



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 142.723 - RJ (2009/0142216-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : ARIOSVALDO DE GOIS COSTA HOMEM - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO
PACIENTE : CÁSSIO MARTINS DA SILVA (PRESO)
PACIENTE : ROGÉRIO GOMES DE SOUZA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM GRAU DE APELAÇÃO. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Mostra-se inadequado e descabido o manejo de *habeas corpus* em substituição ao recurso especial cabível.

2. É imperiosa a necessidade de racionalização do *writ*, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal, devendo ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção.

3. "O *habeas corpus* é garantia fundamental que não pode ser vulgarizada, sob pena de sua descaracterização como remédio heróico, e seu emprego não pode servir a escamotear o instituto recursal previsto no texto da Constituição" (STF, HC 104.045/RJ).

4. Hipótese em que não há flagrante ilegalidade a ser reconhecida. Foram devidamente valorados os maus antecedentes e a reincidência, com base em incidências diversas, inexistindo *bis in idem*. Ademais, devidamente reconhecida a condição de liderança dos pacientes, inviável afastar a qualificadora na via estreita do *mandamus*. De outra parte, conforme decidido pela Terceira Seção desta Corte (EREsp n.º 961.863/RS, de relatoria do Desembargador convocado Celso Limongi), em julgamento no qual fiquei vencida, é prescindível a apreensão e perícia da arma para a incidência da majorante, desde que verificada a existência de outras provas que atestem a utilização do instrumento, como na hipótese. Por fim, correta a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, aumentando-se a sanção de 1/6 por força da agravante prevista no art. 62, I, do Código Penal.

5. *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 Turma, por unanimidade, não conheceu do *habeas corpus*, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Assusete Magalhães.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 04 de dezembro de 2012(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 142.723 - RJ (2009/0142216-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : ARIOSVALDO DE GOIS COSTA HOMEM - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO
PACIENTE : CÁSSIO MARTINS DA SILVA (PRESO)
PACIENTE : ROGÉRIO GOMES DE SOUZA (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de CÁSSIO MARTINS DA SILVA e ROGÉRIO GOMES DE SOUZA, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Apelação Criminal nº 2001.51.01.534382-2).

Colhe-se dos autos que os pacientes foram condenados como incursos no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, o primeiro à pena de 9 anos, 4 meses e 8 dias de reclusão, e 36 dias-multa, e o segundo à sanção de 11 anos, 2 meses e 22 dias de reclusão, e 56 dias-multa. No que interessa, disse o magistrado (fls. 81/84):

As causas de aumento de pena previstas nos incisos I e II do parágrafo 2º do art. 157 do Código Penal restaram plenamente caracterizadas, para todos os acusados, tendo em vista a vasta prova no sentido de que a ação criminosa no interior da agência foi praticada por uma mulher e três homens é que estes estavam armados. A CÁSSIO, ROGÉRIO e ELIZABETH é imputável, ainda, o roubo de armas e munição que estavam na posse dos vigilantes da agência, que não pertencem à Caixa Econômica Federal. Há concurso formal de crimes da mesma natureza. No ponto, entendo que não se pode presumir que o dolo da acusada CARMEM alcançava esta ação, tratando-se, pois, à falta de provas, de participação dolosamente distinta.

Quanto ao emprego de arma e a ausência de laudo pericial que atestasse sua ofensividade, questão suscitada pela defesa de ROGÉRIO, adoto como razão de decidir os fundamentos do precedente do Superior Tribunal de Justiça cuja ementa transcrevo:

(...)

Passo a individualizar as penas.

CÁSSIO MARTINS DA SILVA. Não há nos autos elementos que permitam avaliar com segurança a conduta social e a personalidade do acusado. Os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime são os normais para a espécie, sendo de observar que a alegação de que passava necessidade, feita durante o interrogatório, não foi objeto de qualquer outra prova. Quanto aos antecedentes, observo que o réu é reincidente, o que será considerado no segundo momento da individualização da pena. Nada obstante, há nos autos prova de que CÁSSIO foi definitivamente condenado em ao menos dois processos: fls.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

263/280 e 285, de modo que a condenação mais remota há de ser considerada como antecedente desfavorável. Observo, no ponto, que o réu é identificado à fl. 285 como Marcos Martins da Silva, tratando-se, no entanto, de CÁSSIO, o que se infere do número de inscrição no Registro Geral, bem como às observações na Folha de Antecedentes Criminais a respeito de "outros nomes". Assim, observados os critérios dispostos no art. 59 do Código Penal, fixo a pena base em 5 (cinco) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa.

O réu é reincidente específico (fls. 263/280), de forma que a pena é agravada nos termos do art. 61, I, do Código Penal. A prova produzida permite concluir, ainda, que entre os co-autores e partícipes, coube a CÁSSIO, ao lado de ROGÉRIO, a direção da atividade dos demais integrantes. Com efeito, em seus interrogatórios, afirmaram os réus em questão que lhes coube a decisão de praticar o crime. Ainda que não seja crível a versão dos fatos apresentadas pelos mesmos, a forma de execução do crime evidencia que lhes coube todas as ações de liderança da ação, como a abordagem das vítimas e acompanhamento do gerente da Caixa Econômica Federal até o cofre, ao passo que a acusada ELIZABETH desempenhava papel acessório, como visto acima. Por estes motivos, entendo aplicável a agravante prevista no art. 62, I, do Código Penal.

Por outro lado, o réu confessou voluntariamente a autoria do crime, em razão do quê reconheço a atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal. A par da reincidência, entendo como preponderante a agravante relativa à direção da atividade criminosa (Código Penal, art. 62, I), que diz respeito à maior desenvoltura do acusado no desempenho do crime e, pois, a sua personalidade. Assim, na forma do art. 67 do Código Penal, elevo a pena, no equivalente a um sexto, para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 23 dias multa.

