

HABEAS CORPUS Nº 538.062 - SP (2019/0301058-0)

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RODRIGO GRUPPI CARLOS DA COSTA - SP389339
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : YURI SGURSKY MESSINA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. USO DE ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E PERÍCIA. ELEMENTOS PROBATÓRIOS DIVERSOS. ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. CONCURSO DE AGENTES. AFASTAMENTO. REEXAME PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL E REINCIDÊNCIA. MODO CARCERÁRIO FECHADO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. HABEAS CORPUS DENEGADO.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de YURI SGURSKY MESSINA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação Criminal n.º 0012536-65.2018.8.26.0405.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado pelo Juízo de primeira instância às penas de 7 (sete) anos, 5 (cinco) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa, no valor mínimo legal, pela prática dos crimes dispostos nos arts. 157, § 2.º, incisos I e II, do Código Penal (fls. 16-23).

Inconformado, o Réu apelou postulando i) a reforma da sentença visando à absolvição por insuficiência de provas e ii) a fixação da base no mínimo legal, afastamento das causas de aumento, regime prisional mais brando com aplicação da detração, revogação da prisão preventiva e isenção do pagamento de custas.

O Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso defensivo, nos termos da seguinte ementa (fl. 28):

"ROUBO – materialidade – boletim de ocorrência e prova oral que indica a subtração mediante grave ameaça.

Superior Tribunal de Justiça

ROUBO – autoria – depoimento de vítima que indica o réu como um dos autores – validade – de rigor a condenação.

CONCURSO DE AGENTES – indicação pela prova oral – validade – desnecessidade de que todos pratiquem os mesmos atos.

EMPREGO DE ARMA – apreensão – desnecessidade – validade da prova oral que indica seu uso – alegação de que não se tratava de arma – ônus de prova que incumbe à defesa – inteligência do art. 156 do CPP – Precedentes das Cortes Superiores.

PENA – base fixada em 1/6 acima do patamar mínimo legal – vítima que acabou com hematomas em face dos cutucões que recebeu com a arma de fogo – trauma ocasionado na vítima que pretende até mudar de residência – manutenção do aumento – presente a agravante da reincidência – exasperação da pena em 1/6 – manutenção – exasperação em 3/8 em face das causas de aumento – manutenção – majorantes que contem excepcionalidades que justificam o aumento.

REGIME – fechado – roubo praticado em concurso de agentes e com emprego de arma – vítima que na condição de mulher já se mostra mais vulnerável – maior reprovabilidade – reincidência – necessidade de regime mais gravoso para desestimulá-lo da senda do crime – regime fechado – necessidade – detração – não cabimento no presente caso – regime que foi fixado com base em circunstâncias desfavoráveis.

CONDENAÇÃO A CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS – afastamento – inviável – de rigor a condenação – previsão legal – pagamento suspenso até que tenha o condenado condições de realizá-lo sem prejuízo do sustento próprio ou da família – negado provimento ao apelo."

Neste writ, a Defesa alega a inidoneidade da causa de aumento referente ao emprego de arma de fogo, por ausência de sua apreensão e, consequentemente, de perícia, bem como da majorante relativa ao concurso de agentes, "*na medida em que tal circunstância não restou demonstrada*" (fl. 5).

Sustenta também a desnecessidade do agravamento do regime inicial de cumprimento da reprimenda reclusiva.

Requer, assim, o afastamento das majorantes e o estabelecimento do regime prisional semiaberto.

As informações foram prestadas às fls. 58-103.

O Ministério Público Federal, por meio de parecer de fls. 105-110, manifestou-se pela concessão da ordem.

É o relatório. Decido.

O Juízo sentenciante, ao fundamentar a dosimetria, concluiu que (fls. 20-22; sem grifos no original):

"Dado que a vítima referiu ter ficado roxa com cutucadas que levava com a arma, do garupa do Réu, tem-se que a situação poderia ter redundado no temível latrocínio. Nem se diga que o Acusado com isso não compactuava, vendo-se inserção significativa na ação criminosa, e não de menor relevância. Assim é que, dadas as consequências à vítima, que até se mudar de casa pretende (ou se mudou), fixo a pena-base em 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

Na segunda fase, não há atenuantes, e incide a agravante da reincidência (fls. 46/47). Aumento as penas de 1/6 (um sexto), para 5 (cinco) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 12 (doze) dias-multa.

