



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 301.708 - SP (2014/0205465-4)

RELATOR : MINISTRO WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DÉBORA REZENDE DANTAS MOTA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FERNANDO GABRIEL BOUSQUET DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO, CONCURSO DE AGENTES E RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DA VÍTIMA. APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA PARA AVALIAR A POTENCIALIDADE LESIVA. DESNECESSIDADE DESDE QUE COMPROVADO POR OUTROS MEIOS DE PROVA. ENTENDIMENTO DA TERCEIRA SEÇÃO DO STJ. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA Nº 961.863/RS. AUMENTO NA TERCEIRA FASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não admite a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio previsto no ordenamento jurídico. Contudo, nos casos de flagrante ilegalidade, a ordem poderá ser concedida de ofício.

2. A Terceira Seção do Superior Tribunal, no julgamento do dos Embargos de Divergência nº 961.863/RS, firmou o entendimento no sentido de que a incidência da majorante do inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal prescinde da apreensão e perícia da arma empregada na prática do crime de roubo, desde que demonstrado por outros meios de prova o uso na prática do crime.

3. Na espécie, embora o artefato não tenha sido apreendido e periciado, ficou devidamente comprovado por outros meios o emprego da arma de fogo no crime de roubo praticado pelos réus, entre eles o ora paciente.

4. O aumento da pena acima do mínimo, na terceira fase da dosimetria, em razão do número de majorantes no crime de roubo, exige fundamentação concreta. Súmula nº 443 do Superior Tribunal de Justiça.

5. No caso, o Tribunal revisor adotou fundamentação suficiente para justificar a manutenção da fração acima do piso, notadamente em razão de ter sido praticado por 4 (quatro) assaltantes e com o emprego de arma de fogo, de alto poder vulnerante, para intimidar as vítimas, circunstâncias que revelam maior gravidade e afasta a alegação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de constrangimento ilegal.

6. *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, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Gurgel de Faria e Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 23 de outubro de 2014(Data do Julgamento)

MINISTRO WALTER DE ALMEIDA GUILHERME
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 301.708 - SP (2014/0205465-4)

**RELATOR : MINISTRO WALTER DE ALMEIDA GUILHERME
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DÉBORA REZENDE DANTAS MOTA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FERNANDO GABRIEL BOUSQUET DA SILVA

RELATÓRIO

**O SENHOR MINISTRO WALTER DE ALMEIDA GUILHERME
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP):**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de FERNANDO GABRIEL BOUSQUET DA SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, pela prática da conduta descrita no art. 157, § 2º, I, II e V, do Código Penal, à pena de 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão, no regime inicial fechado e pagamento de 13 (treze) dias-multa, porque o paciente (e-STJ fl. 49):

[...] os corréus e um quarto indivíduo não identificado, conhecido como “Biro Biro”, subtraíram, mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo, uma cafeteira da marca Dellar, oito monitores de vídeo, três notebooks da marca HP, um aparelho celular da marca NC, e um veículo automotor da marca Fiat/Ducato Minibus, de placas EBP7510, pertencentes à empresa vítima MTV Abril Radiodifusão SA.

A defesa recorreu da sentença postulando a absolvição. Subsidiariamente, pediu para afastar as causas de aumentos dos incisos I e V do § 2º do art. 157 do Código Penal, a redução da fração de aumento pelas majorantes, a consequente readequação da pena e a fixação do regime inicial semiaberto. O Tribunal revisor, contudo, negou provimento ao recurso (e-STJ fls. 46/57).

A Defensoria Pública alega, no presente *habeas corpus*, que a arma não foi apreendida e periciada, de modo a comprovar a capacidade de lesividade, razão pela qual a pena não pode ser majorada de forma objetiva diante dessa dúvida .



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Mesmo que persista a majorante do emprego de arma, argumenta que o aumento aplicado na terceira fase deu-se com base apenas na quantidade de causas de aumento, contrariando o entendimento firmado no enunciado nº 443 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Diante disso, pede para excluir a causa de aumento relativa ao emprego de arma e aplicar a fração mínima de 1/3 (um terço) na terceira fase da dosimetria.