Presentes duas das causas de aumento previstas no art. 157, § 2.º, aumento a pena de três oitavos, passando para 8 (oito) anos e sete dias de reclusão e 31 (vinte e oito) dias-multa. Por força do art. 70 do CPB aumento a pena de um sexto, passando para 9 (nove) anos, 4 (quatro) meses e 8 (oito) dias de reclusão e 36 (trinta e seis) dias-multa, pena esta que torno definitiva.

(...)

ROGÉRIO GOMES DE SOUZA. Não há nos autos elementos que permitam avaliar com segurança a conduta social e a personalidade do acusado. Os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do crime são os normais para a espécie. Quanto aos antecedentes, observo que o réu é reincidente, o que será considerado no segundo momento da individualização da pena. Nada obstante, há nos autos prova de que ROGÉRIO foi definitivamente condenado em quatro processos, pela prática de tráfico de entorpecentes (duas vezes) e associação para o tráfico, homicídio e posse ilegal de arma: fls. 258, 260, 293 e 313, de modo que as condenações mais remotas não de ser consideradas como antecedentes desfavoráveis. De fato, as diversas condenações definitivas pela prática de crimes de intensa gravidade revelam que efetivamente a personalidade do réu está voltada para a prática criminosa. Assim, observados os critérios dispostos no art. 59 do Código Penal, fixo a pena base em 6 (seis) anos de reclusão e 30 (trinta) dias-multa.

O réu é reincidente, de forma que a pena é agravada nos termos do art. 61, I, do Código Penal. A prova produzida permite concluir, ainda, que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entre os co-autores e partícipes, coube a ROGÉRIO, ao lado de CASSIO, a direção da atividade dos demais integrantes. Com efeito, em seus interrogatórios, afirmaram os réus em questão que lhes coube a decisão de praticar o crime. Ainda que não seja crível a versão dos fatos apresentadas pelos mesmos, a forma de execução do crime evidencia que lhes couberam todas as ações de liderança da ação, como a abordagem das vítimas e acompanhamento do gerente da Caixa Econômica Federal até o cofre, ao passo que a acusada ELIZABETH desempenhava papel acessório, como visto acima. Por estes motivos, entendo aplicável a agravante prevista no art. 62, I, do Código Penal.

Por outro lado, o réu confessou voluntariamente a autoria do crime, em razão do quê reconheço a atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal. A par da reincidência, entendo como preponderante a agravante relativa à direção da atividade criminosas (Cód. Penal, art. 62, I), que diz respeito à maior desenvoltura do acusado no desempenho do crime e, pois, a sua personalidade. Assim, na forma do art. 67 do Código Penal, elevo a pena no equivalente a um sexto, para 7 (sete) anos de reclusão e 35 dias multa.

Presentes duas das causas de aumento previstas no art. 157, § 2º, aumento a pena de três oitavos, passando para 9 (nove) anos 7 (sete) meses e 15 dias de reclusão, e 48 dias-multa. Por força do art. 70 do CPB, aumento a pena de um sexto, passando para 11 (onze) anos, 2 (dois) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, e 56 (cinquenta e seis) dias-multa, pena esta que torno definitiva.

O Tribunal de origem negou provimento à apelação dos pacientes. Extrai-se do acórdão (fls. 99/109):

2.3. RECURSO DE CASSIO MARTINS DA SILVA

A pretensa descon sideração de maus antecedentes em decorrência do eventual erro de identificação na certidão de fl. 285 não prospera. Tal circunstância já foi explicitamente esclarecida na sentença (fl. 330), valendo consignar que o nome declinado à fl. 285 (MARCOS MARTINS DA SILVA) consta sim no campo “*outros nomes*” da FAC do recorrente (fl. 162), ao contrário do que afirma a defesa (fl. 391).

Ademais, mesmo descon siderando o que consta da certidão de fl. 285, as anotações de fls. 263/280 indicam que o apelante já sofreu condenação com trânsito em julgado por roubo duplamente qualificado (fls. 272 e 276), sendo reincidente, portanto. Outrossim, não se pode descon siderar que o próprio réu admitiu em sede policial (fl. 236 do IPL) ter participado de outros três roubos a instituições financeiras e em seu interrogatório (fls. 33/36) confirmou um deles.

Quanto a agravante do art. 62, I do CP, as imagens do circuito interno de vigilância mostram que o recorrente foi o responsável por acompanhar o gerente até o cofre, carregando consigo a bolsa com o produto do roubo (fl. 421 do IPL), num quadro que permite antever certa proeminência das suas tarefas sobre a ação. Por seu turno, a única contra-prova seria a menção da autoridade policial a dados colhidos de informantes no sentido de que WILSON seria o mandante (fls. 176/187 do IPL), elemento cuja fragilidade não permitiu a incidência da agravante na condenação do próprio WILSON nos autos n.º 2001.51.01.529912-2 (fls. 165/185 do IPL).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, a intenção de ver a atenuante da confissão preponderar sobre quaisquer agravantes quando estamos diante de ação criminosa flagrada em circuito de vídeo, impossibilitando a negativa de autoria, não é medida aplicável. Confissão só é atenuante quando tenha o condão de trazer algum acréscimo proveitoso para o esclarecimento dos fatos, sendo sua natureza a do utilitarismo, razão pela qual, se ela nada trouxe de novo para beneficiar a persecução penal, e sequer poderia haver outra postura do agente, que inclusive foi flagrado no momento da ação delituosa, não há que ser reconhecida.

Assim, ainda que a sentença a reconheça, e nesse particular não possa ser reformada dada, a restrição temática do recurso ministerial, não entendo por sua prevalência.

