



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 352.285 - SC (2016/0078222-1)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : JULIO CESAR SILVEIRA DA CRUZ (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. UTILIZAÇÃO DE ARMA BRANCA. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E PERÍCIA. COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS DE PROVA. POSSIBILIDADE. NÃO HAVENDO ALTERAÇÃO NA DOSIMETRIA, IMPOSSÍVEL A MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL, DEVIDAMENTE FIXADO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. ART. 33, § 2º, "B", DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deveria ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

2. No que diz respeito ao pleito de afastamento da majorante relativa ao emprego de arma, a Terceira Seção do STJ, no julgamento do EREsp n. 961.863/RS, pacificou o entendimento no sentido de que a incidência da aludida majorante prescinde de apreensão e perícia da arma, notadamente quando comprovada sua utilização por outros meios de prova, tais como a palavra da vítima ou mesmo de testemunhas.

Dessarte, uma vez comprovada, como no caso dos autos, por meio do depoimento da vítima, a utilização de arma branca, e identificado paciente como o agente da empreitada criminosa, a ausência de apreensão e posterior perícia do objeto não são capazes de afastar a incidência da causa de aumento de pena, prevista no inciso I, do § 2º, do art. 157, do Código Penal.

3. Com relação ao regime prisional, não havendo modificação na dosimetria da pena, que restou fixada em 5 anos e 4 meses de reclusão, não há que se falar em alteração do regime devidamente estabelecido pelas instâncias ordinárias, em respeito ao disposto no art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.

- *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 10 de maio de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 352.285 - SC (2016/0078222-1)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : JULIO CESAR SILVEIRA DA CRUZ (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de JÚLIO CÉSAR SILVEIRA DA CRUZ contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, nos autos da Apelação Criminal n. 2015.080950-7.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela prática do delito tipificado no art. 157, § 2º, I do Código Penal (roubo circunstanciado pelo uso de arma).

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de Justiça estadual, à qual foi negada provimento, em acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA (ARTIGO 157, § 2º INCISO I DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA.

PRELIMINARES. ALEGADA NULIDADE DECORRENTE DA REALIZAÇÃO ILEGAL DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL. INOCORRÊNCIA. FOTOGRAFIAS AVULSAS NOS AUTOS QUE NÃO CONFIGURAM IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL. INEXISTÊNCIA DE EXAME DATILOSCÓPICO. ADEMAIS, AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO ACUSADO. PLEITO AFASTADO.

ARGUÍDA NULIDADE DO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. INOBSERVÂNCIA AO PROCEDIMENTO DISPOSTO NO ART. 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. IRRELEVÂNCIA. DISPOSITIVO LEGAL QUE ESTABELECE MERA RECOMENDAÇÃO. PREFACIAL AFASTADA.

REQUERIDA A DECLARAÇÃO DE NULIDADE DOS DEPOIMENTOS PRESTADOS PELOS POLICIAIS MILITARES. DESCABIMENTO. DECLARAÇÕES ACERCA DA CONFISSÃO INFORMAL DO RÉU QUE FORAM CONFIRMADAS NO INTERROGATÓRIO EXTRAJUDICIAL DO APELANTE. TEOR DOS DEPOIMENTOS CORROBORADOS PELAS DEMAIS PROVAS DOS AUTOS NULIDADE INEXISTENTE.

MÉRITO. ALMEJADA ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SOBEJAMENTE DEMONSTRADAS. DECLARAÇÕES DA VÍTIMA E DOS POLICIAIS MILITARES QUE INDICAM A PRÁTICA DO CRIME PELO ACUSADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO POR PARTE DO OFENDIDO.

EMPREGO DE ARMA. REQUERIDO AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO. DESNECESSIDADE DA APREENSÃO E REALIZAÇÃO DE PERÍCIA NA ARMA UTILIZADA. PRECEDENTES DO STJ. PROVA ORAL SUFICIENTE PARA EVIDENCIAR O USO DE OBJETO CORTANTE PARA INTIMIDAR A VÍTIMA. LAUDO PERICIAL QUE INDICOU ESCORIAÇÕES NO OFENDIDO. SENTENÇA MANTIDA.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (fls. 28/29).

