



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 200.082 - SP (2011/0053758-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : ALEXANDRE AUGUSTO FERREIRA DUTRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FAUSTO SILVA DE OLIVEIRA
ADVOGADO : ALEXANDRE AUGUSTO FERREIRA DUTRA - DEFENSOR PÚBLICO

EMENTA

HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2.º, I, DO CÓDIGO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) AUSÊNCIA DE APREENSÃO DA ARMA DE FOGO UTILIZADA. IRRELEVÂNCIA. (3) REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. QUANTUM DE PENA (5 ANOS E 4 MESES DE RECLUSÃO). REINCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. (4) *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. A Terceira Seção pacificou o entendimento no sentido da desnecessidade de apreensão e perícia da arma de fogo para que seja configurada a causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, desde que os demais elementos probatórios demonstrem sua utilização na prática do delito. Ressalva de entendimento da relatora.

3. Fixada pena superior a quatro anos de reclusão para condenado reincidente, não há ilegalidade no estabelecimento do regime fechado para o início do cumprimento de pena.

4. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Assusete Magalhães votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 29 de agosto de 2013(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 200.082 - SP (2011/0053758-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : ALEXANDRE AUGUSTO FERREIRA DUTRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FAUSTO SILVA DE OLIVEIRA
ADVOGADO : ALEXANDRE AUGUSTO FERREIRA DUTRA - DEFENSOR PÚBLICO

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por Defensor Público em favor de FAUSTO SILVA DE OLIVEIRA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 990.10.336905-0).

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, nestes termos:

FAUSTO SILVA DE OLIVEIRA, qualificado nos autos, foi denunciado e processado, como incurso nas penas do artigo 157, §2º, I, do Código Penal, porque no dia 15 de outubro de 2008, às 12:40 horas, na rua José Molon, 221, Jardim São João, nesta cidade e comarca, subtraiu para ele, mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo em face de Maria José da Silva, um aparelho e vídeo game, "Play Station II", mais quarenta jogos pertencentes à vítima. (...)

Por sua vez, a vítima Maria José da Silva contou que, na data dos fatos, estava em sua loja de jogos com seus filhos e alguns clientes, oportunidade em que o réu ali ingressou. Ele esperou que os clientes saíssem, aproximou-se e determinou que a vítima colocasse seus filhos dentro do banheiro, anunciando o roubo, mediante exibição de arma de fogo. Em seguida, exigiu dinheiro, ao que respondeu que não tinha. Então, Fausto subtraiu o vídeo game e vários jogos. Nesse momento, chegaram clientes ao local e o réu fugido. Diante disso, rumou para o T Distrito Policial, situado próximo do local dos fatos, onde noticiou o ocorrido. Os policiais tentaram localizar Fausto, mas não conseguiram. Passados alguns dias, foi chamada a Delegacia e reconheceu o réu. Nada foi recuperado.

Atendendo as diretrizes contidas no artigo 59 do Código Penal, fixo a pena base em 04 (quatro) anos de reclusão e multa de 10 (dez) dias-multa, calculados cada qual em um trigésimo do maior salário mínimo vigente ao tempo do cometimento do delito, com correção monetária desde aquela época.

Deixo de agravar-lhe a pena pela reincidência, em face da confissão realizada.

Não existem outras circunstâncias agravantes ou atenuantes a considerar.

Em face da qualificadora atinente ao emprego de arma de fogo para o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exercício da ameaça, aumento a pena acima fixada em 1/3.

Não existem outras causas de aumento ou diminuição de pena a considerar.

Ante o exposto, julgo a ação PROCEDENTE e CONDENO FAUSTO SILVA DE OLIVEIRA, qualificado nos autos, a pena de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e multa de 13 (treze) dias-multa, calculados cada qual em um trigésimo do maior salário mínimo vigente ao tempo do cometimento do delito, com correção monetária desde aquela época, por infração ao artigo 157, § 2º, 1, do Código Penal.

A pena privativa de liberdade será cumprida, inicialmente, no regime fechado, ante a gravidade e circunstâncias do crime praticado e em face da reincidência. (fls. 17-22).

A defesa interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso, *verbis*:

A vítima MARIA JOSÉ, em fase idêntica, reconheceu o APELANTE como autor do roubo em pauta. Disse que estava em sua loja quando ele adentrou, esperou a saída dos outros clientes e anunciou o roubo. Após mostrar uma arma de fogo, subtraiu um vídeo game e quarenta jogos e fugiu (fls. 94/98).

Por tal quadro, correta a condenação do APELANTE posto que sua confissão judicial encontrou eco nas provas existentes nos autos, em especial no reconhecimento positivo efetuado pela vítima.

A qualificadora relativa ao uso de arma no sucesso restou devidamente comprovada nas provas dos autos e deve ser mantida.

Com relação a inexistência da apreensão da arma utilizada na ameaça do tipo em pauta, a mesma não socorre o agente.

A vítima, nas suas declarações, confirmou a presença de uma arma no palco do sucesso e a mesma serviu para reduzir a sua capacidade de resistência, favorecendo a subtração dos seus bens.

