



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 320.340 - SP (2015/0076382-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ALINE TOYAMA SHIRAKI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MILTON PAULINO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. IMPOSSIBILIDADE DE SE CONSIDERAR A UTILIZAÇÃO DE SIMULACRO DE ARMA DE FOGO PARA EXASPERAR A PENA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA NESTA CORTE. CANCELAMENTO DO ENUNCIADO N. 174 DA SÚMULA DO STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *writ*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que o uso de simulacro de arma de fogo não constitui motivo idôneo para exasperar ou majorar a pena no crime de roubo, prestando-se, tão somente, a caracterizar a grave ameaça, circunstância elementar do delito, razão pela qual a Súmula 174/STJ foi cancelada.

3. No caso, as penas aplicadas ao réu foram majoradas, na terceira fase da dosimetria, em 2/5, em razão da incidência de duas majorantes: uso de arma e concurso de agentes. Assim, afastada a majorante de uso de arma, deve incidir a fração mínima de 1/3.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir as penas aplicadas ao paciente.

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de fevereiro de 2016 (Data do Julgamento).

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 320.340 - SP (2015/0076382-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ALINE TOYAMA SHIRAKI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MILTON PAULINO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MILTON PAULINO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0163634-32.2010.8.26.0000).

Consta dos autos que o paciente foi absolvido pelo Juízo de 1º grau da acusação da prática do delito previsto no art. 157, § 2º, II, do Código Penal.

Irresignado, apelou o representante do *Parquet*.

Ao julgar a apelação, o Tribunal *a quo* condenou o paciente às penas de 6 anos, 6 meses e 12 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 15 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, inciso II, do Código Penal (e-STJ fls. 18/23).

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 1/7), a impetrante sustenta que o paciente sofre constrangimento ilegal, pois "o E. Tribunal de Justiça considerou que a arma de brinquedo configura a causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, entretanto a "arma de brinquedo não é arma na acepção técnica do termo, mas mero instrumento lúdico, incapaz de violar a norma penal em tela, pois é certo que a vítima não foi submetida a efetivo risco" (e-STJ fl. 4). Tal entendimento ensejou, inclusive, o cancelamento do Enunciado n. 174 da Súmula desta Corte.

Diante disso, requer, ao final, a redução da pena aplicada ao paciente, para que incida ao caso a fração de aumento de 1/3, na terceira fase da dosimetria, em razão da existência de apenas uma majorante (concurso de pessoas) e ter sido aplicado ao caso, pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal, a fração de 2/5.

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 59/62, opinou pelo não conhecimento do writ, mas pela concessão da ordem, de ofício, conforme a seguinte ementa:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DO MEIO PROCESSUAL ADEQUADO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. ENTENDIMENTO FIRMADO PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES. ROUBO MAJORADO EM RAZÃO DO CONCURSO DE AGENTES. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 157, § 2º, II DO CP. APLICAÇÃO DO PATAMAR ACIMA DO MÍNIMO DE 1/3. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO WRIT, NOS TERMOS DO ENTENDIMENTO FIRMADO PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES. NO ENTANTO, DIANTE DA OCORRÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE, A ORDEM DEVE SER CONCEDIDA, DE OFÍCIO, PARA REDUZIR, AO MÍNIMO DE 1/3, O PATAMAR DE AUMENTO DE PENA DECORRENTE DO CONCURSO DE AGENTES

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 320.340 - SP (2015/0076382-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

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

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

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

[...] Habeas corpus não conhecido. (HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...]. (STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

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

Busca-se, em síntese, o reconhecimento de ilegalidade na utilização de simulacro de arma de fogo para exasperar as penas do paciente.

Ao reformar a sentença e fixar as penas, consignou o Tribunal *a quo* (e-STJ fls. 21/22):

O uso de arma de fogo de brinquedo também está amparado pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

versão da ofendida, nesse tópico corroborada pelo auto de apreensão dessa arma de brinquedo.

Observe-se que o uso da arma de brinquedo foi descrito na denúncia (sendo irrelevante a capitulação jurídica nela efetuada) e que a arma de brinquedo qualifica O roubo: "A imitação de arma de fogo, utilizada pelo réu na empreitada criminosa, foi apta para intimidar as vítimas e, portanto, a qualificadora prevista no artigo 157, parágrafo 2º, inciso I, do Estatuto Repressivo, deve ser reconhecida. A propósito, já decidiu o Colendo Supremo Tribunal Federal que, "não descaracteriza o crime de roubo qualificado ter-se o assaltante utilizado de revólver de brinquedo para impor-se à vítima, pois a intimidação pela violência, de qualquer sorte, ocorreu, eis que ignorava a vítima ser a arma de brinquedo (RT 609/448f (Apelação Criminal n.º 1.009.820-3/0). "Se a palavra da vítima é suficiente para dar a certeza da autoria, muito mais para comprovar a causa especial de agravamento descrita nos inciso I, do § 2º, do art. 157, do Código Penal, não se olvidando das fotográficas de fls. 18/19. De outro lado, desnecessária a comprovação do poder ofensivo do objeto. O que importa é a capacidade de atemorizar a vítima. Arma de brinquedo, simulacro de arma, basta para configurar a causa de agravamento em questão. É suficiente a confirmação de que a vítima se viu intimidada pela ostentação do artefato. Por isso, a simulação de porte de arma de fogo ou o porte e exibição de arma de brinquedo, um e outra, caracterizam a situação inscrita no inciso J, do § 2º, do art. 157, do Código Penal, desde que caracterizada a maior intimidação da vítima, que não vai pagar para conferir se o instrumento é real ou não e, assim tem ainda mais reduzida sua capacidade de reação. Formo dentre aqueles que, com NELSON HUNGRIA, entendem que "por armas se deve entender não só as propriamente tais ou em sentido técnico (especialmente destinadas ao ataque ou defesa), como qualquer instrumento apto a lesar a integridade física (ex.: uma barra de ferro, um furador de gelo, um macête, etc.). Não é preciso que a arma seja efetivamente manejada, bastando que seja portada ostensivamente, como uma ameaça implícita. A ameaça com uma arma ineficiente (ex.: um revólver descarregado) ou fingida (ex.: um isqueiro com feitio de revólver), mas ignorando a vítima tais circunstâncias, não deixa de constituir a majorante, pois a ratio desta é a intimidação da vítima, de modo a anular-lhe a capacidade de resistir (Apelação Criminal n.º 930.487-3/9, Relator Ericson Maranhão).

