aumento, bem como das circunstâncias do crime. Imposição do percentual máximo quanto à tentativa — inadmissibilidade — prática delitiva que se consumou. Apelo ministerial — reconhecimento do roubo consumado — possibilidade — houve a inversão da posse dos bens, muito embora por um pequeno período de tempo - res furtiva que estava acondicionada em sacolas pronta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para ser levada. Reconhecimento da causa de aumento restrição à liberdade — admissibilidade - efetiva privação da liberdade, necessária à prática do delito de roubo. Regime fechado adequado. Recurso desprovido para a Defesa e provido ao Ministério Público.

No presente writ, a impetrante alega que os pacientes estão sofrendo constrangimento ilegal, tendo em vista o reconhecimento da consumação do crime de roubo, ainda que este tenha sido praticado na forma tentada; o aumento da pena, na terceira fase da dosimetria, na fração de 5/12 e a fixação do regime mais gravoso sem fundamentação para tanto.

Em relação ao afastamento da tentativa, afirma que os *acusados foram surpreendidos pelos milicianos ainda dentro do estabelecimento, no momento em que um deles separava os produtos a serem levados. Sendo assim, os bens das vítimas não foram retirados de sua esfera de vigilância, de maneira que ainda estavam no início da prática delituosa* (fl. 4). Assim, o crime não teria se consumado.

Quanto à fração em razão das majorantes do roubo, sustenta que aquela não poderia ter sido fixada acima do mínimo legal apenas com base no número das majorantes, porquanto essa fundamentação violaria o enunciado n. 443 desta Corte Superior.

Por fim, alega que os pacientes fazem jus a um regime mais brando, pois ambos seriam primários.

Dessa forma, requer o redimensionamento da pena e a fixação de regime diverso do fechado.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 86/98, pela denegação da ordem (fls. 86/98).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 413.092 - SP (2017/0208978-4)

VOTO

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

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

[...] Habeas corpus não conhecido.

(HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...].

(STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

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

Busca-se, na presente oportunidade, o reconhecimento de constrangimento ilegal, tendo em vista o entendimento do Tribunal local de que o crime de roubo foi consumado, embora não tenha havido a posse mansa e pacífica da *res*; reconhecimento da majorante da restrição de liberdade das vítimas e aplicação da fração superior a 1/3 sem fundamentação idônea e a fixação do regime mais gravoso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Existem quatro teorias sobre o momento de consumação dos delitos de roubo e furto: 1) *concretatio* - a consumação se dá pelo simples contato entre o agente e a coisa alheia; 2) *apprehensio* ou *amotio* - a consumação ocorre quando o bem passa para o poder do agente - inversão da posse; 3) *ablatio* - o delito se consuma quando o bem, além de apreendido, é levado de um lugar para outro - ocorrendo a posse mansa e pacífica; 4) *ilatio* - há consumação quando o bem é levado ao local almejado pelo agente para tê-lo a salvo.

Cabe ressaltar que é entendimento pacificado de que crime de roubo, assim como o de furto, consuma-se no momento em que o agente se torna possuidor da coisa alheia móvel, ainda que por poucos instantes, sendo prescindível a posse mansa, pacífica, tranquila e desvigiada do bem. Dessa forma, prevalece, tanto nesta Corte Superior quanto no Supremo Tribunal Federal a teoria da *amotio* ou *apprehensio*.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. NOMEAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO PARA APRESENTAR CONTRARRAZÕES AO RECURSO ESPECIAL. ADVOGADO CONSTITUÍDO QUE SE QUEDOU INERTE. ARGUIDA NULIDADE. IMPROCEDÊNCIA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO À DEFESA. CRIME DE ROUBO. POSSE TRANQUILA. DESNECESSIDADE PARA A CONSUMAÇÃO DO DELITO. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. É princípio basilar do processo penal a assertiva de que não se declara nulidade de ato, se dele não resultar prejuízo comprovado para o réu, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal e da Súmula n.º 523 do Supremo Tribunal Federal. 2. Quanto à alegada violação a dispositivos da Constituição Federal, cabe esclarecer que a via especial, destinada à uniformização da interpretação da legislação infraconstitucional, não se presta à análise de possível violação a dispositivos da Carta da República. 3. No que se refere à consumação do crime de roubo, esta Corte e o Supremo Tribunal Federal adotam a teoria da apprehensio, também denominada de amotio, segundo a qual considera-se consumado o mencionado delito no momento em que o agente obtém a posse da res furtiva, ainda que não seja mansa e pacífica e/ou haja perseguição policial, sendo prescindível que o objeto do crime saia da esfera de vigilância da vítima. 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1290118/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2013, DJe 02/04/2013)

HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VEÍCULO AUTOMOTOR. MOMENTO CONSUMATIVO. AGENTE PRESO EM FLAGRANTE, DIRIGINDO O VEÍCULO, MAIS DE TRINTA MINUTOS DEPOIS DA RENDIÇÃO DA VÍTIMA. DELITO CONSUMADO. ORDEM DENEGADA. 1. O Supremo Tribunal Federal entende desnecessária a posse mansa e pacífica da coisa subtraída pelo agente para a consumação do delito de roubo. 2. No caso, a prisão em flagrante do paciente ocorreu após a cessação da grave ameaça de que se valeu para reverter a posse do bem subtraído. Paciente que foi preso, dirigindo o veículo subtraído, em outro bairro da cidade, mais de trinta minutos depois da rendição da vítima. 3. Ordem denegada. (HC 110642, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 29/11/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-058 DIVULG 20-03-2012 PUBLIC 21-03-2012)

Esse entendimento foi consolidado no enunciado n. 582 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: *"Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida à perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada"*.

No caso, o juiz de primeiro grau reconheceu que o roubo foi praticado na forma tentada, tendo em vista que, não obstante a inversão da posse, esta não foi mansa e pacífica. O Tribunal local, por sua vez, quando provocado a se manifestar, entendeu que a conduta se enquadrava no roubo consumado:

Apenas mais um reparo merece a peça acusatória, vez que mister se faz o reconhecimento da tentativa. E assim é porque verte dos autos que os réus não permaneceram com a posse mansa e pacífica dos bens, tanto que foram presos ainda no interior do estabelecimento, sem ao menos sair com os bens, de sorte que as evidências revelam que os fatos não passaram da esfera da tentativa.

(...)

No entanto, ocorreu a tentativa. O iter ciminis não foi inteiramente percorrido, tendo sido interrompido em sua fase final, quando os réus já tendo exercido a grave ameaça, foram impedidos de permanecer com os bens em face da pronta intervenção policial. Pela redução mínima 1/3, a pena resta definitiva em 04 (quatro) anos, 03 (três) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa. O dia multa será fixado no piso legal. (Sentença fls. 28/31).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Igualmente, trata-se de roubo consumado, uma vez que, as vítimas se viram despojadas de seus bens e houve a inversão da posse da res furtiva, mediante violência ou grave ameaça, ainda que por exíguo período de tempo. Aqui, em que pese os recorrentes não terem tido a posse mansa e pacífica da res, a partir do momento em que um deles separou as mercadorias, colocando as na bolsa e estava na posse delas, restringindo a liberdade das vítimas, subjugando-as, o bem passou a ser de posse dos meliantes, portanto, o roubo se consumou. (Acórdão fl. 43).

Como explanado acima, verifica-se que o entendimento da Corte de origem está de acordo com a jurisprudência deste Tribunal Superior. No caso, houve a inversão da posse, sendo o bastante para configurar a consumação do delito de roubo, pois prescindível a posse mansa e pacífica.

Dessa forma, não há ilegalidade a ser sanada nesse ponto.

Em relação às majorantes do roubo, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o critério para a exasperação da pena 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.

No caso, o Tribunal local, ao fixar o patamar de 5/12, consignou que (fls. 40/45):

Segundo o apurado, na data dos fatos, os réus adentraram na loja e, exibindo Claudinei a arma de fogo, anunciaram o assalto, rendendo o gerente Júlio César e o cliente José Ivaldo. Em seguida, a dona da loja Rita foi abordada. Levadas as vítimas para os fundos do estabelecimento por Claudinei, enquanto David se dirigiu ao estoque, separando as mercadorias a serem levadas e as acondicionando em mochilas.

Nesse momento, policiais militares, comunicados do roubo em andamento, ingressaram na loja, deparando-se com Júlio César e David, abordando o último após indicação de se tratar do auto do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

roubo. Notando a presença policial, Claudinei segurou Rita pelo pescoço e apontando o revólver contra a nuca dela e se apresentou aos policiais. Após breve negociação o citado recorrente se rendeu e também foi detido.

(...)

Na terceira etapa, reconhecida a causa de aumento: restrição à liberdade das vítimas, exaspero a reprimenda, levando em consideração as três majorantes, no percentual de 5/12, sem qualquer óbice legal. A presença de três causas de aumento, bem como as circunstâncias do crime, em atendimento aos princípios da proporcionalidade e da individualização das penas, a demonstrar a necessidade do aumento no percentual acima dimensionado, o que resulta em 05 (cinco) anos e 08 (oito) e 14 dias-multa.