Tais esclarecimentos bastam para a identificação do tipo em tela e o acolhimento da sua qualificadora. (...)

As penas foram corretamente fixadas e devem ser mantidas. Partindo-se das bases mínimas, a elas adicionou-se 1/3 pela qualificadora citada, o que totalizou cinco anos e quatro meses de reclusão e quitação de treze diárias básicas.

O regime prisional fechado deve imperar em se tratando de delito de roubo qualificado.

A incidência dos delitos de roubo, nos últimos tempos, aumentou de forma tão acelerada que colocou a sociedade em constante sobressalto, causando nos moradores de nossas cidades temor permanente e presente quando da realização das mais mezinhas atividades do cotidiano. (...)

A população, procurando resguardar-se, coloca grades de proteção em todos os imóveis, blindando automóveis e anda sempre desconfiada pelas ruas, procurando ter a sensação de estar em segurança, mas, na realidade, continua exposta aos mesmos riscos causados por agentes que se dedicam a tal crime contra o patrimônio, fazendo deles a sua forma de subsistência material: o cidadão está preso e os roubadores soltos.

O delito de roubo qualificado, como no caso em pauta, indica a periculosidade do agente que o pratica, identificando-o como sendo astuto,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cruel, agressivo e preparado para não só atingir o patrimônio da vítima como também de ceifar-lhe a vida, diante da mas insignificante atitude, mesmo que complacente para a efetivação do sucesso por aquele pretendido.

Tal periculosidade, como é curial, deve influir na medida de reprovação a ser imposta ao agente em proteção da Sociedade que se viu pelo mesmo violada, com a aplicação das circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, não detendo o condão de aumentar a pena mas que servem de subsídio quando da fixação do regime prisional, nos exatos termos do artigo 33, § 3º, mesmo Código.

A aplicação destas duas normas penais quando da fixação do regime prisional, situação dada como legal por nossos Tribunais (RTJ 173/896), deve imperar, diferenciando condutas inicialmente idênticas mas que, nos resultados diferem entre si, promovendo, para a adequada reprovação a ser fixada, regime prisional mais gravoso para as mais graves e mais brando para as menos graves. (...)

Com relação a primariedade do agente, a situação não diverge, posto que se tem em mente, sempre, resguardar a Sociedade da ação do roubador, seja ela tentada ou consumada, independentemente da sua idade ou primariedade.

Por tal quadro, correta a manutenção do regime prisional fechado para o cumprimento da pena carcerária face a verificação de roubo qualificado, mediante a aplicação das normas dos artigos 59 e 33, § 3º, do Código Penal.

Assim, nega-se provimento ao recurso do APTE., confirmando-se a r. sentença recorrida em todos os seus termos. (fls. 23-31).

Alega o impetrante, inicialmente, que caracteriza constrangimento ilegal o reconhecimento da causa especial de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal sem a apreensão da arma e a realização de perícia que comprove sua potencialidade lesiva.

Aduz que, no caso, há fundada dúvida de que o paciente estaria portando arma de fogo na ocasião do delito, uma vez que poucos dias após os fatos foi surpreendido portando "mero simulacro".

Argumenta, ainda, que o regime inicial foi estabelecido apenas em razão da gravidade em abstrato do delito, contrariando o entendimento dos enunciados sumulares 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

Invoca o verbete n.º 440 da Súmula desta Corte.

Requer, liminarmente, que o paciente seja colocado em liberdade até o julgamento definitivo deste *writ* ou, subsidiariamente, em regime semiaberto. No mérito, pretende:

- a) seja afastada a majorante do inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal;
- b) seja estabelecido o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 38-40.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

As informações foram juntadas às fls. 48-109, 127, 130-132 e 135-136.

O Ministério público Federal apresentou parecer, fls. 135-136, da lavra do Subprocurador-Geral da República Alcides Martins, opinando pela concessão parcial da ordem, apenas, para que seja modificado o regime inicial de cumprimento de pena para o semiaberto.

Segundo as últimas informações, o paciente cumpre pena em regime fechado.
É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 200.082 - SP (2011/0053758-9)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2.º, I, DO CÓDIGO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) AUSÊNCIA DE APREENSÃO DA ARMA DE FOGO UTILIZADA. IRRELEVÂNCIA. (3) REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. QUANTUM DE PENA (5 ANOS E 4 MESES DE RECLUSÃO). REINCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. (4) *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. A Terceira Seção pacificou o entendimento no sentido da desnecessidade de apreensão e perícia da arma de fogo para que seja configurada a causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, desde que os demais elementos probatórios demonstrem sua utilização na prática do delito. Ressalva de entendimento da relatora.

3. Fixada pena superior a quatro anos de reclusão para condenado reincidente, não há ilegalidade no estabelecimento do regime fechado para o início do cumprimento de pena.

4. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

De início, cumpre registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las.

(HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do Resp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

Em relação à irresignação - vício na aplicação da causa de aumento relativa ao emprego de arma -, a Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp n.º 961.863/RS, alinhando-se à posição esposada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, firmou a compreensão de que é prescindível a apreensão e perícia da arma de fogo para a aplicação da causa de aumento prevista no art. 157, § 2.º, I, do Código Penal, desde que comprovada a sua utilização por outros meios de prova. Embora ressaltando meu ponto de vista, e passo à análise do caso concreto.