Sem pedido liminar.

Dispensadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* ou pela denegação da ordem (e-STJ fls. 66/71).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 301.708 - SP (2014/0205465-4)

VOTO

**O SENHOR MINISTRO WALTER DE ALMEIDA GUILHERME
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) (RELATOR):**

Inicialmente, cumpre ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a impetração em substituição ao recurso próprio – seja apelação, agravo em execução, recurso especial ou mesmo revisão criminal –, salvo nos casos de flagrante ilegalidade que exija a concessão da ordem de ofício.

Nesse sentido, destaco os seguintes julgados:

EMENTA 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 nº 113890, Relatora Ministra. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 03/12/2013, Publicado em 28/02/2014)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, buscando dar efetividade às normas previstas na Constituição Federal e na Lei 8.038/1990, passou a não mais admitir o manejo do habeas corpus originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que deve ser adotado por este Superior Tribunal de Justiça, a fim de que seja restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.

2. O constrangimento apontado na inicial será analisado, a fim de que se verifique a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação de ofício por este Superior Tribunal de Justiça.

[...](STJ, HC 258.815/MG, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 09/09/2014, DJe 15/09/2014)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. FALTA DE CABIMENTO. LESÃO CORPORAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. AMEAÇA. DESOBEDIÊNCIA. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. CONDUZIR VEÍCULO AUTOMOTOR COM CAPACIDADE PSICOMOTORA ALTERADA EM RAZÃO DA INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEVIDENTE. PARECER ACOLHIDO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a fim de preservar a coerência do sistema recursal e a própria função constitucional do writ, de prevenir ou remediar ilegalidade ou abuso de poder contra a liberdade de locomoção.

2. O remédio constitucional tem suas hipóteses de cabimento restritas, não deve ser utilizado em substituição a recursos processuais penais. A ilegalidade passível de justificar a impetração do habeas corpus deve ser manifesta, de constatação evidente, restringindo-se a questões de direito que não demandem incursão no acervo probatório constante de ação penal.

[...]. (STJ, HC nº 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 20/03/2014, DJe 10/04/2014)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Contudo, a despeito de a impetrante não ter escolhido a via processual adequada, para evitar eventuais prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal, passo à análise das questões formuladas na inicial e à verificação de constrangimento ilegal que enseje a concessão da ordem de ofício.

A Defensoria alega que o artefato empregado no crime de roubo não foi apreendido e periciado, motivo que afastaria a incidência da majorante relativa ao emprego de arma.

Sobre este tema, cumpre asseverar que a Terceira Seção do Superior Tribunal, no julgamento dos Embargos de Divergência nº 961.863/RS, firmou o entendimento no sentido de que a incidência da majorante do inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal prescinde da apreensão e perícia da arma, desde que demonstrado por outros meios de prova o seu uso na prática do crime de roubo.

Eis a ementa do julgado:

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 nº 961.863/RS, Relator o Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP), Relator p/ Acórdão o Ministro Gilson Dipp, Terceira Seção, julgado em 13/12/2010, DJe 06/04/2011)

Na espécie, o acórdão consignou que a vítima Manoel Francisco da Silva narrou que "o réu Jacson sacou uma arma, encostou-a próxima aos seus olhos e anunciou o roubo". Mandaram que ele tirasse toda a sua roupa, exceto a cueca, e deitasse de barriga para o chão, virado para a parede. Disse que nesta posição não viu mais nada, apenas ouviu a movimentação dos assaltantes, que ficaram cerca de 20 minutos no local" (e-STJ fl. 50).

Mais adiante, conclui: "as causas de aumento de pena do emprego de arma, do concurso de agentes e da restrição à liberdade não merecem ser afastadas, já que restaram insofismavelmente demonstradas pelas palavras do ofendido, cuja credibilidade não pode ser posta em dúvida, à míngua de elementos que as abalem" (e-STJ fls. 52/53).

Como se vê, embora a arma não tenha sido apreendida e periciada, está devidamente comprovado, por outros meios, o seu emprego no crime de roubo praticado pelos réus, entre eles o ora paciente.

