



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 191.277 - MS (2010/0216278-3)

RELATOR : **MINISTRO GILSON DIPP**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : FÁTIMA MARIA DE OLIVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : GILMAR AUGUSTO DE OLIVEIRA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA DA PENA. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL DE FORMA FUNDAMENTADA. QUALIFICADORA DO EMPREGO DE ARMA. POTENCIALIDADE LESIVA. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E PERÍCIA. DISPENSABILIDADE. USO DO ARTEFATO BÉLICO COMPROVADO NOS AUTOS. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE, NULIDADE ABSOLUTA OU TERATOLOGIA A SER SANADA. ORDEM DENEGADA.

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. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (Medida Cautelar no Mandado de Segurança n.º 28.524/DF (decisão de 22/12/2009, DJE n.º 19, divulgado em 01/02/2010, Rel. Ministro Gilmar Mendes e HC n.º 104.767/BA, DJ 17/08/2011, Rel. Min. Luiz Fux), nos quais se firmou o entendimento da “*inadequação da via do habeas corpus para revolvimento de matéria de fato já decidida por sentença e acórdão de mérito e para servir como sucedâneo recursal*”.

III. Na hipótese, a condenação transitou em julgado e a impetrante não se insurgiu quanto à eventual ofensa aos dispositivos da legislação federal, em sede de recurso especial, buscando o revolvimento dos fundamentos exarados nas instâncias ordinárias quanto à dosimetria da pena imposta, preferindo a utilização do *writ*, em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico.

IV. O reexame da dosimetria em sede de *mandamus* somente é possível quando evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial, errônea aplicação do método trifásico ou violação a literal dispositivo da norma, acarretando flagrante ilegalidade.

V. Análise da sentença condenatória, no caso concreto, que aponta ter sido a pena-base fixada acima do mínimo legal com fundamentação em circunstâncias concretas, notadamente a culpabilidade e as consequências desfavoráveis que o cometimento do delito causaram às vítimas.

VI. *In casu*, o emprego da arma restou demonstrado pelo testemunho da vítima. Apesar da ausência de sua apreensão e perícia, observou-se a existência de um conjunto probatório que permitiu ao julgador formar convicção no sentido da efetiva utilização, devendo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ser mantida a majorante descrita no inciso I, do § 1º, do art. 157 do Código Penal. Matéria pacificada na 3ª Seção desta Corte, no julgamento do EREsp. n. 961.863/RS.

VII. Inexistência, na espécie, de flagrante ilegalidade, nulidade absoluta ou teratologia a ser sanada pela via do *habeas corpus*, caracterizando-se o uso inadequado do instrumento constitucional.

VIII. Ordem denegada.

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. "A Turma, por unanimidade, denegou a ordem." Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de abril de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRO GILSON DIPP

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 191.277 - MS (2010/0216278-3)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de GILMAR AUGUSTO DE OLIVEIRA, contra acórdão proferido no Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, que negou provimento à Apelação Criminal n.º 2010.026823-2/0000-00, em acórdão assim ementado:

"APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO QUALIFICADO – ARTIGO 157, § 2º, I e II, DO CÓDIGO PENAL – RECURSO DA DEFESA – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – IMPOSSIBILIDADE – AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS – CONJUNTO PROBATÓRIO HARMÔNICO – DOSIMETRIA DA PENA – PENA-BASE FIXADA UM POUCO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS – AUSÊNCIA DE APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA DE FOGO – IRRELEVÂNCIA PARA A CARACTERIZAÇÃO DA QUALIFICADORA – CIRCUNSTÂNCIA QUE PODE SER EVIDENCIADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA – IMPROVIDO.

I - A simples negativa de autoria em juízo, isolada nos autos, é insuficiente para absolver o acusado, quando o conjunto probatório coligido nos autos é coerente e mostra-se em perfeita sintonia com os depoimentos prestados pelas testemunhas na fase inquisitiva e judicial, aliados ao reconhecimento de uma das vítimas.

II - A presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis autoriza a fixação da pena acima do mínimo legal, a teor do artigo 59 do Código Penal, eis que a reprimenda deverá ser de tal forma que não só alcance retributividade repressiva das práticas ilícitas realizadas, como também seja suficientemente desestimuladora da reiteração daquelas.