Conforme se observa dos trechos destacados, na terceira fase da dosimetria da pena, foi aplicado o acréscimo em fração superior a 1/3 em razão do concurso de agentes que se utilizaram de arma de fogo, o número de vítimas (3), bem como o *modus operandi* da conduta, tendo em vista que uma das vítimas foi feita refém por um dos acusados, que a segurou pelo pescoço apontando o revólver contra a sua nuca e, apenas depois de uma negociação, os acusados foram rendidos e detidos.

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, II e V, 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, 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 incontestado o uso da arma na empreitada criminoso, 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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

Em relação ao regime, 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.

No caso dos autos, em relação ao paciente CLAUDINEI, verifica-se que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, porquanto as circunstâncias judiciais não eram todas favoráveis. Dessa forma, não há se falar em ilegalidade na fixação do regime mais gravoso.

Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. ROUBO QUALIFICADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

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 for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. O reexame da dosimetria em sede de habeas corpus somente é possível quando evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial, errônea aplicação do método trifásico ou violação a literal dispositivo de norma que acarrete flagrante ilegalidade.

3. In casu, a pena-base do delito de roubo foi fixada acima do patamar mínimo em função do exame desfavorável da culpabilidade, pois a conduta do agente, com emprego de arma de fogo, denota maior periculosidade e ousadia, ameaçando a incolumidade não só da vítima como dos demais presentes no estabelecimento comercial onde foi praticado o crime.

4. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a do Superior Tribunal de Justiça reputam legítima a imposição de regime prisional mais gravoso quando fundamentada nas circunstâncias do art. 59 do Código Penal.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 331.014/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 04/03/2016)

No que tange ao paciente DAVID, não obstante o paciente seja primário, com circunstâncias judiciais favoráveis, tanto que a pena-base foi estabelecida no mínimo legal, o regime inicial fechado restou fixado com base na gravidade concreta do delito, consistente no fato de o crime ter sido praticado em concurso de agentes, com uso ostensivo de uma arma de fogo, fazendo uma das vítima de refém, denotando uma ameaça maior à incolumidade da vítima.

Nessa linha:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIO QUANTITATIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REGIME INICIAL FECHADO. LEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

3. Fixada a quantidade da sanção devida a quem, comprovadamente, violou a norma penal, compete ao juízo natural da causa indicar, de maneira motivada e com base nos dados concretos dos autos, qual o regime inicial adequado para o cumprimento da reprimenda, não sendo possível coarctar-lhe a consideração de fatores que, associados e complementares à dogmática penal, indiquem como necessária, para o alcance dos fins da pena, a imposição de regime mais gravoso do que indicaria a mera correspondência da quantidade da pena à previsão legal.

4. Não há ilegalidade no estabelecimento do regime inicial fechado quando apontados dados fáticos suficientes a indicar a gravidade concreta do crime - na espécie, roubo contra residência em concurso de três agentes e com emprego de arma de fogo.

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

(HC 222.445/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 02/03/2016) - grifei.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. FRAÇÃO DE AUMENTO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 443/STJ. REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

III - O paciente é primário, a pena-base foi fixada no mínimo legal e consideradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, e, tendo sido condenado à pena de 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão, seria a princípio aplicável o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal.

IV - Por outro lado, não se constata flagrante ilegalidade na fixação do regime inicial mais gravoso, no caso, o fechado, diante



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da gravidade concreta do delito praticado, considerando que o paciente, juntamente com mais 4 (quatro) agentes, subtraiu um automóvel mediante emprego de arma municiada, fatos que, somados, asseguraram uma maior intimidação ao ofendido, logo, ausente o alegado constrangimento ilegal (precedentes). Ressalva do entendimento pessoal do Relator.

Habeas corpus não conhecido. (HC 386.607/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 20/06/2017) - grifei.

Dessa forma, não há se falar em constrangimento ilegal a ser sando.

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

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0208978-4

HC 413.092 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00112891820168260050 11289182016 112891820168260050 20170000258377

EM MESA

JULGADO: 21/09/2017

Relator

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

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	: RICARDO LOBO DA LUZ
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: CLAUDINEI DO NASCIMENTO JUNIOR (PRESO)
PACIENTE	: DAVID PONCIANO ALVES (PRESO)

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 Ribeiro Dantas, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.