No presente *writ*, alega o impetrante a ilegalidade do reconhecimento da majorante do emprego de arma no crime de roubo, em vista de a arma não ter sido periciada e a própria vítima mostrou-se vacilante quando questionada, pois se referia ora a uma tesoura e ora a um pedaço de tesoura. Para a defesa, "*o mínimo que se espera é que o instrumento seja ao menos identificado para que se possa aferir se de fato trata-se de arma branca que legitime o recrudesimento da pena, haja vista que não é todo e qualquer instrumento que pode ser elevado à categoria de arma branca (fls. 7).*"

Pugna, assim, em liminar e no mérito, pelo afastamento da majorante do uso de arma, com o redimensionamento de pena imposta para o mínimo de 4 anos e, conseqüentemente, a modificação do regime inicial para o aberto.

Indeferida a liminar às fls. 254/255 e prestadas as informações necessárias às fls. 266/314, o Ministério Público Federal, às fls. 318/322, opinou pela extinção do *writ* sem resolução de mérito ou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 352.285 - SC (2016/0078222-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (Relator):

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

A propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. ALEGAÇÃO QUE ENSEJA APROFUNDADO REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE PELA VIA ESTRITA DO WRIT. DOSIMETRIA DA PENA. PENAS-BASE FIXADAS ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CAUSA DE AUMENTO DO INCISO V DO ARTIGO 40, DA LEI N. 11.343/2006. INTERESTADUALIDADE CONFIGURADA. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REGIME FECHADO. ART. 33, § 2º, A, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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 n. 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 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 n. 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. Ordem concedida de ofício (HC 326.074/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 21/03/2016).

Pretende-se, no presente *writ*, consoante outrora relatado, o redimensionamento da pena do paciente com o afastamento da majorante do uso de arma e, conseqüentemente, a fixação do regime aberto.

No que diz respeito ao pleito de afastamento da majorante relativa ao emprego de arma, a Terceira Seção do STJ, no julgamento do EREsp n. 961.863/RS, pacificou o entendimento no sentido de que a incidência da aludida majorante prescinde de apreensão e perícia da arma, notadamente quando comprovada sua utilização por outros meios de prova, tais como a palavra da vítima ou mesmo de testemunhas.

Nesse contexto, transcrevo trecho das decisões das instâncias ordinárias que evidenciam o emprego de arma:

[...]

A autoria do crime restou, de igual forma, incontestada, principalmente diante das declarações firmes e concisas prestadas pela vítima e testemunhas na fase policial e ratificadas em juízo.

O acusado Júlio César Silveira da Cruz, na esfera policial, confessou a prática do crime, respondendo quando interrogado que:

"[...] Que com relação aos fatos admite ter roubado o aparelho celular da vítima pois está desempregado e sustenta a esposa e dois filhos pequenos; Que estava sob efeito de crack no momento em que roubou o celular da vítima; Que trocou o aparelho celular por drogas com um rapaz na rua; Que admite que estava com um garfo enrolado em um pano e o usou para ameaçar e ferir a vítima; Que não se recorda de ter machucado a vítima. Nada mais disse, nem que lhe foi perguntado." (fls. 14).

Já, em Juízo, exerceu seu direito constitucional de permanecer em silêncio (fls. 96/97).

A confissão extrajudicial, quando corroborada pelos demais elementos constantes nos autos, mesmo que não confirmada em Juízo, detém força probatória, podendo contribuir para prolação do édito condenatório.

Assim, "é possível reconhecer a confissão informal como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mais um elemento de prova, desde que não seja tomada isoladamente como alicerce ao decreto condenatório. Para tanto, é fundamental analisar todo o conjunto probatório amealhado nos autos, como procedeu a Magistrada sentenciante" (TJSC, Ap. Crim. n. 2013.076855-9, de Gaspar, rel. Des. Sérgio Rizelo, j. em 21-1-2014).

