



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 169.127 - SP (2010/0067166-9)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : **MARIANA DALLA BERNARDINA - DEFENSORA PÚBLICA**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **CARLOS CESAR DO NASCIMENTO**

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Nos termos do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, nas hipóteses descritas de forma taxativa nas suas alíneas "a", "b" e "c".

2. Com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, necessária a racionalização da utilização do *habeas corpus*, o qual não deve ser admitido para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.

3. Em se tratando de direito penal, destinado a recuperar as mazelas sociais e tendo como regra a imposição de sanção privativa de liberdade, o direito de locomoção, sempre e sempre, estará em discussão, ainda que de forma reflexa. Tal argumento, entretanto, não pode mais ser utilizado para que todas as matérias que envolvam a *persecutio criminis in iudicio* até a efetiva prestação jurisdicional sejam trazidas para dentro do *habeas corpus*, cujas limitações cognitivas podem significar, até mesmo, o tratamento inadequado da providência requerida.

4. Tendo em vista que a impetração aponta como ato coator acórdão proferido por ocasião do julgamento de apelação criminal, contra a qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

5. Como o *writ* foi impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial desta Corte Superior de Justiça, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

ROUBO. DOSIMETRIA. CONFISSÃO UTILIZADA PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIA REDUTORA DO ART. 65, III, D, DO CP. RECONHECIMENTO E APLICAÇÃO QUE SE IMPÕEM. COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA DEVIDA. COAÇÃO ILEGAL VERIFICADA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Se a confissão do agente é utilizada como fundamento para embasar a conclusão condenatória, a atenuante prevista no art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

65, inciso III, alínea *d*, do CP, deve ser aplicada em seu favor, pouco importando se a admissão da prática do ilícito foi espontânea ou não, integral ou parcial.

2. O novo entendimento da Terceira Seção desta Corte Superior é de que a agravante da reincidência pode ser compensada com a atenuante da confissão espontânea, devendo o julgador atentar para as singularidades do caso concreto (EResp-1.154.752/RS).

ROUBO CIRCUNSTANCIADO. 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. PRECEDENTE DA TERCEIRA SEÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AFASTADO.

1. A Terceira Seção deste Tribunal Superior firmou orientação no sentido de que, para o reconhecimento da presença 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).

REPRIMENDA RECLUSIVA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. REINCIDÊNCIA E PENA DEFINITIVA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. BENEFÍCIO OBJETIVAMENTE INVIÁVEL. PREJUDICIALIDADE DO *MANDAMUS* NESSE PONTO.

1. Mantida a reprimenda em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão e tratando-se de réu reincidente, resta prejudicado o *habeas corpus* no ponto em que almeja o estabelecimento de regime diverso do fechado para o início do resgate da sanção, pois objetivamente inviável na hipótese, de acordo com o art. 33, § 2º, *b* e *c*, do CP.

2. *Habeas corpus* não conhecido, concedendo-se, contudo, a ordem de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, para reconhecer em favor do paciente a atenuante da confissão espontânea, reduzindo-se a reprimenda que lhe foi imposta, que resta definitiva em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais pagamento de 13 (treze) dias-multa, mantidos, no mais, a sentença e o acórdão impugnados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "*Habeas Corpus*" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília (DF), 06 de novembro de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 169.127 - SP (2010/0067166-9)

IMPETRANTE : MARIANA DALLA BERNARDINA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLOS CESAR DO NASCIMENTO

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado pela Defensoria Pública em favor de CARLOS CÉSAR DO NASCIMENTO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, julgando a Apelação Criminal n.º 993.07.033487-8, lá interposta pela defesa, negou-lhe provimento, mantendo a sentença que condenou o paciente à pena de 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do delito previsto no art. 157, § 2º, I, do Código Penal.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que apesar de o paciente haver admitido a prática do roubo em seu interrogatório, tendo negado apenas o uso da arma de fogo, as decisões impugnadas não teriam considerado a confissão espontânea como fator de redução da pena, restando malferido o disposto no art. 65, III, *d*, do CP.

Defende que uma vez reconhecida a atenuante da confissão espontânea deve a mesma ser compensada com a agravante da reincidência, afastando-se o aumento da reprimenda procedido na segunda fase da dosimetria.