III - Desnecessária a apreensão e perícia da arma de fogo para a caracterização da qualificadora no crime de roubo, quando nos autos há a palavra da vítima e outros elementos probatórios mostram-se seguros e consistentes no sentido de que o delito foi cometido com emprego do artefato. (Precedentes do STF e STJ).

APELAÇÃO CRIMINAL – ARTIGO 157, § 2º, I e II, DO CÓDIGO PENAL – ROUBO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE PESSOAS – RECURSO DA DEFESA – ALEGAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA – DESCABIMENTO – DELAÇÃO PREMIADA – INOCORRÊNCIA – REGIME SEMIABERTO MANTIDO – IMPROVIDO.

I - Restando demonstrado nos autos o envolvimento do réu na empreitada criminosa, tendo ele papel decisivo para a configuração do crime de roubo, majorado pelo concurso de pessoas e utilização de arma de fogo, não há que se falar em participação de menor importância, nos termos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do artigo 29, §1º, do CP.

II - Descabe a aplicação do benefício previsto no artigo 14, da Lei 9807/99 (delação premiada) se o réu não contribuiu para recuperação do produto do crime ou identificação dos demais autores.

III) O regime de cumprimento da pena deve ser fixado em observância às regras insculpidas no art. 33, § 2.º, “b”, do Código Penal.” (fls. 92/93).

Condenado em 10.05.2010, no Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande/MS, a cumprir pena privativa de liberdade fixada em 07 anos e 01 mês de reclusão, no regime inicial semiaberto, além do pagamento de 21 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, a Defesa do Paciente interpôs recurso, alegando no Tribunal *a quo* ausência de provas para lastrear a imposição da reprimenda. Subsidiariamente, pugnou pela exclusão da qualificadora decorrente do emprego de arma de fogo e a consequente redução da sanção corporal.

A Corte estadual, contudo, em julgamento ocorrido na sessão do dia 08.11.2010, à unanimidade negou provimento ao inconformismo.

Nesse Superior Tribunal de Justiça, alega haver constrangimento ilegal sob o argumento de não ser idônea a fundamentação expendida no acórdão recorrido para manter a exasperação da pena-base.

Noutro giro, afirma não ser cabível a majoração da pena pelo emprego de arma de fogo, quando não tiver sido comprovada a sua capacidade lesiva, mediante apreensão e perícia.

Requer, pois, a concessão da ordem, para o fim de reduzir a pena inicial do delito imputado e afastar a causa de aumento acima destacada, redimensionando o decreto condenatório.

Não havendo pedido liminar e estando devidamente instruído o *writ*, foram dispensadas as informações. Encaminhados os autos à Subprocuradoria Geral da República, o *Parquet* manifestou-se às fls. 112/115 pela denegação da ordem.

É o relatório.

Em mesa para julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 191.277 - MS (2010/0216278-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de GILMAR AUGUSTO DE OLIVEIRA, contra acórdão proferido no Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, que negou provimento à Apelação Criminal n.º 2010.026823-2/0000-00, em julgamento ementado às fls. 92/93.

Condenado em 10.05.2010, no Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande/MS, a cumprir pena privativa de liberdade fixada em 07 anos e 01 mês de reclusão, no regime inicial semiaberto, além do pagamento de 21 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, a Defesa do Paciente interpôs recurso, alegando no Tribunal *a quo* ausência de provas para lastrear a imposição da reprimenda. Subsidiariamente, pugnou pela exclusão da qualificadora decorrente do emprego de arma de fogo e a consequente redução da sanção corporal.

A Corte estadual, contudo, em julgamento ocorrido na sessão do dia 08.11.2010, à unanimidade negou provimento ao inconformismo.

Nesse Superior Tribunal de Justiça, alega haver constrangimento ilegal sob o argumento de não ser idônea a fundamentação expendida no acórdão recorrido para manter a exasperação da pena-base.

Noutro giro, afirma não ser cabível a majoração da pena pelo emprego de arma de fogo, quando não tiver sido comprovada a sua capacidade lesiva, mediante apreensão e perícia.

Requer, pois, a concessão da ordem, para o fim de reduzir a pena inicial do delito imputado e afastar a causa de aumento acima destacada, redimensionando o decreto condenatório.

Passo à análise da irresignação.

