



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 229.221 - SP (2011/0309565-6)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : KAREEN PATRÍCIA B P FERREIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BRUNO DA SILVA
PACIENTE : RENATO LEME

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO QUALIFICADO. CONFISSÃO PARCIAL. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE. POSSIBILIDADE. QUALIFICADORA DO USO DE ARMA. SIMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

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

2. Somente em hipóteses excepcionais, o Superior Tribunal de Justiça procede ao reexame da individualização da sanção penal, notadamente quando flagrante a ofensa aos critérios legais que regem a dosimetria da resposta penal ou ausente fundamentação.

3. Segundo a jurisprudência desta Corte de Justiça, para haver a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal, mostra-se irrelevante a forma em que manifestada a confissão, se integral ou parcial, notadamente quando o juiz a utiliza para fundamentar a condenação, sendo que, *in casu*, as instâncias ordinárias, apesar de terem reconhecido a confissão de um dos corréus, afastaram a aplicação da atenuante, uma vez não integral aquela.

4. Hipótese em que, ainda que reconhecida a atenuante da confissão, a reprimenda não pode ser minorada, uma vez que a pena-base foi fixada no mínimo legal. Súmula 231 desta Corte.

5. É pacífico o entendimento deste Tribunal de que a simulação do emprego de arma de fogo configura grave ameaça, elementar do crime de roubo, porém não caracteriza a causa de aumento de pena pelo uso de arma.

6. Havendo as instâncias ordinárias utilizado a simulação da arma de fogo para qualificar o roubo, caracteriza-se o constrangimento ilegal.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para afastar a majorante do uso de arma, fixando a pena dos pacientes em 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa, a ser cumprida em regime inicial semiaberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Reynaldo Soares da Fonseca, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 23 de junho de 2015 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 229.221 - SP (2011/0309565-6)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substituto de recurso especial com pedido liminar impetrado em favor de BRUNO DA SILVA e RENATO LEME, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Extraí-se dos autos que os pacientes foram condenados à pena de 5 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão, em regime inicial fechado, além de multa, pela prática do delito descrito no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal (fls. 15/19), por subtraírem, simulando estarem armados, carteira contendo documentos, cartões e o valor de R\$ 196,00.

Inconformada, a defesa apelou da decisão, tendo o Tribunal de origem negado provimento ao recurso (fls. 46/56).

A impetrante, no presente *writ*, requer o afastamento da causa de aumento de pena pelo uso de arma, com a consequente redução do *quantum* de aumento da pena na 3ª fase da dosimetria e a fixação de regime mais brando para ambos os pacientes, além do reconhecimento da atenuante da confissão espontânea ao paciente RENATO.

Liminar indeferida (fl. 63).

Informações prestadas às fls. 70/108 e 129/138.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem no presente *writ* (fls. 113/114).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 229.221 - SP (2011/0309565-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

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

No que se refere à dosimetria da pena, registre-se que, somente em hipóteses excepcionais, o Superior Tribunal de Justiça procede ao reexame da individualização da sanção penal, notadamente quando flagrante a ofensa aos critérios legais que regem a dosimetria da resposta penal ou ausente fundamentação.

A propósito:

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. FURTO QUALIFICADO. MAUS ANTECEDENTES. DOCUMENTO IDÔNEO. QUANTUM DA PENA-BASE. DISCRICIONARIEDADE. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

(...)

4. Tendo em vista que a fixação da pena-base comporta uma certa discricionariedade por parte do magistrado, ela não pode ser sindicada pelas instâncias superiores, salvo no caso de teratologia jurídica ou de flagrante ilegalidade. Isso porque tal procedimento envolve profundo exame das circunstâncias fáticas, razão pela qual é vedado, em regra, revê-lo em sede de *habeas corpus*.

5. No caso, não há nenhuma ilegalidade na primeira fase da dosimetria, visto que é cominada pena em abstrato, para o delito de furto qualificado, de 2 a 8 anos de reclusão, sendo certo que o juiz sentenciante, em razão da desfavorabilidade de duas circunstâncias judiciais, fixou a pena-base em 2 anos e 8 meses, portanto em apenas 8 meses acima do mínimo abstratamente previsto em lei.

6. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 252043/SP, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe 16/5/2014).

Segundo a jurisprudência desta Corte de Justiça, 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. A propósito:

4. A atenuante do art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, tem caráter objetivo, configurando-se, tão-somente, pelo reconhecimento espontâneo do acusado, perante a autoridade, da autoria do delito, não se sujeitando a critérios subjetivos ou fáticos. In casu, o Paciente confessou a prática do delito, logo, ainda que tenha negado o uso da arma, impõe-se a aplicação da atenuante. (HC 268.287/SP, rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DJe 03/06/2014)

No presente caso, verifica-se que as instâncias ordinárias, apesar de terem reconhecido a parcial confissão do corréu RENATO, destacando o magistrado sentenciante a consonância da confissão com os demais elementos de prova constantes nos autos, "razão pela qual atua como elemento relevante de convicção e apta a amparar o édito condenatório" (fl. 24), afastaram a aplicação da atenuante, uma vez que ela não foi integral (fls. 26 e 53).

Observa-se, portanto, que tal entendimento está em dissonância com o posicionamento desta Casa de Justiça. Todavia, no presente caso, o reconhecimento da atenuante da confissão não pode ser aplicada para minorar a pena, uma vez que a pena-base foi fixada no mínimo legal.

Nesse sentido, é a Súmula 231 do STJ, *in verbis*:

A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

Quanto ao redimensionamento da pena imposta aos pacientes e à existência da qualificadora do uso de arma, melhor sorte assiste aos pacientes.