Aduz que não deveria incidir a causa especial de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, haja vista que para ocorrência da referida majoração seria necessária a apreensão e perícia da arma de fogo, a fim de atestar sua maior potencialidade lesiva à integridade física, à vida ou ao patrimônio da vítima, o que não teria ocorrido no caso, ressaltando que a comprovação da agravadora seria de responsabilidade da acusação e não da defesa.

Argumenta ainda que, no caso de restarem providos os pleitos formulados na inicial, a reprimenda deverá ser reduzida para o patamar de 4 (quatro) anos e, desta forma, sendo favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal, deve ser alterado o modo inicial de execução para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o regime semiaberto, nos termos da Súmula n.º 269 desta Corte Superior de Justiça, asseverando que a gravidade abstrata do delito não poderia servir de fundamento para imposição de modo mais gravoso que o indicado pela lei segundo a quantidade de pena imposta, conforme os Enunciados Sumulares ns. 718 e 719 da Suprema Corte.

Requeru, liminarmente, a imediata concessão do regime semiaberto para o início do cumprimento da pena imposta ao paciente. No mérito, pugna para seja aplicada a atenuante da confissão espontânea, bem como para que seja excluída a causa de aumento de pena pelo emprego de arma de fogo, e, uma vez reduzida a reprimenda para o patamar de 4 (quatro) anos, que seja fixado ao paciente o regime inicial semiaberto.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ*, pois impetrado em substituição ao recurso especial cabível.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 169.127 - SP (2010/0067166-9)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): O pleito deduzido na inicial não comporta conhecimento na via eleita, já que formulado em flagrante desrespeito ao sistema recursal vigente no âmbito do Direito Processual Penal pátrio.

Nos termos do artigo 105, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal, este Superior Tribunal de Justiça é competente para processar e julgar, de forma originária, os *habeas corpus* impetrados contra ato de tribunal sujeito à sua jurisdição e de Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica; ou quando for coator ou paciente as autoridades elencadas na alínea "a" do mesmo dispositivo constitucional.

Por outro lado, prevê o inciso III do artigo 105 que o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, nas hipóteses descritas de forma taxativa nas suas alíneas "a", "b" e "c".

Embora se tratem de meios distintos de impugnação de decisões judiciais, inclusive de naturezas jurídicas diversas, no âmbito do Direito Processual Penal acabaram por se confundir, talvez por uma pontual ânsia de se afirmarem as garantias constitucionais de liberdade dispostas em favor do cidadão em momentos nas quais foram abruptamente suprimidas.

Com efeito, na seara penal o Recurso Especial, dotado de requisitos específicos de admissibilidade, estabelecidos justamente em razão da missão constitucional deste Tribunal da Cidadania, que não é outra senão a de uniformizar a jurisprudência pátria acerca da interpretação da legislação infraconstitucional vigente no país, passou a cair em desuso, dando-se preferência à impetração do *habeas corpus* originário, pois desprovido de qualquer formalidade processual.

Sob a premissa de que se estaria homenageando o direito à liberdade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

locomoção, passou-se a admitir, então, o processamento do aludido remédio constitucional de maneira irrestrita, como verdadeiro recurso capaz de desconstituir até mesmo decisões já alcançadas pelo trânsito em julgado, prática que acabou por relegar alguns postulados de suma importância para a manutenção da higidez da prestação jurisdicional estatal, como a segurança jurídica e a unirrecorribilidade das decisões judiciais.

Transmutando-se o *habeas corpus* em regra à impugnação das decisões proferidas no segundo grau de jurisdição, e com o consequente acréscimo em progressão geométrica no número de impetrações tramitando neste Superior Tribunal de Justiça, a tutela do direito de locomoção efetivamente ameaçado ou ilegalmente constrangido, um dos bens mais caros ao indivíduo que se situa no corpo social, deixou de receber a célere prestação jurisdicional que lhe deveria ser inerente, e passou a ser alvo de críticas por parte daqueles que efetivamente necessitam de uma resposta urgente do Poder Judiciário.