Mediante consulta ao sítio eletrônico da Corte estadual, constata-se que a Ação Penal n.º 0054696-61.2009.8.12.0001 (001.09.054696-3) transitou em julgado no dia 15.12.2010, o que denota não ter a defensora pública impetrante buscado o exame da matéria em grau de cognição mais amplo, optando, por via oblíqua, utilizar-se da via estreita do *writ*, ao invés do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime recursal reservado pelos mecanismos legais, previsto e estruturado racionalmente para alcançar os resultados que aqui se almeja.

Não obstante, deve-se prestigiar a função constitucional excepcional do *mandamus*, evitando sua utilização indiscriminada e desmerecendo as funções das instâncias regulares de processo e julgamento, sob pena de se desmoralizar o sistema ordinário de recursos.

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.

Sem pretender desmerecer a jurisprudência, deve ser ponderado que seja a impetração 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*, hoje praticamente erigido em remédio para qualquer irresignação, no mais das vezes muito longe de qualquer alegação de violência ou coação contra a liberdade de locomoção.

Tentar proteger os limites do *habeas corpus* é fazer respeitar sua credibilidade e funcionalidade, o que parece deva ser também uma importante missão deste Tribunal. O recurso especial, instrumento ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que esta Corte Superior analise eventual ofensa à legislação federal nos fundamentos da dosimetria da pena, aqui deliberadamente desdenhado, não pode ser substituído pelo *habeas corpus*, exceção que se liga necessariamente à violência, à coação, à ilegalidade ou ao abuso – circunstâncias que obviamente não constituem a regra senão a exceção – donde seu uso reclama naturalmente as restrições da exceção.

No julgamento da MC no MS n.º 28.524/DF (decisão de 22/12/2009, DJE n.º 19, divulgado em 01/02/2010), impetrado contra decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio, relator do HC 101.985/RJ – na qual este deferiu medida liminar com a finalidade de suspender a eficácia do Acórdão proferido pelo TRF da 2.ª Região na Apelação Cível n.º 2008.51.01.018422-0 - o Ministro Gilmar Mendes, concedendo a liminar pretendida para restaurar os efeitos do acórdão proferido em sede de apelação, asseverou, amparado em ampla jurisprudência, que:

“Não se torna possível o manejo do referido habeas corpus, pois há meios eficazes de se obter o efeito suspensivo do acórdão pelas vias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recursais ordinárias e extraordinárias.

Ademais, caso não haja possibilidade de concessão de efeito suspensivo, a determinação que se infere do ordenamento jurídico brasileiro é o imediato cumprimento das decisões, seja na seara cível, seja na seara penal.

Assim, em todos os aspectos analisados, conclui-se pela inadequação da estreita via do habeas corpus para o reexame de provas e de matéria de fato do caso, por não servir o habeas corpus como sucedâneo de recurso, em consonância com a jurisprudência pacífica desta Corte (HC 75.352/CE, Min. Celso Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 18.5.2001; HC 81.681/RS, Min. Néri da Silveira, 2ª Turma, DJ 28.8.2003; HC 73.261/PR, Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 10.5.1996; HC 83.115/SP, Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 18.3.2005; HC 91.155/SP, Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ 10.8.2007; HC 80829 - Min. Maurício Corrêa, 2ª Turma, DJ 24.8.2001; HC 74006 - Min. Celso de Mello, 1ª Turma, DJ 27.8.1996; RHC 93248 - Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ 22.8.2008; RHC 83625 - Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ 30.4.2004; HC 98732-AgR - Min. Carlos Britto, 1ª Turma, DJ 21.8.2009).

(...)

Conclui-se, assim, pela inadequação da via do habeas corpus para revolvimento de matéria de fato já decidida por sentença e acórdão de mérito e para servir como sucedâneo recursal.”

Reiterando a mesma linha de entendimento, confira-se recente julgado daquela

Corte:

“PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. RECURSO ORDINÁRIO. CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOA PARA FIM DE EXPLORAÇÃO SEXUAL COMINADO COM CRIME DE QUADRILHA OU BANDO. CP, ARTS. 231, § 1º, E 288. INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR PÚBLICO ACERCA DA EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA PARA OITIVA DE TESTEMUNHA DE ACUSAÇÃO REALIZADA. NÃO COMPARECIMENTO DO DEFENSOR PÚBLICO. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA.