Na terceira fase, são duas, as causas de aumento: emprego de arma e concurso de agentes.

O emprego de arma colocou a vida da vítima em efetivo risco: ela chegou a ser cutucada e, tamanho o seu desespero, que não conseguiu desbloquear o celular para entrega, o que acresceu ao perigo a que submetida.

O concurso de agentes tornou inviável esboço de reação pela ofendida. Estava subjugada por dois homens, superioridade numérica e de força física, e eles ainda empregavam uma moto (de elevada mobilidade e rápido escape).

Como a disposição legislativa à época era mais benéfica (porque, hoje, só o emprego de arma já majora rigorosamente as penas), e porque é impossível a combinação de leis, aplico o CP como à época redigido, exasperando as penas de 3/8 (três oitavos), para 7 (sete) anos, 5 (cinco) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão e 16 (dezesseis) dias-multa.

A fração é a que melhor explicação lógica e não íntima tem.

O regime inicial reclusivo é o fechado, porque, além de a reprimenda corporal ser relativamente elevada, o Réu é reincidente, e atuou, em comparsaria, com arma, contra mulher indefesa. Regime mais brando seria inócuo na tentativa de ressocialização."

Por sua vez, no acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*, consignou-se que "dada a prova oral comprovando a utilização da arma na empreitada criminosa, demonstrada está a causa de aumento do emprego de arma" (fl. 42).

Como se percebe, amparadas no conjunto probatório colhido na instrução processual, as instâncias ordinárias concluíram que ocorreu o emprego de arma de fogo durante a empreitada criminosa, bem como a presença de outro agente.

Assim, incide o entendimento de que a apreensão e perícia da arma é desnecessária para evidenciar essa qualificadora se há outros elementos de prova que evidenciem o emprego do artefato, firmado pelo STF e pela Terceira Seção do STJ, em

julgados assim ementados, respectivamente:

"HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. PACIENTE DENUNCIADO PELO CRIME PREVISTO NO ART. 157, § 2º, I e II, DO CÓDIGO PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO DE PROVAS COLHIDAS EXCLUSIVAMENTE NA FASE INQUISITORIAL. NÃO OCORRÊNCIA. MEDIDA EXCEPCIONAL CUJA PERTINÊNCIA NÃO RESTOU DEMONSTRADA. ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO E PERÍCIA PARA A COMPROVAÇÃO DE SEU POTENCIAL OFENSIVO. DESNECESSIDADE. CIRCUNSTÂNCIA QUE PODE SER EVIDENCIADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. JURISPRUDÊNCIA DO STF. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

I – Contrariamente ao alegado na inicial, verifica-se, da leitura cuidadosa dos autos, que o juízo de piso não condenou o recorrente com base exclusivamente em prova colhida na fase inquisitorial.

II – O trancamento da ação penal, em habeas corpus, constitui medida excepcional que só deve ser aplicada nos casos de manifesta atipicidade da conduta, de presença de causa de extinção da punibilidade do paciente ou de ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas, o que não ocorre na situação sob exame.

III – Não se mostra necessária a apreensão e perícia da arma empregada no roubo para comprovar o seu potencial lesivo, visto que essa qualidade integra a própria natureza do artefato.

IV - A majorante do art. 157, § 2º, I, do Código Penal pode ser evidenciada por qualquer meio de prova, em especial pela palavra da vítima ou pelo depoimento de testemunha presencial.

V - Recurso a que se nega provimento." (RHC 122.074/SP, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/05/2014, DJe 05/06/2014; sem grifos no original.)

"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. 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 961.863/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI – Des. convocado do TJ/SP –, Rel. p/ acórdão Ministro GILSON DIPP, DJe 06/04/2011; sem grifos no original.)