Entretanto, a celeridade que se exige na resposta a um pedido de *habeas corpus* somente é compatível com a excepcionalidade da sua utilização, de acordo com as normas dispostas no ordenamento jurídico, mormente porque as arbitrariedades que poderiam ser consideradas como regra em tempos pretéritos hoje se mostram apenas como exceção, fruto da introspecção das garantias constitucionais no atuar dos agentes públicos.

Desta forma, com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, o atual estágio em que se encontra a sociedade brasileira clama pela racionalização da utilização de uma ferramenta importantíssima para a garantia do direito de locomoção, a qual não deve ser admitida para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.

Não é demais rememorar que, em se tratando de direito penal, destinado a recuperar as mazelas sociais e tendo como regra a imposição de sanção privativa de liberdade, o direito de locomoção, sempre e sempre, estará em discussão, ainda que de forma reflexa. Tal argumento, entretanto, não pode mais ser utilizado para que todas as matérias que envolvam a *persecutio criminis in iudicio* até a efetiva prestação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

jurisdicional sejam trazidas para dentro do *habeas corpus*, cujas limitações cognitivas podem significar, até mesmo, o tratamento inadequado da providência requerida.

Com estas considerações e tendo em vista que a impetração se destina a atacar acórdão proferido em sede de apelação criminal, contra o qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

Todavia, tratando-se de remédio constitucional impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

Consta dos autos que o paciente foi condenado ao cumprimento de 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do delito previsto no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, porque, no dia 30-4-2004, em São Paulo/SP, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, subtraiu para si a importância de R\$ 153,81 (cento e oitenta e três reais e oitenta e um centavos), além de medicamentos, tudo pertencente à empresa vítima (fls. 49).

Irresignada, a defesa apelou perante o Tribunal *a quo*, que negou provimento ao recurso, mantendo integralmente a sentença condenatória.

Inicialmente, no que tange à irresignação decorrente da não aplicação da atenuante da confissão espontânea na espécie, verifica-se que há coação ilegal que merece ser sanada de ofício, nos moldes do art. 654, § 2º, do CPP.

Isto porque o entendimento sufragado nessa Corte Superior é no sentido de que *"a atenuante do art. 65, inc. III, alínea d, do Código Penal tem caráter objetivo, configurando-se, tão somente, pelo reconhecimento espontâneo do acusado, perante a autoridade, da autoria do delito, não se sujeitando a critérios subjetivos ou fáticos"* (REsp n.º 711.026/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 9-8-2005).

Vale dizer, se a confissão do agente é um dos fundamentos da condenação, a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do CP, deve ser aplicada, sendo irrelevante se a confissão foi espontânea ou não, foi total ou parcial, ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mesmo se houve retratação posterior.

Nesse diapasão, os seguintes julgados:

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONFISSÃO ESPONTÂNEA EXTRAJUDICIAL. RETRATAÇÃO EM JUÍZO. INCIDÊNCIA COMO ATENUANTE. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006. HIPÓTESE QUE NÃO DESCARACTERIZA A FIGURA TÍPICA COMO EQUIPARADA AOS CRIMES HEDIONDOS.

I - Se a confissão na fase inquisitorial, posteriormente retratada em juízo, alicerçou o decreto condenatório, é de ser reconhecido o benefício da atenuante do art. 65, III, alínea d, do CP (Precedentes do STJ e do Pretório Excelso).

[...]

Ordem parcialmente concedida apenas para redimensionar o quantum da pena imposta aos pacientes. (HC n.º 143.719/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 2-9-2010, DJe 11-10-2010)

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIMES DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONCURSO FORMAL IMPRÓPRIO. CARACTERIZAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. UTILIZAÇÃO PARA FINS DE CONDENAÇÃO. RECONHECIMENTO OBRIGATÓRIO. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 1/2. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ILEGALIDADE.

[...]

5. Deve ser reconhecida a atenuante da confissão espontânea, uma vez que efetivamente usada pela sentença para embasar a condenação. Precedentes.

[...]