2.4. RECURSO DE ROGÉRIO GOMES DE SOUZA

Com relação à pretensão de excluir a qualificadora pelo uso de arma de fogo (art. 157, § 2º, I do CP), em razão de não se ter realizado exame pericial para atestar a lesividade do instrumento, me parece que a tese procede. Os mais recentes precedentes do Eg. STF militam no sentido de que não se aplica a causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I do CP, a título de emprego de arma de fogo, se esta não foi apreendida nem periciada, sem prova de disparo.

Até se pode admitir que a jurisprudência é por demais destacada da lógica de algumas situações, nas quais existem disparos das armas diante das testemunhas, troca de tiros com policiais etc, nas quais a perícia seria tautologia. Razão pela qual, dissentimos em parte da assertiva de que a perícia na arma de fogo seja sempre necessária, quando a lógica da situação de fato expuser que as armas dispararam, exibindo incontroverso potencial maior de dano às vítimas, se a coação fosse levada a cabo.

No caso, embora não tenham sido deflagrados disparos durante a ação criminosa que tornassem incontroversa a aptidão lesiva dos instrumentos apreendidos e não submetidos à perícia, a sentença consignou expressamente e com alicerce na prova testemunhal que, os agentes entraram na agência, e a instrução fala que entraram munidos de pistolas, e ainda subtraíram armas dos vigilantes da agência e na posse delas permaneceram (fls. 327/328 dos autos e depoimento de fls. 43/44 do IPL).

Neste *writ*, com relação ao paciente Cássio, defende o impetrante ser ilegal o aumento da pena-base em razão dos "maus antecedentes". Aduz que a pena foi agravada "pelo fato de constar nome diverso do seu na certidão de fl. 285, quando nada indica que esse erro ocorreu por sua conduta". Ademais, não se verifica na FAC "a suposta observação relativa a 'outros nomes' mencionada pelo Juízo". Invoca os princípios *in dubio pro reo* e da presunção de inocência.

Entende que deve ser afastada a qualificadora do art. 62, I, do Código Penal, eis que dirigida exclusivamente à única pessoa que assume função de chefia, não podendo ser atribuída aos dois pacientes, até porque o mentor intelectual do crime era o corréu Wilson. Alega que não se deve confundir a ostensividade da ação dos pacientes com a liderança do grupo.

Quanto à segunda fase da dosimetria, aduz que o magistrado reconheceu a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atenuante da confissão espontânea, mas deixou de aplicá-la. Fez incidir, por outro lado, além da agravante relativa à direção da atividade criminosa, a da reincidência, já utilizada na primeira fase, configurando *bis in idem*. Defende a equivalência da agravante a da atenuante, mantendo-se a pena-base.

Aduz não ser possível aumentar a reprimenda pelo uso de arma de fogo, dada a não apreensão do objeto.

No tocante ao paciente Rogério, ressalta que a reincidência também foi duplamente valorada, nas duas primeiras fases, configurando *bis in idem*. Insurge-se, também, contra a preponderância da agravante relativa à "chefia", que sequer restou evidenciada. Desconsiderou-se, da mesma forma, a confissão espontânea.

Assevera, mais uma vez, a ausência de laudo pericial da arma de fogo, o que impede a incidência da respectiva causa de aumento.

Pugna pela concessão da ordem para: a) quanto a Cássio, "afastar a agravante dos 'maus antecedentes' e manter a pena, na segunda fase do art. 68 CP, igual a pena base aplicada, bem como pelo afastamento da qualificadora pelo emprego de arma de fogo presente no inciso I, § 2º do art. 157 do CP"; b) com relação a Rogério, afastar a "qualificadora prevista no art. 157, § 2º, I, do estatuto repressor. E também pela não aplicação do acréscimo de 1/6 (um sexto) em sua pena, decorrente do concurso de agravantes e atenuantes efetivado pelo juízo *a quo*".

Prestadas as informações, o Ministério Público Federal opina pela denegação da ordem (fls. 135/137).

Foram prestadas informações complementares, esclarecendo-se, à fl. 162, terem sido expedidas cartas de execução de sentença aos pacientes em 17.07.2009.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 142.723 - RJ (2009/0142216-9)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM GRAU DE APELAÇÃO. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Mostra-se inadequado e descabido o manejo de *habeas corpus* em substituição ao recurso especial cabível.

2. É imperiosa a necessidade de racionalização do *writ*, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal, devendo ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção.

3. "O *habeas corpus* é garantia fundamental que não pode ser vulgarizada, sob pena de sua descaracterização como remédio heróico, e seu emprego não pode servir a escamotear o instituto recursal previsto no texto da Constituição" (STF, HC 104.045/RJ).

4. Hipótese em que não há flagrante ilegalidade a ser reconhecida. Foram devidamente valorados os maus antecedentes e a reincidência, com base em incidências diversas, inexistindo *bis in idem*. Ademais, devidamente reconhecida a condição de liderança dos pacientes, inviável afastar a qualificadora na via estreita do *mandamus*. De outra parte, conforme decidido pela Terceira Seção desta Corte (EREsp n.º 961.863/RS, de relatoria do Desembargador convocado Celso Limongi), em julgamento no qual fiquei vencida, é prescindível a apreensão e perícia da arma para a incidência da majorante, desde que verificada a existência de outras provas que atestem a utilização do instrumento, como na hipótese. Por fim, correta a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, aumentando-se a sanção de 1/6 por força da agravante prevista no art. 62, I, do Código Penal.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Destaque-se, inicialmente, a imperiosa necessidade de racionalização do *habeas corpus*, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. Deve ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção.