III- Na fixação da pena base, em razão dos maus antecedentes do réu (fls. 72/78, 82, 84 e 91/94), de sua personalidade voltada à prática delituosa (não tem ocupação lícita) e da audácia no praticar roubo durante o dia em via pública, eleva-se o mínimo em 1/6 (4 anos e 8 meses de reclusão e 11 dias-multa). Não há causas de alteração na 2ª etapa do cálculo e, na terceira, procede-se à elevação de mais 2/5 pelo reconhecimento da qualificadora do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concurso de agentes. O resultado, 6 anos, 6 meses e 12 dias de reclusão e 15 dias-multa, torna-se definitivo.

Note-se ser correto que o crime com dupla qualificação tenha a sanção agravada frente ao que, assemelhado, tenha apenas uma agravante.

Assim, verifica-se que o Tribunal Revisor considerou a utilização de simulacro de arma de fogo para a exasperação das penas do paciente, na terceira fase da dosimetria.

Entretanto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que o uso de simulacro de arma de fogo não constitui motivo idôneo para exasperar ou majorar a pena no crime de roubo, prestando-se, tão somente, a caracterizar a grave ameaça, circunstância elementar do delito, razão pela qual a Súmula 174/STJ foi cancelada no julgamento do REsp 213.054/SP (Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJ 11/11/2002), cuja ementa segue transcrita:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO. EMPREGO DE ARMA DE BRINQUEDO. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO INCISO I, § 2º, DO ART. 157, DO CÓDIGO PENAL. SÚMULA Nº 174/STJ. CANCELAMENTO.

O aumento especial de pena no crime de roubo em razão do emprego de arma de brinquedo (consagrado na Súmula 174-STJ) viola vários princípios basilares do Direito Penal, tais como o da legalidade (art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal e art. 1º, do Código Penal), do ne bis in idem, e da proporcionalidade da pena.

Ademais, a Súm. 174 perdeu o sentido com o advento da Lei 9.437, de 20.02.1997, que em seu art. 10, § 1º, inciso II, criminalizou a utilização de arma de brinquedo para o fim de cometer crimes.

Cancelamento da Súm. 174-STJ.

Recurso conhecido mas desprovido.

No mesmo sentido, seguem recentes julgados:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, EXTRAORDINÁRIO E REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO SIMPLES. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REPERCUSSÃO GERAL. JULGAMENTO DE RECURSO POR CÂMARA COMPOSTA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MAJORITARIAMENTE POR JUÍZES DE PRIMEIRO GRAU CONVOCADOS. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE LASTREADA EM AÇÕES PENAIS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444 DO STJ. ELEVação DA PENA-BASE DIANTE DO EMPREGO DE SIMULACRO. INADMISSIBILIDADE. ELEMENTAR DO PRÓPRIO DELITO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. ATENUAÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231 DO STJ. IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO CONCRETO. ILEGALIDADE DEMONSTRADA. SÚMULAS 440/STJ E 718 E 719/STF. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. O emprego de simulacro de arma de fogo não constitui motivo idôneo apto à exasperação da pena do crime de roubo, prestando-se, tão somente, a caracterizar a grave ameaça, circunstância elementar do delito de roubo.

[...]

7. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para reduzir a pena no mínimo legal e fixar o regime aberto (HC 149.337/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, DJe 6/11/2015).

CONSTITUCIONAL. PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE BRINQUEDO. MAJORANTE DESCARACTERIZADA. CRITÉRIO MATEMÁTICO DE AUMENTO NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULA 443 DO STJ. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. SÚMULAS 440 DO STJ E 719 DO STF. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

[...]

02. "A Terceira Seção desta Corte firmou entendimento de que o uso de arma de brinquedo na prática do delito de roubo não acarreta a incidência da causa especial de aumento prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, cancelando, assim, o enunciado n. 174 da Súmula do STJ" (HC 228.827/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 17/05/2012).

[...]

05. Habeas corpus não conhecido. Concessão da ordem, de ofício,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para redimensionar as penas aplicadas ao paciente e estabelecer o regime semiaberto para seu cumprimento inicial (HC 271.922/SP, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO, Quinta Turma, DJe 13/4/2015).

Inidôneo o fundamento adotado pelo Tribunal Estadual para exasperar as penas do paciente, na terceira fase da dosimetria, necessária a redução da fração para o mínimo legal de 1/3. Assim, a pena-base, fixada em 4 anos e 8 meses de reclusão, resulta em uma pena definitiva de **6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, e 14 dias-multa**.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício, para reduzir as penas aplicadas ao paciente, nos termos da fundamentação acima expendida.

É o voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0076382-7

HC 320.340 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00250168820098260050 01636343220108260050 1636343220108260050 20140000222062
20140000819711 250168820098260050 50090250162 5082009

EM MESA

JULGADO: 04/02/2016

Relator

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

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 : ALINE TOYAMA SHIRAKI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MILTON PAULINO

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