Corroborar-se a confissão extrajudicial, através das palavras da vítima, Guilherme Goulart Espindola, a qual relatou que estava saindo da aula e a caminho do ponto de ônibus, acompanhado de seu colega de classe. No caminho, avistaram um rapaz, de aproximadamente 22 anos, sentado na calçada, passando por ele sem suspeitar de nada. Que o acusado começou a segui-lo, vindo a aborda-lo por trás, ameaçando-o, com o que parecia ser a metade de uma tesoura em direção a sua barriga, pedindo para passar o celular. Que não entregou o celular, ocasião em que o acusado desferiu-lhe golpes com o artefato, vindo a corta-lo na barriga e no braço, sendo, então, obrigado a entregar a res, vindo o acusado a empreender fuga. Esclareceu que ficou observando o acusado evadir-se do local, o qual, ao perceber o monitoramento da vítima, tentou reaproximar-se dela, contudo, sem sucesso em razão de populares estarem próximos, evadindo-se do local definitivamente. Esclareceu que retornou à instituição de ensino, relatou o ocorrido à coordenadora, a qual ficou responsável de encaminhar a ocorrência à autoridade policial. Ressaltou que no caminho para Delegacia, visualizou e reconheceu o acusado sentado na via pública, alertando à coordenada que o acompanhava, denunciando-o aos policiais que encontravam-se nas proximidades do local.

Sobre o convencimento acerca dos fatos, cabe ressaltar que, em se tratando de delitos contra o patrimônio, as palavras da vítima assumem papel relevante, mormente quando reconhece o acusado como o autor do crime e descreve pormenorizadamente os fatos.

[...]

Ainda, a testemunha, Guilherme de Oliveira Ribeiro, que estava junto com a vítima no momento do delito, contou que estavam saindo do SENAI, que a vítima estava mexendo no celular, e que ao passarem por um beco, seu colega foi abordado pelo acusado, ocasião em que se distanciou. Relato que conseguiu visualizar o acusado na posse de um objeto, mas não viu se aquele objeto foi utilizado na abordagem, todavia seu colega contou que havia se machucado em razão do assalto. Que não reconheceu o acusado, mas que seu colega contou que a polícia conseguiu prende-lo.

A testemunha, Georgina de Azevedo Rodrigues, relatou que tomou ciência do ocorrido, quando a vítima dirigiu-se até a depoente, contando que havia sido assaltada, vindo esta a acionar a polícia e acompanhar a vítima até a delegacia para registrar a ocorrência. Esclareceu que no caminho a vítima visualizou e reconheceu o acusado, momento em que parou o veículo e informou o ocorrido aos policiais que passavam pelo local.

Por sua vez, os policiais que abordaram o acusado, relataram que já possuíam informações de que nas imediações da instituição de ensino SENAI estavam ocorrendo diversos crimes de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

roubo, com emprego de material cortante. Que ao chegarem no local dos fatos a vítima descreveu as características físicas e vestes do acusado, vindo a localiza-lo e aborda-lo, encaminhando-o à delegacia, o qual confessou ter realizado a prática delituosa.

Portanto, os elementos de convicção colhidos no curso da instrução probatória revelam nitidamente que o acusado praticou o fato descrito na denúncia.

No caso dos autos, denota-se que a grave ameaça ficou suficientemente comprovada, uma vez que o contexto fático probatório demonstra que o acusado abordou a vítima, intimidando-a com uma tesoura, vindo a desferir golpes com aquela, instrumento esse capaz de atemorizar qualquer reação adversa e derruir a integridade física daquele que está sofrendo o ataque, como, aliás, ocorreu no caso em exame.

O laudo pericial de fls. 68/69, mencionou e observou escoriações puntiformes em abdômen à esquerda e em antebraço esquerdo no corpo da vítima, locais estes relatados por ela que foram atingidas pelo acusado.

A ausência de apreensão da arma utilizada pelo acusado no cometimento do roubo não impede o reconhecimento da majorante, porquanto as palavras da vítima não deixam dúvidas no emprego da arma.

[...]

Destarte, diante das circunstâncias alhures expostas, observa-se que, ao contrário do alegado pela defesa, para a incidência da causa especial de aumento de pena prevista no § 2º, inciso I, do art. 157 do Código Penal, deve-se considerar armamento exatamente aquilo que pode ser utilizado como utensílio de ataque ou defesa, capaz de ocasionar efetivo perigo e intimidação à vítima, e não apenas arma de fogo.

[...]

Logo, evidenciado que o acusado, portando uma tesoura e, via de consequência, atemorizando a vítima, subtraindo seu celular, comprovada está a majorante do emprego de arma (§ 2º, I, do art. 157 do Código Penal), bem como a configuração do delito de roubo (fls. 191/194).