7. Habeas corpus concedido para, mantida a condenação do Paciente, reformar a sentença de primeiro grau e o acórdão impugnados, tão-somente na parte relativa à dosimetria da pena, nos termos explicitados." (HC n.º 88.316/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 15-12-2009, DJe 8-2-2010)

E, da sentença vê-se que o Juiz singular assim se manifestou quanto à autoria do delito:

Quando do interrogatório judicial (fls. 88) o acusado confessou a prática do delito narrado na denúncia, dizendo apenas que a intimidação foi verbal, sem emprego de arma de fogo.

Contudo, a vítima e testemunha inquiridas a fls. 95/96, de forma categórica afirmaram que o réu, reconhecido em audiência, foi o autor do roubo, mediante emprego de arma de fogo, a qual foi apontada para os funcionários com exigência da entrega dos medicamentos e dinheiro do caixa. Aliás, ele já tinha praticado outras infrações penais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

semelhantes, no mesmo local.

[...]

Não é hipótese de incidência de atenuante por confissão, mesmo porque não foi espontânea, tampouco plena.

Não prosperando a tese defensiva em quaisquer de seus aspectos, comprovadas a autoria e a materialidade, de rigor a condenação do acusado. (fls. 21)

No julgamento da apelação, verifica-se que a Corte Estadual manteve a condenação do paciente, nestes termos:

CARLOS CESAR admitiu parcialmente a imputação contida na denúncia. Confirmou ter efetuado intimidação verbal, anunciando o assalto, e subtraiu medicamentos e dinheiro do caixa da 'Drogaria São Paulo'. Entretanto, negou o emprego de arma de fogo (fls. 88).

A sua parcial confissão judicial, prestada livremente, se entrosa com as demais provas colhidas, mormente ao reconhecimento efetuado por dois funcionários do estabelecimento vítima, tanto da motocicleta utilizada, quanto do próprio acusado [...].

Irrecusável, destarte, a condenação.

Dessa forma, merece ser concedida a ordem de ofício, para reconhecer em favor do paciente a atenuante da confissão espontânea, redimensionando-se a pena que lhe foi imposta, pois utilizada pelas instâncias ordinárias para motivar e manter a condenação.

Por outro lado, quanto ao uso de arma de fogo, a questão referente à legalidade ou não da manutenção da causa agravadora da pena, quando a arma não foi apreendida e periciada e, via de consequência, comprovado o seu efetivo poder vulnerante, findou dirimida neste Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do EResp n. 961.863/RS, no dia 13-12-2010, pela sua Terceira Seção, que houve por bem rejeitar os embargos de divergência, em acórdão lavrado pelo Exmo. Sr. Ministro Gilson Dipp, assim ementado:

CRIMINAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO. EMPREGO DE ARMA. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE. EMBARGOS CONHECIDOS E REJEITADOS.

I - Para a caracterização da majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, prescinde-se da apreensão e realização de perícia em arma utilizada na prática do crime de roubo, se por outros meios de prova restar evidenciado o seu emprego.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Precedentes do STF.

II - Os depoimentos do condutor, da vítima, das testemunhas, bem como qualquer meio de captação de imagem, por exemplo, são suficientes para comprovar a utilização de arma na prática delituosa de roubo, sendo desnecessária a apreensão e a realização de perícia para a prova do seu potencial de lesividade e incidência da majorante.

III - A exigência de apreensão e perícia da arma usada na prática do roubo para qualificá-lo constitui exigência que não deflui da lei resultando então em exigência ilegal posto ser a arma por si só - desde que demonstrado por qualquer modo a utilização dela - instrumento capaz de qualificar o crime de roubo.

IV - Cabe ao imputado demonstrar que a arma é desprovida de potencial lesivo, como na hipótese de utilização de arma de brinquedo, arma defeituosa ou arma incapaz de produzir lesão.

V - Embargos conhecidos e rejeitados, por maioria.

(EResp 961863/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Rel. p/ Acórdão Ministro GILSON DIPP, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/12/2010, DJe 06/04/2011)

Assim, restou confirmada a orientação que já vinha sendo seguida por esta Quinta Turma, pacificando nesse Superior Tribunal a questão referente à legalidade da aplicação da causa de especial aumento de pena do inciso I do § 2º do art. 157 do CP, mesmo não tendo sido apreendido e periciado o revólver empregado no roubo, a fim de comprovar o seu poder vulnerante, quando existirem nos autos elementos de prova a atestar o seu efetivo emprego, não havendo, portanto, o que se falar em constrangimento ilegal na hipótese dos autos.