As hipóteses de cabimento do *writ* são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários ou de índole extraordinária, tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória. Sobre o tema, confirmam-se os diversos julgados desta Corte:

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. DIREITO A PERMANECER EM LIBERDADE ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. PLEITO SUPERADO. PERDA DO OBJETO. ABSOLVIÇÃO. REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL. FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DOS TEMAS APÓS A SENTENÇA CONDENATÓRIA TER TRANSITADO EM JULGADO. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. ARGUMENTOS A SEREM EVENTUALMENTE DEDUZIDOS EM SEDE DE REVISÃO CRIMINAL. PEDIDO PARCIALMENTE PREJUDICADO. LIMINAR CASSADA. ORDEM NÃO CONHECIDA EM PARTE.

I. Passada em julgado a condenação, infere-se a perda do objeto do writ no tocante ao pleito de concessão ao paciente do direito de permanecer em liberdade até a superveniência do trânsito em julgado da sentença, devendo, ainda, ser reconhecida a caducidade da liminar anteriormente deferida.

II. A Jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que via estreita do writ mostra-se inidônea para desconstituir édito condenatório já transitado em julgado, mormente quando a análise do tema demanda o revolvimento de matéria fática, pois, conforme já consignado, para tal objetivo existe a revisão criminal (Precedentes).

III. A substituição da revisão criminal pelo habeas corpus somente é admitida quando a apreciação do pleito prescindir de revolvimento de provas e a ilegalidade for manifesta, o que não se revela no caso em apreço.

IV. Deve ser reconhecida a prejudicialidade do pedido, no que se refere ao direito de o réu permanecer solto até o trânsito em julgado da condenação, não merecendo conhecimento a impetração no tocante aos demais pleitos deduzidos no writ.

V. Pedido parcialmente prejudicado, cassando-se a liminar antes deferida, e ordem não conhecida no demais, nos termos do voto do Relator.

(HC 170.347/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2011, DJe 01/07/2011)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. REVISÃO DAS CONCLUSÕES DO JULGADO. INCONFORMISMO DA PARTE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TIPICIDADE DA CONDUTA. PRECLUSÃO MATERIAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO.

1. A decisão embargada utilizou fundamentação suficiente para solucionar a controvérsia, inexistindo omissão ou contradição passível de reforma por meio de embargos de declaração.

2. O habeas corpus não se presta à função de sucedâneo de revisão criminal. O trânsito em julgado da sentença penal condenatória determina a preclusão das matérias julgadas.

3. Embargos de declaração rejeitados.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(EDcl no HC 91.697/RJ, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 31/05/2011, DJe 20/06/2011)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PROVA EMPRESTADA. ELEMENTOS ORIUNDOS DO INQUÉRITO POLICIAL E DE PROCEDIMENTO MENORISTA. DEBATE QUE EXIGE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VIA ELEITA. IMPROPRIEDADE.

1. É inviável, na angusta via do habeas corpus, discutir-se matéria que envolve revolvimento fático-probatório. Ademais, in casu, o Pretório Excelso já reconheceu, em sede de Recurso Extraordinário, que o tema em questão - relativo à prova emprestada - teria colorido diferente daquele debate puramente jurídico, típico da discussão a ser empreendida nos Tribunais Superiores. Desta forma, o mais apropriado, nesta quadra, seria o manejo da revisão criminal.

2. Ordem não conhecida.

(HC 160.538/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 31/05/2011, DJe 20/06/2011)

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. REGIME FECHADO. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. MATÉRIA NÃO SUSCITADA NA APELAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. APELAÇÃO. EFEITO RESTRITO. NÃO CONHECIMENTO.

1. Se a pretensão aqui formulada, de alteração do regime prisional, não foi examinada pelo Tribunal de origem, não sendo objeto da apelação manejada pela Defesa, não pode ser enfrentadas por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Em se tratando de apelação interposta contra decisão do Tribunal do Júri, a análise da Corte estadual é restrita às razões da Defesa.

3. Por mais que o habeas corpus seja um dos remédios constitucionais mais importantes, deve o seu emprego submeter-se às hipóteses de cabimento. Ademais, o seu manejo imoderado desrespeita à lógica do sistema recursal, abastardando, ainda, o campo próprio da revisão criminal.

4. Writ não conhecido.

(HC 201.171/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/05/2011, DJe 08/06/2011)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO POR CRIME DE ESTELIONATO TRANSITADA EM JULGADO. POSTERIOR IMPETRAÇÃO DE WRIT PERANTE A CORTE A QUO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE NA DOSIMETRIA DA PENA, NÃO APRECIADA PELO ÓRGÃO JURISDICIONAL IMPETRADO, SOB O FUNDAMENTO DE QUE A VIA REVISIONAL SERIA O MEIO PRÓPRIO PARA SANÁ-LA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO, TÃO SOMENTE PARA QUE O TRIBUNAL IMPETRADO SE MANIFESTE ACERCA DA MATÉRIA LÁ VENTILADA.

1. A alegação de nulidade da dosimetria da pena, decorrente da ausência de fundamentação na fixação da pena-base, não foi analisada pela Corte a quo, sob a alegação de que o habeas corpus não é sucedâneo de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

revisão criminal. Assim, não há como ser conhecida a presente impetração, diante da flagrante incompetência desta Corte Superior (art. 105, inciso II, alínea a, da Constituição da República) para apreciar originariamente a matéria.

2. Contudo, não há óbice ao manejo do habeas corpus quando a análise da legalidade do ato coator prescindir do exame aprofundado de provas, como no caso. Outrossim, "a existência de recurso próprio para a análise do pedido não obsta a apreciação das questões na via do habeas corpus, tendo em vista sua celeridade e a possibilidade de reconhecimento de flagrante ilegalidade no ato recorrido, sempre que se achar em jogo a liberdade do réu." (STJ - RHC 21188/PA, 5.^a Turma, Rel. Min. JANE SILVA - DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG -, DJ de 22/10/2007).

3. Cumpre a este Tribunal, entretanto, determinar somente a análise do mérito da impetração originária pelo Órgão Jurisdicional Impetrado, sob pena de supressão de instância.