Dessarte, uma vez comprovada, como no caso dos autos, por meio do depoimento da vítima, a utilização de arma branca, e identificado o paciente como o agente da empreitada criminosa, a ausência de apreensão e posterior perícia do objeto não são capazes de afastar a incidência da causa de aumento de pena, prevista no inciso ,I do § 2º, do art. 157, do Código Penal.

Nesse sentido, confira-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO MAJORADO E ESTUPRO. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. VIA INADEQUADA. REVOLVIMENTO DE PROVAS. PALAVRA DA VÍTIMA. VALIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONFIGURAÇÃO. CULPABILIDADE E CONDUTA DO AGENTE. VALORAÇÃO NEGATIVA. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. AFASTAMENTO. INVIABILIDADE. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. ESTUPRO. NATUREZA HEDIONDA. AFASTAMENTO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. 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.

2. Inviável a análise quanto à absolvição do paciente por insuficiência probatória, por demandar revolvimento das provas dos autos, providência não admitida na via estreita do habeas corpus. "A palavra da vítima nos crimes contra a liberdade sexual, que geralmente são praticados na clandestinidade, assume relevantíssimo valor probatório, mormente se corroborada por outros elementos" (HC n. 264.482/RJ, Rel. Min. GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe 3/8/2015).

3. "É dominante a jurisprudência desta Corte no sentido de que não há impedimento de o Tribunal a quo, em julgamento de apelação exclusivo da defesa, inovar na fundamentação, desde que não agrave a situação penal do réu. Precedentes" (HC 316.941/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 16/02/2016, DJe 04/03/2016).

4. "A exasperação da pena-base se deu em virtude da premeditação anormal ao tipo e de vingança reprovável, circunstâncias que revelam maior reprovabilidade em relação à culpabilidade dos réus e aos motivos do crime." (HC 311.011/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 17/03/2015, DJe 10/04/2015).

5. "A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que é prescindível a apreensão e perícia da arma de fogo para a caracterização de causa de aumento de pena quando outros elementos comprovem tal utilização" (HC n. 181.004/SP, Rel. Min. GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe 8/6/2015).

6. A questão relativa ao reconhecimento da natureza hedionda do crime de estupro não foi enfrentada pela Corte de origem, havendo de ser debatida quando do julgamento da apelação interposta pela parte, razão pela qual fica impedida de ser analisada por este Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes.

7. Habeas Corpus não conhecido (HC 298.653/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

28/04/2016)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. POTENCIALIDADE LESIVA. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E DE EXAME PERICIAL. DESNECESSIDADE. EXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS DE PROVA A ATESTAR O EFETIVO EMPREGO DO REVÓLVER. LESIVIDADE QUE INTEGRA A PRÓPRIA NATUREZA DO ARMAMENTO. PROVA EM SENTIDO CONTRÁRIO. ÔNUS DA DEFESA. PRECEDENTE DA TERCEIRA SEÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AFASTADO. MANUTENÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DO INCISO I DO § 2º DO ART. 157 DO CP. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

1. Consoante entendimento firmado pela Terceira Seção deste Tribunal Superior, para o reconhecimento da causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, mostra-se dispensável a apreensão da arma de fogo e a realização de exame pericial para atestar a sua potencialidade lesiva, quando presentes outros elementos probatórios que atestem o seu efetivo emprego na prática delitiva (EResp 961.863/RS).

2. O poder vulnerante integra a própria natureza da arma de fogo, sendo ônus da defesa, caso alegue o contrário, provar tal evidência. Exegese do art. 156 do CPP.

DOSIMETRIA. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. DUAS MAJORANTES. ACRÉSCIMO DA REPRIMENDA EM 3/8 SEM MOTIVAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE DEMONSTRADA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. É possível a exasperação da pena em patamar superior ao mínimo de 1/3 (um terço) quando há a presença de duas causas de aumento previstas no § 2º do artigo 157 do Código Penal, desde que as circunstâncias do caso assim autorizem.

2. Há constrangimento ilegal quando a pena é aumentada apenas em razão da quantidade de majorantes, sem qualquer fundamentação concreta (Enunciado 443 da Súmula deste Sodalício). Impõe-se a redução da fração para 1/3 (um terço).