Do mesmo modo, o concurso de agente restou comprovado nos autos, razão pela qual não há falar em afastamento do inciso II do § 2.º do art. 157 do Código Penal, por ser necessário o reexame do conjunto probatório colhido na instrução criminal, o que é vedado em sede de *habeas corpus*.

Em relação ao regime prisional, colho os seguintes fundamentos lançados pelo acórdão impugnado, *in verbis* (fls. 46-47; sem grifos no original):

"O regime fechado impõe-se. O apelante demonstrou culpabilidade acima do normal, com alta periculosidade, praticando o delito em concurso com mais dois agentes e com emprego de arma de fogo. Além disso, abordaram uma mulher, que por sua condição física já é mais vulnerável. Ademais, o réu ostenta a condição de reincidente, o que indica a necessidade de regime mais gravoso para desestimulá-los da senda do crime. Demonstraram reprovabilidade e periculosidade acima do normal, sendo o regime fechado o único adequado no caso em exame, nos termos do artigo 33, §3º, c.c. artigo 59, ambos do Código Penal. Ademais, o regime menos gravoso, em face da maior reprovabilidade não terá o condão de desestimular a prática de novos crimes, o que por si só já autoriza o regime fechado."

Como se vê, a orientação exposta no aresto impugnado não divergiu do entendimento desta Corte Superior, pois, diante da reincidência do Paciente, bem como da existência de circunstância judicial desfavorável, estabelecida a reprimenda em 7 (sete) anos, 5 (cinco) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, inexistente ilegalidade na fixação do regime inicial fechado, a teor do disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

Ilustrativamente:

"HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO TRIPLAMENTE MAJORADO. FOLHA DE ANTECEDENTES. DOCUMENTO HÁBIL E SUFICIENTE À COMPROVAÇÃO DA REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE.

PROPORCIONALIDADE. USO DE ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E PERÍCIA. ELEMENTOS PROBATÓRIOS DIVERSOS. ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 2/5 (DOIS QUINTOS). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME INICIAL FECHADO. CABIMENTO. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. ORDEM DENEGADA.

[...]

5. Considerando-se que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, porque reconhecida circunstância judicial desfavorável ao Condenado, tem-se por justificada a imposição de regime prisional mais gravoso, a teor do disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

6. Ordem de habeas corpus denegada." (HC 475.694/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 30/04/2019.)

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO E CORRUPÇÃO DE MENOR. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA O INCREMENTO DAS PENAS-BASE. CONCURSO FORMAL ENTRE DELITOS DE ROUBO MANTIDO. DOIS PATRIMÔNIOS ATINGIDOS. PROPORCIONALIDADE DA REPRIMENDA. REGIME PRISIONAL FECHADO MANTIDO. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

4. Deve ser mantida a valoração negativa dos vetores maus antecedentes e consequências na dosagem da pena-base do crime de roubo, assim como os maus antecedentes em relação ao crime de corrupção de menor.

5. A teor do entendimento consolidado desta Corte, foi reconhecida a prática pelo réu de dois crimes de roubo qualificado, em concurso formal próprio (CP, art. 70, primeira parte), já que, mediante uma só ação e no mesmo contexto fático, foram subtraídos bens pertencentes a duas vítimas distintas.

6. No que tange ao paciente Victor, mantida a pena-base acima do mínimo legal, por ter sido desfavoravelmente valorada circunstância do art. 59 do Estatuto Repressor, admite-se a fixação de regime prisional mais gravoso do que o indicado pelo quantum de reprimenda imposta ao réu.

7. Em relação ao réu Alexandre, tratando-se de réu reincidente, não há falar em fixação do regime prisional semiaberto, por não restarem preenchidos os requisitos do art. 33, § 2º, "b", do CP.

8. Writ não conhecido." (HC 538.556/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 26/11/2019, DJe 05/12/2019; sem grifos no original.)

Superior Tribunal de Justiça

Assim, o caso não se enquadra nas hipóteses passíveis de concessão da ordem, por não veicular situação configuradora de abuso de poder ou de manifesta ilegalidade sanável na via eleita.

Ante o exposto, DENEGO a ordem de *habeas corpus*.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 23 de março de 2020.

Ministra LAURITA VAZ
Relatora