4. Recurso não conhecido. Ordem concedida de ofício, tão somente para determinar ao E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que aprecie o mérito do habeas corpus originário, como entender de direito.

(RHC 29.180/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 25/04/2011)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. MATÉRIA A SER ANALISADA EM REVISÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO DE PROVAS EM SEDE DE WRIT. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

I. Conquanto o uso do habeas corpus em substituição aos recursos cabíveis - ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo - crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do habeas-corpus.

II. Na hipótese, a condenação transitou em julgado e o impetrante não pugnou a absolvição do réu em sede de recurso especial, preferindo a utilização do writ em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico.

III. A jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que a via estreita do mandamus não permite a desconstituição de sentença condenatória já transitada em julgado, mormente quando a análise do tema demanda o revolvimento de matéria fática, pois para tal objetivo existe a revisão criminal (Precedentes).

IV. Habeas corpus não conhecido, por consistir utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais.

(HC 183.659/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgado em 22/03/2011, DJe 04/04/2011)

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DE PENA. PROGRESSÃO DE REGIME. NÃO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS IMPETRADO NA ORIGEM. AMEAÇA OU LESÃO AO DIREITO DE LIBERDADE DO PACIENTE. DESNECESSIDADE DO EXAME DE ELEMENTOS FÁTICOS-PROBATÓRIOS. CABIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA.

1. Cristalizou-se na jurisprudência desta Corte que, apesar de existir recurso próprio, a ação de habeas corpus pode substituir a revisão criminal desde que, para a apreciação da pretensão, não seja necessário o revolvimento de provas e, versando apenas sobre matéria de direito, a ilegalidade for manifesta.

2. Ordem concedida para, cassando o v. acórdão, determinar sejam os autos retornados ao eg. Tribunal de origem e que lá seja analisado o mérito do habeas corpus.

(HC 189.391/MG, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 21/02/2011)

No caso, observa-se que, após o julgamento da apelação, a Defesa formulou diretamente este *mandamus*. Não interpôs o recurso especial cabível.

Reforce-se a necessidade e urgência de se cumprir as regras do sistema recursal vigente. O *habeas corpus* não foi criado para a finalidade aqui empregada.

A prevalecer tal postura, o recurso especial tornar-se-á totalmente inócuo. Certamente não foi essa a intenção do legislador constituinte ao prever o *habeas corpus* no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal, e, em seu art. 105, III, definir as hipóteses de cabimento do recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça.

A Suprema Corte, sensível a essa problemática, tem pronunciado também a inadequação de impetrações manejadas em substituição ao recurso próprio. Em julgamento realizado em 7 de agosto de 2012, nos autos do HC nº 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, a Primeira Turma assentou:

Consigno a óptica sobre a inadequação do *habeas corpus* quando o caso sugere recurso ordinário constitucional.

A Carta Federal encerra como garantia maior essa ação nobre voltada a preservar a liberdade de ir e vir do cidadão - o *habeas corpus*. Vale dizer, sofrendo alguém ou se achando ameaçado de sofrer violência ou coação à liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, cabe manusear o instrumental, fazendo-o no tocante à competência originária de órgão julgador.

Em época na qual não havia a sobrecarga de processos hoje notada - praticamente inviabilizando, em tempo hábil, a jurisdição -, passou-se a admitir o denominado *habeas* substitutivo do recurso ordinário constitucional previsto contra decisão judicial a implicar o indeferimento da ordem. Com isso, atualmente, tanto o Supremo quanto Superior Tribunal de Justiça estão às voltas com um grande número de *habeas corpus* - este



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal recebeu, no primeiro semestre de 2012, 2.181 *habeas* e 108 recursos ordinários e aquele, 16.372 *habeas* e 1.475 recursos ordinários. Raras exceções, não se trata de impetrações passíveis de serem enquadradas como originárias, mas de medidas intentadas a partir de construção jurisprudencial.

O Direito é orgânico e dinâmico e contém princípios, expressões e vocábulos com sentido próprio. A definição do alcance da Carta da República há de fazer de forma integrativa, mas também considerada a regra de hermenêutica e aplicação do Direito que é a sistemática. O *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo sequer previsão legal, enfraquece este último documento, tornando-o desnecessário no que, nos artigos 102, inciso II, alínea "a", e 105, inciso II, alínea "a", tem-se a previsão do recurso ordinário constitucional a ser manuseado, em tempo, para o Supremo, contra decisão proferida por tribunal superior indeferindo ordem, e para o Superior Tribunal de Justiça, contra ato de tribunal regional federal e de tribunal de justiça. O Direito é avesso a sobreposições e impetrar-se novo *habeas*, embora para julgamento por tribunal diverso, impugnando pronunciamento em idêntica medida implica inviabilizar, em detrimento de outras situações em que requerida, a jurisdição.

Cumprir implementar - visando restabelecer a eficácia dessa ação maior, a valia da Carta Federal no que prevê não o *habeas* substitutivo, mas o recurso ordinário - a correção de rumos. Consigno que, no tocante a *habeas* já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.

Saliento, por último, que, há dois anos, cheguei a propor a edição de verbete de súmula que, no entanto, esbarrou na ausência de precedentes. Deve-se afastar o misoneísmo, a aversão a novas ideias, pouco importante a justificativa plausível destas - no caso, constitucional -, salvando-se, e esta é a expressão própria, o *habeas corpus* em sua envergadura maior, no que solapado por visão contrária ao princípio do terceiro excluído: uma coisa é ou não é. Entre duas possibilidades contempladas na Lei Fundamental, de modo exaustivo, não simplesmente exemplificativo, não há lugar para uma terceira - na espécie, o inexistente, normativamente, *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário, que, ante a prática admitida até aqui, caiu em desuso, tornando quase letra morta os preceitos constitucionais que o versam.