A Defensoria Pública busca, ainda, a redução da fração de 2/5 (dois quintos) para o mínimo de 1/3 (um terço) em razão da incidência das três majorantes – concurso de agentes, emprego de arma de fogo e restrição de liberdade.

Nesse ponto, disse o Tribunal revisor (e-STJ fl. 54):

No caso concreto, deve-se considerar que justifica particular exacerbação do quantum do aumento de pena o fato de serem quatro os assaltantes e terem-se utilizado de armas de fogo, de alto poder vulnerante e intimidador.

Com efeito, se qualquer arma até mesmo a arma branca ou a arma imprópria - basta à incidência da causa de aumento de pena do artigo 157 § 2º inciso I do Código Penal, o uso de arma de fogo justifica aumento em patamar superior ao mínimo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Desse modo, na presença de três causas de aumento, o índice adequado de exacerbação é de 2/5.

Observa-se que o Tribunal revisor adotou fundamentação suficiente para justificar a manutenção da fração acima do piso, notadamente em razão de ter sido praticado por 4 (quatro) assaltantes e com o emprego de arma de fogo, de alto poder vulnerante, para intimidar as vítimas, circunstâncias que revelam maior gravidade e afasta a alegação de constrangimento ilegal pelo suposto descumprimento do enunciado nº 443 do Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO AO RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO. [...]. 3. AUMENTO DA PENA NA TERCEIRA FASE. PRESENÇA DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 3/8. ADMISSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. MAIOR TEMIBILIDADE E REPROVABILIDADE DA CONDUTA.

[...]

6. As instâncias ordinárias destacaram circunstâncias concretas que justificam a necessidade do acréscimo da sanção, na terceira fase de aplicação da pena, em patamar superior ao mínimo - delito cometido com emprego de várias armas de fogo, concurso de três agentes e violência física contra as vítimas -, em total consonância, portanto, ao verbete nº 443, da Súmula desta Corte.

[...]

(HC nº 278.192/SP, Relator Ministro Moura Ribeiro, DJe 27/05/2014).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ART. 157, § 2º, I E II, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA. AUMENTO DE 3/8. EXASPERAÇÃO DA PENA. TERCEIRA FASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MOTIVAÇÃO CONCRETA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO.

[...]

III - A presença de mais de uma qualificadora no crime de roubo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não é causa obrigatória de majoração da punição em percentual acima do mínimo previsto em lei, a menos que seja constatada a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que ocorreu na espécie.

IV - Na hipótese dos autos, não restou configurado constrangimento ilegal, pois a majoração da reprimenda na fração de 3/8 está devidamente fundamentada na maior reprovabilidade e periculosidade da conduta do Paciente.

[...]

(HC nº 284.001/SP, Relatora Ministra Regina Helena Costa, DJe 26/05/2014)

[...]

- Correto o aumento de 2/3 (dois terços) da pena, em razão da incidência de três majorantes, quais sejam, uso de arma de fogo, em concurso de agente, com restrição da liberdade da vítima, uma vez que a exasperação em patamar acima do mínimo legal não decorreu unicamente do número de causas de aumento, mas das peculiaridades concretas do crime, especialmente quando evidenciado o uso de arma de fogo e de notável violência contra a vítima, que foi agredida, amarrada e confinada no porta-malas do veículo. Em tais condições, fica afastada a aplicação do Enunciado n. 443 da Súmula desta Corte.

[...]

(HC nº 263.412/SP, Relatora Ministra Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), DJe 07/03/2014)

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

É o voto.

MINISTRO WALTER DE ALMEIDA GUILHERME
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0205465-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 301.708 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00598869120118260050 050110598865 10992011 20140000314424 50110598865
598869120118260050

EM MESA

JULGADO: 23/10/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/SP)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: DÉBORA REZENDE DANTAS MOTA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: FERNANDO GABRIEL BOUSQUET DA SILVA
CORRÉU	: ALECSANDER HEBERT RIBEIRO FENZ
CORRÉU	: JACSON SANTOS BARBOSA

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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Gurgel de Faria e Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) votaram com o Sr. Ministro Relator.