1. Preliminarmente, o habeas corpus não é substitutivo de recurso ordinário. A utilização promíscua do remédio heróico deve ser combatida, sob pena de banalização da garantia constitucional, tanto mais quando não há teratologia a eliminar, como no caso em exame.

(...) ” (HC n.º 104.767/BA, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 17/08/2011)

Neste contexto, a hipótese seria, em tese, de não conhecimento do writ, por consistir utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por outro lado, o presente caso não revela a ocorrência de qualquer situação de flagrante ilegalidade, nulidade absoluta ou teratologia a ser sanada pela via do *habeas corpus*.

A análise da dosimetria da pena, realizada em primeiro grau de jurisdição, aponta que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da acentuada culpabilidade do réu e das consequências desfavoráveis que o cometimento do delito causaram às vítimas.

Noutro giro, o emprego da arma de fogo foi sobejamente comprovado na instrução criminal, conforme denota o seguinte fragmento, extraído do voto condutor no acórdão recorrido. Vê-se à fl. 98, *in verbis*:

"Sustenta a Defesa, que a arma não foi apreendida e periciada, motivo pelo qual requer o afastamento da causa de aumento da pena.

Na hipótese em apreço, a apreensão da arma e a realização de exame de eficiência são dispensados quando a prova atesta a utilização do artefato, principalmente porque exsurge incontestemente o seu emprego, conforme depoimento prestado pela vítima Celestina Roa, tanto na polícia, como em juízo, sob o crivo do contraditório, às f. 182/184."

Nesse aspecto, a Terceira Seção, nos autos do EREsp. 961.863/RS, julgado em 13.12.2010, do qual fui Relator para acórdão, pacificou o entendimento de que, 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.

A propósito, confira-se o seguinte precedente desta Turma:

"HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. EXAME PERICIAL. IMPOSSIBILIDADE. NÃO-APREENSÃO DO INSTRUMENTO. DISPENSABILIDADE PARA A CARACTERIZAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO, QUANDO PROVADO O SEU EMPREGO NA PRÁTICA DO CRIME. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO PLENÁRIO DA SUPREMA CORTE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. IMPROPRIEDADE. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2.º, ALÍNEA B, E § 3.º DO CÓDIGO PENAL.

1 Nos termos do art. 167 do Código de Processo Penal, o laudo pericial pode ser suprido pela prova testemunhal diante do desaparecimento dos vestígios, como na espécie, em que não houve a apreensão da arma de fogo.

2. Nesse contexto, a ausência de perícia na arma, quando impossibilitada sua realização, não afasta a causa especial de aumento prevista no inciso I do § 2.º do art. 157 do Código Penal, desde que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

existentes outros meios aptos a comprovar o seu efetivo emprego na ação delituosa. Precedentes desta Corte e do Col. Excelso Pretório.

3. Na hipótese, a sentença condenatória consignou ser incontestado o uso da arma na empreitada criminosa, conforme demonstrado pelo conjunto probatório dos autos. Assim, para se afastar a referida conclusão, seria imprescindível a realização de um aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se mostra viável na via estreita do habeas corpus.

(...).

5. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação, fixar o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva" (HC 162.033/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 11.10.2010)

O Plenário da Suprema Corte também firmou orientação no sentido de ser dispensável a apreensão da arma ou a realização do exame pericial para a caracterização da causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, quando existirem nos autos outros elementos probatórios que levem a concluir pela sua efetiva utilização no crime (HC 96.099/RS, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, PLENO, DJe 5.6.2009).

Deve, portanto, ser mantida a incidência da majorante pelo emprego da arma de fogo no presente caso.

Assim, o aumento da pena-base e a majoração da reprimenda na segunda fase da dosimetria encontra-se, em princípio, fundamentado em circunstância concreta, o que determina a inviabilidade do reexame em sede de *mandamus*, o qual somente é possível quando evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial, errônea aplicação do método trifásico ou violação a literal dispositivo da norma, acarretando flagrante ilegalidade. Este, no entanto, como visto, não é o caso dos autos, o que caracteriza o uso inadequado do instrumento constitucional.

Assim considerado, denego a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0216278-3

HC 191.277 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1090546963 20100268232

EM MESA

JULGADO: 19/04/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GILSON DIPP**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : FÁTIMA MARIA DE OLIVEIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : GILMAR AUGUSTO DE OLIVEIRA

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, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.