É cômodo não interpor o recurso ordinário quando se pode, a qualquer momento e considerado o estágio do processo-crime, buscar-se infirmar decisão há muito proferida, mediante o denominado *habeas corpus* substitutivo, alcançando-se, com isso, a passagem do tempo, a desaguar, por vezes, na prescrição. A situação não deve continuar, no que já mitigou a importância do *habeas corpus* e emperrou a máquina judiciária, sendo prejudicados os cidadãos em geral, a cidadania. Rara é a sessão da Turma em que não se examina impetração voltada contra a demora na apreciação de idêntica medida pelo Superior Tribunal de Justiça.

O mesmo órgão julgador, em 21 de agosto de 2012, nos autos do HC nº 104.045, Relatora a Ministra Rosa Weber, julgou extinta a ordem de *habeas corpus*. Vale



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

trazer a contexto excerto do voto da Relatora:

Assim, é o *habeas corpus* uma garantia da liberdade de locomoção - ir, vir e permanecer -, contra violência ou coação, pressupondo, portanto, uma prisão, uma ameaça de prisão ou pelo menos alguma espécie de constrangimento físico ou moral à liberdade física.

Nos últimos anos, todavia, tem se verificado um desvirtuamento da garantia constitucional. Ilustrativamente, notícia divulgada no site do Superior Tribunal de Justiça em 29.5.2011 ("*Número de habeas corpus dobra em três anos e preocupa Ministros*") revela atingida naquela data a marca de duzentos mil *habeas corpus* impetrados perante aquela Corte. E, segundo os dados estatísticos disponibilizados, naquele ano nela foram distribuídos 36.125 *habeas corpus*, número quase equivalente ao total de processos distribuídos perante este Supremo Tribunal Federal no mesmo ano (38.109).

Tais números só foram possíveis em virtude da prodigalização e da vulgarização do *habeas corpus*.

Embora restrito seu cabimento, segundo a Constituição, a casos de prisão ou ameaça de prisão, passou-se a admiti-lo como substitutivo de recursos no processo penal, por vezes até mesmo sem qualquer prisão vigente ou sem ameaça senão remota de prisão.

A pauta, aliás, desta Primeira Turma, com mais de uma centena de *habeas corpus* sobre os mais variados temas, poucos relacionados à impugnação da prisão ou efetiva ameaça de, é ilustrativa do desvirtuamento do *habeas corpus*.

O desvirtuamento do *habeas corpus* também tornou sem sentido o princípio da exaustividade dos recursos no processo legal. De nada adiante a lei prever um número limitado de recursos contra decisões finais ou contra decisões interlocutórias se se entender sempre manejável o *habeas corpus*. A par de notório que a possibilidade de recorrer contra toda e qualquer decisão interlocutória é fatal para a duração razoável do processo também assegurada constitucionalmente, há verdadeira avalanche de *habeas corpus* a submeterem a mesma questão, sucessiva e até concomitantemente, a diferentes tribunais.

O desvirtuamento do *habeas corpus* tem efeito ainda mais grave nos Tribunais Superiores, diante das funções precípuas quer do Superior Tribunal de Justiça - a última palavra na interpretação da lei federal - quer desta Suprema Corte - a guarda da Constituição.

A preservação da racionalidade do sistema processual e recursal, bem como a necessidade de atacar a sobrecarga dos Tribunais recursais e superiores, desta forma reduzindo a morosidade processual e assegurando uma melhor prestação jurisdicional e a razoável duração do processo, aconselham seja retomada a função constitucional do *habeas corpus*, sem o seu emprego como substitutivo de recurso no processo penal.

(...)

Admitir o *habeas corpus* como substitutivo do recurso, diante de expressa previsão constitucional, representa burla indireta ao instituto próprio, cujo manejo está à disposição do sucumbente, observados os requisitos pertinentes.

Em síntese, o *habeas corpus* é garantia fundamental que não pode ser vulgarizada, sob pena de sua descaracterização como remédio heróico, e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seu emprego não pode servir a escamotear o instituto recursal previsto no texto da Constituição.

Ainda com o mesmo norte, podem ser citadas as decisões monocráticas proferidas pelo Ministro Luiz Fux, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 24/08/2012), e pelo Ministro Dias Toffoli, no HC 114.924/RJ (DJe de 28/08/2012).

Considerando o âmbito restrito do *mandamus*, cumpre analisar apenas se existe manifesta ilegalidade que implique em coação à liberdade de locomoção da paciente, o que não se verifica na espécie.

Com efeito, a sanção foi assim aplicada pelo Juiz *a quo* (fls. 81/84):

As causas de aumento de pena previstas nos incisos I e II do parágrafo 2º do art. 157 do Código Penal restaram plenamente caracterizadas, para todos os acusados, tendo em vista a vasta prova no sentido de que a ação criminosa no interior da agência foi praticada por uma mulher e três homens é que estes estavam armados. A CÁSSIO, ROGÉRIO e ELIZABETH é imputável, ainda, o roubo de armas e munição que estavam na posse dos vigilantes da agência, que não pertencem à Caixa Econômica Federal. Há concurso formal de crimes da mesma natureza. No ponto, entendo que não se pode presumir que o dolo da acusada CARMEM alcançava esta ação, tratando-se, pois, à falta de provas, de participação dolosamente distinta.

Quanto ao emprego de arma e a ausência de laudo pericial que atestasse sua ofensividade, questão suscitada pela defesa de ROGÉRIO, adoto como razão de decidir os fundamentos do precedente do Superior Tribunal de Justiça cuja ementa transcrevo:

(...)

Passo a individualizar as penas.