E isso porquanto, da documentação acostada ao *writ*, pode-se verificar que a utilização da arma de fogo está devidamente comprovada pelo relato da vítima, senão veja-se inicialmente da fundamentação da sentença condenatória no ponto em que justificou a incidência da majorante em questão:

A perícia na arma de fogo só não foi possível porque, ao ensejo da prisão, o réu já não a portava. Isso não possibilita o afastamento da causa majorante da pena, uma vez que a prova testemunhal é suficientemente robusta para embasá-la. (fls. 21)

A Corte impetrada, por seu turno, findou mantendo a aplicação da referida majorante, por entendê-la devidamente comprovada na espécie, veja-se:

Quando a prova oral atesta, de forma uníssona e idônea, o emprego de arma no roubo, mas não houve prisão em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

flagrante, é de se reconhecer a respectiva qualificadora, ante a falta de apreensão e consequente impossibilidade de perícia.

Neste caso, prevalece a presunção relativa de que a arma possui potencialidade lesiva, incumbindo à parte que alegue o contrário o ônus de demonstrar a sua ineficácia (art. 156 do CPP). (fls. 29)

Nesse contexto, e verificando que na hipótese em exame as instâncias ordinárias apoiaram-se no relato da vítima para comprovar a utilização de arma de fogo no delito perpetrado, não se pode dizer que as instâncias originárias incorreram em constrangimento ilegal, já que, verificando-se que no caso concreto a palavra da vítima foi utilizada para atestar o uso efetivo de arma de fogo no assalto, restando plenamente comprovado o seu emprego, não há como excluir da condenação a causa de especial aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157, pois, além de comprovada pelo relato aludido, o poder vulnerante integra a própria natureza do artefato, sendo ônus da defesa, caso alegue o contrário, ou seja, sustente ausência de potencial lesivo do revólver utilizado para intimidar a vítima, provar tal evidência, nos termos do contido no art. 156 do CPP, o que, diga-se, não ocorreu.

Reconhecida a atenuante do art. 65, III, *d*, do Código Penal e mantida a causa especial de aumento prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do mesmo diploma legal, necessária a atualização do cálculo da reprimenda imposta ao paciente.

Assim, procedendo-se à nova dosimetria da pena, tem-se que a sua sanção básica foi fixada em 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, a qual, na segunda etapa, resta mantida no mesmo patamar, afastando-se a elevação de 1/6 (um sexto) inicialmente aplicada pelas instâncias ordinárias, tudo em fiel observância o novo entendimento da Terceira Seção desta Corte Superior, no sentido de que a agravante da reincidência pode ser compensada com a atenuante da confissão espontânea, devendo o julgador atentar para as singularidades do caso concreto (EResp-1.154.752/RS).

Finalmente, na terceira fase, eleva-se a sanção imposta de 1/3 (um terço), em virtude da majorante reconhecida na sentença, totalizando 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa, que nestes moldes resta definitiva.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Desta forma, mantida a reprimenda do paciente em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão e, tendo em vista que se tratar de agente reincidente, resta prejudicado o *habeas corpus* no ponto em que almeja a fixação de regime menos gravoso que o fechado para o início do resgate da sanção, pois revela-se objetivamente inviável na hipótese, de acordo com o art. 33, § 2º, *b e c*, do CP, do Código Penal.

Diante do exposto, por se afigurar manifestamente incabível, não se conhece do *habeas corpus*, concedendo-se, contudo, a ordem de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, para reconhecer em favor do paciente a atenuante da confissão espontânea, reduzindo-se a reprimenda que lhe foi imposta, que resta definitiva em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa, mantidos, no mais, a sentença e o acórdão impugnados.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0067166-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 169.127 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1572006

50060077182

993070334878

EM MESA

JULGADO: 06/11/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : **MARIANA DALLA BERNARDINA - DEFENSORA PÚBLICA**

IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

PACIENTE : **CARLOS CESAR DO NASCIMENTO**

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 Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.