Neste *mandamus*, o conjunto probatório coligido aos autos destaca a incidência da causa de aumento por meio de prova oral, visto o relato da vítima "ele esperou que os clientes saíssem, aproximou-se e determinou que a vítima colocasse seus filhos dentro do banheiro, anunciando o roubo, mediante exibição de arma de fogo".

Desse modo, em conformidade com o acordado no EREsp n.º 961.863/RS, a prova oral juntada aos autos seria suficiente para ensejar a aplicação da causa de acréscimo em apreço, inexistindo qualquer constrangimento ilegal a ser reconhecido.

Com efeito, diante da reincidência do paciente, não há como proceder a modificação do regime inicial de cumprimento da pena, pela letra clara do conteúdo do art. 33 do Código Penal.

Na espécie, é de ver que a agravante da reincidência foi reconhecida e compensada com a atenuante da confissão espontânea (fl. 21). Assim, tendo o Tribunal de origem mantido a sentença em todos os seus termos (fl. 30), não afastando a agravante da reincidência, incabível a modificação do regime inicial de cumprimento da pena para outro mais brando, justamente em razão da devida obediência ao art. 33 do Código Penal.

Dessarte, tendo sido o paciente condenado à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, ostentando a recidiva, o regime fechado é o adequado. Neste sentido:

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. REGIME INICIAL. FECHADO. PENA INFERIOR A 8 ANOS. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. REINCIDÊNCIA. MAUS ANTECEDENTES. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. CONSTRANGIMENTO NÃO EVIDENCIADO.

1. Na esteira dos recentes precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior de Justiça, é incabível o habeas corpus utilizado em substituição ao recurso adequado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. As hipóteses de cabimento do *writ* são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso cabível. Precedentes.

3. A inadequação da via eleita, contudo, não desobriga este Tribunal Superior de, ex officio, fazer cessar manifesta ilegalidade que importe no cerceamento do direito de ir e vir do paciente.

4. Este Superior Tribunal de Justiça, em inúmeros precedentes, assentou o entendimento de que a imposição de regime mais severo do que aquele legalmente previsto deve estar fundamentada nas circunstâncias concretas do delito, que possam demonstrar a real periculosidade do agente, consubstanciada no *modus operandi* ou prejuízo extraordinário advindo da conduta perpetrada.

5. Na hipótese, o regime fechado estabelecido se encontra devidamente justificado na gravidade concreta do delito perpetrado, na reincidência e nos maus antecedentes do apenado.

6. Ordem não conhecida.

(HC 267.383/SP, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 12/06/2013)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM NOVO POSICIONAMENTO ADOTADO PELO PRETÓRIO EXCELSO. ROUBO MAJORADO. ARMA E CONCURSO DE AGENTES. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES DIVERSAS. FASES DISTINTAS. POSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. MAJORAÇÃO EM 1/3. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. REDUÇÃO AO PATAMAR DE 1/6. RECONHECIMENTO DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 3/8. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SÚMULA 443/STJ. REGIME FECHADO. CONDENADO REINCIDENTE COM PENA FIXADA ACIMA DE 4 ANOS. SÚMULA 440/STJ. INAPLICABILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

- Considerando que se trata de pacientes reincidentes em que a reprimenda foi fixada acima de 4 (quatro) anos de reclusão, inexistente constrangimento ilegal na imposição do regime fechado. Inaplicabilidade do verbete n. 440 da Súmula desta Corte Superior.

- *Habeas Corpus* não conhecido. Concedida ordem de ofício para fixar fração de aumento referente a reincidência dos pacientes em 1/6 (um sexto) e estabelecer a exasperação das causas de aumento de pena em seu patamar mínimo legal de 1/3 (um terço), redimensionando as penas dos pacientes MARCIO ALEX SOARES e EDISON FERNANDO DE ASSIS para 7 (sete) anos, 3 (três) meses e 3 (três) dias de reclusão, mais 16 (dezesesseis) dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão.

(HC 173.805/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 19/03/2013, DJe 22/03/2013)

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. ROUBO. REGIME



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FECHADO. (...) PARA O RÉU RECONHECIDAMENTE REINCIDENTE, COM PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. REGIME FECHADO. OBRIGATORIEDADE.

(...)

4. É obrigatório o regime inicial fechado para o réu reincidente condenado a pena superior a 4 anos de reclusão.

5. Ordem parcialmente prejudicada e denegada.

(HC 58.546/MG, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 07.12.2006, DJ 09.04.2007 p. 274)

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0053758-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 200.082 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 27352008 990103369050

EM MESA

JULGADO: 29/08/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ALEXANDRE AUGUSTO FERREIRA DUTRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FAUSTO SILVA DE OLIVEIRA
ADVOGADO : ALEXANDRE AUGUSTO FERREIRA DUTRA - DEFENSOR PÚBLICO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Assusete Magalhães votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.