RÉGIME INICIAL FECHADO. CONDENAÇÃO INFERIOR A 8 (OITO) ANOS DE RECLUSÃO. PACIENTE REINCIDENTE. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE MODO PRISIONAL MAIS GRAVOSO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CARACTERIZADO.

1. Conforme jurisprudência reiterada deste Sodalício, a escolha do regime inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum da pena corporal firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso concreto.

2. Embora tenha sido condenado à pena privativa de liberdade inferior a 8 (oito) anos de reclusão, o paciente é reincidente, mostrando-se inviável o abrandamento do modo inicial de resgate da reprimenda. Precedentes.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de reduzir a pena para 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e multa (HC 340.244/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 19/04/2016).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E PERÍCIA. PRESCINDIBILIDADE. PROVA TESTEMUNHAL QUE ATESTA A UTILIZAÇÃO DO ARTEFATO NA PRÁTICA DELITUOSA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. No caso, não se observa flagrante ilegalidade a justificar a concessão do habeas corpus, de ofício.

2. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência n. 961.863/RS, firmou o entendimento de que é despicienda a apreensão e a perícia da arma de fogo, para a incidência da majorante do § 2º, I, do art. 157 do CP, quando existirem nos autos outros elementos de prova que comprovem a sua utilização no roubo, como na hipótese, em que há farta prova testemunhal atestando o seu emprego. Precedentes.

3. Habeas corpus não conhecido (HC 343.524/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 29/03/2016).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. EMPREGO DE ARMA BRANCA. CONCURSO DE AGENTES. DOSIMETRIA. AUMENTO DA PENA. INCIDÊNCIA DE DUAS MAJORANTES. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. SÚMULA 443/STJ. REGIME INICIALMENTE FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. SÚMULA 440/STJ. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 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 n. 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, Sexta Turma, 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.

III - A Terceira Seção desta Corte firmou o entendimento no sentido de que, para a incidência da causa especial de aumento prevista no inciso I do § 2º do artigo 157 do Código Penal, mostra-se prescindível a apreensão e realização de perícia na arma utilizada na prática do crime de roubo, desde que seja comprovada a sua utilização na prática delituosa por outros meios de prova. No caso dos autos, o v. acórdão reprochado apoiou-se na prova oral produzida para concluir pela utilização da arma branca no crime de roubo (precedentes).

IV - O eg. Tribunal de origem, apoiado nos elementos de prova produzidos nos autos, concluiu que "as causas de aumento restaram devidamente demonstradas, pois o material probatório coligido aponta que o crime foi cometido pela Ré com mais um comparsa [...]" (fl. 46). Rever esse entendimento demandaria, impreterivelmente, revolvimento de matéria fático-probatória, inviável na via eleita (precedentes).

V - No presente caso, verifica-se que a pena foi exasperada em 3/8 (três oitavos) considerando apenas a quantidade de majorantes. Assim, forçoso reconhecer a ocorrência de flagrante ilegalidade, uma vez que o aumento foi aplicado sem que houvesse a devida fundamentação, violando o enunciado da Súmula n. 443/STJ, segundo o qual "o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para sua exasperação a mera indicação do número de majorantes" (precedentes).

VI - Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea b, e § 3º, e do artigo 59 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve a paciente cumprir a pena privativa de liberdade no regime inicial semiaberto (precedentes).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VII - Nos termos do Enunciado Sumular nº 719/STF: "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

VIII - "A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada" (Enunciado nº 718 da Súmula do Pretório Excelso, DJU de 09/10/2003).

IX - "Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito." (Enunciado da Súmula nº 440 desta Corte).

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, confirmando a liminar, com fundamento nas Súmulas n. 443 e 440/STJ, reduzir a pena da paciente para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e fixar o regime prisional semiaberto para o início do cumprimento da pena (HC 343.248/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 11/04/2016).

Com relação ao regime prisional, não havendo modificação na dosimetria da pena, que restou fixada em 5 anos e 4 meses de reclusão, não há que se falar em alteração do regime devidamente estabelecido pelas instâncias ordinárias, em respeito ao disposto no art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0078222-1

HC 352.285 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00132844120158240023 132844120158240023 20150809507

EM MESA

JULGADO: 10/05/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	: JULIO CESAR SILVEIRA DA CRUZ (PRESO)

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, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.