Conforme consta na sentença condenatória, inclusive na narrativa referente ao depoimento do ofendido (fl. 18), a prática delituosa ocorreu com a simulação da arma de fogo.

O Tribunal de origem manteve a circunstância de aumento da pena ao fundamento de que "não há que se falar no afastamento da circunstância do aumento da pena pelo fato de ter sido apenas uma simulação da arma, pois ocorreu a efetiva intimidação psicológica da vítima, o que facilitou o roubo" (fl. 53).

Cumprir observar que é pacífico o entendimento deste Tribunal de que a simulação do emprego de arma de fogo configura grave ameaça, elementar do crime de roubo, porém não caracteriza a causa de aumento de pena pelo uso de arma.

Nesse sentido, colho os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. PENAL. TENTATIVA DE ROUBO. SIMULAÇÃO DE ARMA DE FOGO. CAUSA DE AUMENTO DE PENA NÃO CARACTERIZADA. QUANTUM DA DIMINUIÇÃO PELA TENTATIVA. PROXIMIDADE DA CONSUMAÇÃO. CRITÉRIO OBJETIVO. OBSERVÂNCIA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INEXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO, DE BONS ANTECEDENTES. REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. IMPROPRIEDADE. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2.º, ALÍNEA C, E § 3.º, DO CÓDIGO PENAL.

1. A simulação do emprego de arma de fogo somente se presta a caracterizar a elementar da grave ameaça, necessária à configuração do crime de roubo, não sendo apta a configurar a causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2.º, inciso I, do Código Penal. Precedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. As instâncias ordinárias concluíram que o ora Paciente percorreu quase todo o iter criminis, só não se consumando o delito por circunstâncias alheias à sua vontade. Nesse contexto, de acordo com o critério objetivo consagrado nesta Corte Superior de Justiça, mostra-se irretocável a diminuição à razão mínima, pela tentativa. Precedentes.

3. Fixada a pena-base no mínimo legal, porque reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu primário e de bons antecedentes, não é possível infligir-lhe regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Incidência das Súmulas n.º 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

4. Ordem parcialmente concedida para excluir a causa de aumento prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, restabelecendo o quantum da pena fixado na primeira instância - 02 (dois) anos de reclusão e ao pagamento de 05 (cinco) dias-multa -, bem como determinar o regime aberto para o início do cumprimento da pena. (HC 223117/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJe 1/12/2011).

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. MATÉRIA NÃO SUSCITADA E NEM DECIDIDA NA ORIGEM. NÃO CONHECIMENTO SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ARMA DE FOGO. SIMULAÇÃO. EFETIVA INTIMIDAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA DE PROVA. VIA IMPRÓPRIA. PENA-BASE. RES. NÃO RECUPERAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS. AFERIÇÃO DESFAVORÁVEL. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE PROCESSOS SEM TRÂNSITO EM JULGADO. CONSIDERAÇÃO EM DESFAVOR DO RÉU DOS ANTECEDENTES E DA PERSONALIDADE. EXASPERAÇÃO. IMPROPRIEDADE.

1. Embora a apelação devolva ao Tribunal estadual toda a matéria objeto de controvérsia, a Defesa não pode formular habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça arguindo, somente aqui, qualquer tese, sem antes levar o tema a debate das instâncias inferiores. Tal interpretação afronta o princípio do duplo grau de jurisdição.

2. Se a matéria relativa à aplicação do princípio da insignificância, não foi ventilada e nem decidida na origem, não merece conhecimento o writ no particular, sob pena de supressão de instância. Precedentes.

3. Não há falar em desclassificação de roubo para furto, apegando-se ao fato de que a grave ameaça foi realizada com simulação de arma de fogo (mão debaixo de um cobertor), pois o temor do mal injusto que foi impingido às vítimas foi suficiente para a consumação do delito. Ir além disso, demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com a via eleita, angusta por excelência.

4. O fato da res, no crime de roubo, não ter sido recuperada, não pode legitimar aumento na pena-base, pelo veio das circunstâncias, pois a subtração é elementar do próprio tipo. Precedentes.

5. A existência de processos anteriores, sem trânsito em julgado, não legitima aumento da pena-base pelo veio da personalidade e dos antecedentes. Aplicação da Súmula 444 deste Superior Tribunal de Justiça.

6. Habeas corpus conhecido em parte e, nesta extensão, concedido parcialmente, apenas para reduzir a pena a 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, fixando ainda o regime inicial semiaberto. (HC 165080/DF, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 28/2/2011).

Dessa forma, ausentes elementos que fundamentem a qualificadora do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, é de rigor o seu afastamento, redimensionando as penas impostas aos pacientes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, fixo a pena-base no mínimo legal, conforme definido pelas instâncias ordinárias.

Na segunda fase, deixo de aplicar a atenuante da confissão espontânea ao paciente RENATO, em atenção à Súmula 231 desta Casa de Justiça. Inexistem agravantes para os pacientes.

Por fim, configurado o concurso de agentes, aumento a pena em 1/3, restando a pena fixada em 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa, a qual torno definitiva.

Fixo o regime semiaberto para o início do desconto da reprimenda imposta, uma vez que os pacientes são primários e todas as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis, haja vista que a pena-base foi determinada no mínimo legal.

Diante de todo o exposto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*. CONCEDO a ordem, de ofício, para afastar a majorante do uso de arma, fixando a pena dos pacientes em 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa, a ser cumprida em regime inicial semiaberto.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0309565-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 229.221 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1452010 3878991720108260000 577100041274

EM MESA

JULGADO: 23/06/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

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

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: KAREEN PATRÍCIA B P FERREIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: BRUNO DA SILVA
PACIENTE	: RENATO LEME

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 Reynaldo Soares da Fonseca, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.