CÁSSIO MARTINS DA SILVA. Não há nos autos elementos que permitam avaliar com segurança a conduta social e a personalidade do acusado. Os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime são os normais para a espécie, sendo de observar que a alegação de que passava necessidade, feita durante o interrogatório, não foi objeto de qualquer outra prova. Quanto aos antecedentes, observo que o réu é reincidente, o que será considerado no segundo momento da individualização da pena. Nada obstante, há nos autos prova de que CÁSSIO foi definitivamente condenado em ao menos dois processos: fls. 263/280 e 285, de modo que a condenação mais remota há de ser considerada como antecedente desfavorável. Observo, no ponto, que o réu é identificado à fl. 285 como Marcos Martins da Silva, tratando-se, no entanto, de CÁSSIO, o que se infere do número de inscrição no Registro Geral, bem como às observações na Folha de Antecedentes Criminais a respeito de "outros nomes". Assim, observados os critérios dispostos no art. 59 do Código Penal, fixo a pena base em 5 (cinco) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa.

O réu é reincidente específico (fls. 263/280), de forma que a pena é agravada nos termos do art. 61, I, do Código Penal. A prova produzida permite concluir, ainda, que entre os co-autores e partícipes, coube a CÁSSIO, ao lado de ROGÉRIO, a direção da atividade dos demais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

integrantes. Com efeito, em seus interrogatórios, afirmaram os réus em questão que lhes coube a decisão de praticar o crime. Ainda que não seja crível a versão dos fatos apresentadas pelos mesmos, a forma de execução do crime evidencia que lhes coube todas as ações de liderança da ação, como a abordagem das vítimas e acompanhamento do gerente da Caixa Econômica Federal até o cofre, ao passo que a acusada ELIZABETH desempenhava papel acessório, como visto acima. Por estes motivos, entendo aplicável a agravante prevista no art. 62, I, do Código Penal.

Por outro lado, o réu confessou voluntariamente a autoria do crime, em razão do quê reconheço a atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal. A par da reincidência, entendo como preponderante a agravante relativa à direção da atividade criminosa (Código Penal, art. 62, 1), que diz respeito à maior desenvoltura do acusado no desempenho do crime e, pois, a sua personalidade. Assim, na forma do art. 67 do Código Penal, elevo a pena, no equivalente a um sexto, para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 23 dias multa.

Presentes duas das causas de aumento previstas no art. 157, § 2.º, aumento a pena de três oitavos, passando para 8 (oito) anos e sete dias de reclusão e 31 (vinte oito) dias-multa. Por força do art. 70 do CPB aumento a pena de um sexto, passando para 9 (nove) anos, 4 (quatro) meses e 8 (oito) dias de reclusão e 36 (trinta e seis) dias-multa, pena esta que torno definitiva.

(...)

ROGÉRIO GOMES DE SOUZA. Não há nos autos elementos que permitam avaliar com segurança a conduta social e a personalidade do acusado. Os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime são os normais para a espécie. Quanto aos antecedentes, observo que o réu é reincidente, o que será considerado no segundo momento da individualização da pena. Nada obstante, há nos autos prova de que ROGÉRIO foi definitivamente condenado em quatro processos, pela prática de tráfico de entorpecentes (duas vezes) e associação para o tráfico, homicídio e posse ilegal de arma: fls. 258, 260, 293 e 313, de modo que as condenações mais remotas não de ser consideradas como antecedentes desfavoráveis. De fato, as diversas condenações definitivas pela prática de crimes de intensa gravidade revelam que efetivamente a personalidade do réu está voltada para a prática criminosa. Assim, observados os critérios dispostos no art. 59 do Código Penal, fixo a pena base em 6 (seis) anos de reclusão e 30 (trinta) dias-multa.

O réu é reincidente, de forma que a pena é agravada nos termos do art. 61, I, do Código Penal. A prova produzida permite concluir, ainda, que entre os co-autores e partícipes, coube a ROGÉRIO, ao lado de CASSIO, a direção da atividade dos demais integrantes. Com efeito, em seus interrogatórios, afirmaram os réus em questão que lhes coube a decisão de praticar o crime. Ainda que não seja crível a versão dos fatos apresentadas pelos mesmos, a forma de execução do crime evidencia que lhes couberam todas as ações de liderança da ação, como a abordagem das vítimas e acompanhamento do gerente da Caixa Econômica Federal até o cofre, ao passo que a acusada ELIZABETH desempenhava papel acessório, como visto acima. Por estes motivos, entendo aplicável a agravante prevista no art. 62,1, do Código Penal.

Por outro lado, o réu confessou voluntariamente a autoria do crime, em razão do quê reconheço a atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Penal. A par da reincidência, entendo como preponderante a agravante relativa à direção da atividade criminosas (Cód. Penal, art. 62, I), que diz respeito à maior desenvoltura do acusado no desempenho do crime e, pois, a sua personalidade. Assim, na forma do art. 67 do Código Penal, elevo a pena no equivalente a um sexto, para 7 (sete) anos de reclusão e 35 dias multa.

Presentes duas das causas de aumento previstas no art. 157, § 2º, aumento a pena de três oitavos, passando para 9 (nove) anos 7 (sete) meses e 15 dias de reclusão, e 48 dias-multa. Por força do art. 70 do CPB, aumento a pena de um sexto, passando para 11 (onze) anos, 2 (dois) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, e 56 (cinquenta e seis) dias-multa, pena esta que torno definitiva.

E a Corte federal consignou (fls. 99/109):

2.3. RECURSO DE CASSIO MARTINS DA SILVA

A pretensa desconsideração de maus antecedentes em decorrência do eventual erro de identificação na certidão de fl. 285 não prospera. Tal circunstância já foi explicitamente esclarecida na sentença (fl. 330), valendo consignar que o nome declinado à fl. 285 (MARCOS MARTINS DA SILVA) consta sim no campo “*outros nomes*” da FAC do recorrente (fl. 162), ao contrário do que afirma a defesa (fl. 391).

Ademais, mesmo desconsiderando o que consta da certidão de fl. 285, as anotações de fls. 263/280 indicam que o apelante já sofreu condenação com trânsito em julgado por roubo duplamente qualificado (fls. 272 e 276), sendo reincidente, portanto. Outrossim, não se pode desconsiderar que o próprio réu admitiu em sede policial (fl. 236 do IPL) ter participado de outros três roubos a instituições financeiras e em seu interrogatório (fls. 33/36) confirmou um deles.

Quanto a agravante do art. 62, I do CP, as imagens do circuito interno de vigilância mostram que o recorrente foi o responsável por acompanhar o gerente até o cofre, carregando consigo a bolsa com o produto do roubo (fl. 421 do IPL), num quadro que permite antever certa proeminência das suas tarefas sobre a ação. Por seu turno, a única contra-prova seria a menção da autoridade policial a dados colhidos de informantes no sentido de que WILSON seria o mandante (fls. 176/187 do IPL), elemento cuja fragilidade não permitiu a incidência da agravante na condenação do próprio WILSON nos autos n.º 2001.51.01.529912-2 (fls. 165/185 do IPL).

Por fim, a intenção de ver a atenuante da confissão preponderar sobre quaisquer agravantes quando estamos diante de ação criminosa flagrada em circuito de vídeo, impossibilitando a negativa de autoria, não é medida aplicável. Confissão só é atenuante quando tenha o condão de trazer algum acréscimo proveitoso para o esclarecimento dos fatos, sendo sua natureza a do utilitarismo, razão pela qual, se ela nada trouxe de novo para beneficiar a persecução penal, e sequer poderia haver outra postura do agente, que inclusive foi flagrado no momento da ação delituosa, não há que ser reconhecida.

Assim, ainda que a sentença a reconheça, e nesse particular não possa ser reformada dada, a restrição temática do recurso ministerial, não entendo por sua prevalência.

2.4. RECURSO DE ROGÉRIO GOMES DE SOUZA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com relação à pretensão de excluir a qualificadora pelo uso de arma de fogo (art. 157, §2º, I do CP), em razão de não se ter realizado exame pericial para atestar a lesividade do instrumento, me parece que a tese procede. Os mais recentes precedentes do Eg. STF militam no sentido de que não se aplica a causa de aumento prevista no art. 157, §2º, I do CP, a título de emprego de arma de fogo, se esta não foi apreendida nem periciada, sem prova de disparo.

Até se pode admitir que a jurisprudência é por demais destacada da lógica de algumas situações, nas quais existem disparos das armas diante das testemunhas, troca de tiros com policiais etc, nas quais a perícia seria tautologia. Razão pela qual, dissentimos em parte da assertiva de que a perícia na arma de fogo seja sempre necessária, quando a lógica da situação de fato expuser que as armas dispararam, exibindo incontroverso potencial maior de dano às vítimas, se a coação fosse levada a cabo.

No caso, embora não tenham sido deflagrados disparos durante a ação criminosa que tornassem incontroversa a aptidão lesiva dos instrumentos apreendidos e não submetidos à perícia, a sentença consignou expressamente e com alicerce na prova testemunhal que, os agentes entraram na agência, e a instrução fala que entraram munidos de pistolas, e ainda subtraíram armas dos vigilantes da agência e na posse delas permaneceram (fls. 327/328 dos autos e depoimento de fls. 43/44 do IPL).

Com relação aos antecedentes negativos do paciente Cássio, nada há a reformar no *decisum*. Foi devidamente demonstrado que a condenação anterior referia-se ao paciente, a despeito de constarem vários nomes cadastrados, sendo inviável avaliar profundamente as provas dos autos para afastar tal conclusão. Demonstrou-se, ademais, ser ele reincidente específico, utilizando-se para tanto incursão penal diversa da valorada na primeira fase, razão pela qual inexistente *bis in idem*.

Quanto a Rogério, igualmente foram apontadas condenações diferentes para caracterizar os maus antecedentes e a reincidência, o que afasta a apontada ilegalidade.

De outra parte, tendo sido reconhecida a condição de liderança dos pacientes, inviável afastar a qualificadora na via estreita do *mandamus*, em que vedada a análise dos elementos de convicção produzidos.

Quanto à causa de aumento, restou devidamente demonstrada a existência de provas acerca da utilização de arma de fogo. E, conforme decidido pela Terceira Seção desta Corte (EREsp n.º 961.863/RS, de relatoria do Desembargador convocado Celso Limongi), em julgamento no qual fiquei vencida, é prescindível a apreensão e perícia da arma para a incidência da majorante, desde que verificada a existência de outras provas que atestem a utilização do instrumento, como na hipótese.

Por fim, não há ilegalidade na forma como aplicada a pena na segunda fase da dosimetria. O magistrado reconheceu e fez incidir, ao contrário do sustentado na inicial, a atenuante da confissão espontânea. Contudo, diante da existência de duas agravantes (reincidência e direção), acresceu a pena de 1/6. Foi realizada, em verdade, verdadeira



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

compensação entre a atenuante da confissão e a agravante da reincidência, em conformidade com a jurisprudência desta Corte. A sanção sofreu acréscimo de 1/6, acertadamente, por conta da agravante prevista no art. 62, I, do Código Penal.

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0142216-9

HC 142.723 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 200151015343822

EM MESA

JULGADO: 04/12/2012

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: ARIOSVALDO DE GOIS COSTA HOMEM - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
IMPETRADO	: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2A REGIÃO
PACIENTE	: CÁSSIO MARTINS DA SILVA (PRESO)
PACIENTE	: ROGÉRIO GOMES DE SOUZA (PRESO)
CORRÉU	: ELIZABETH MARTINS DA SILVA
CORRÉU	: CARMEM LÚCIA AUGUSTO DA ROCHA

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 Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Assusete Magalhães.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.