

**HABEAS CORPUS Nº 570.291 - SP (2020/0078866-2)**

**RELATOR** : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
TALES PATAIAS RAMOS - SP310258  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : DIEGO VALHAS DA SILVA RIBEIRO (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de DIEGO VALHAS DA SILVA RIBEIRO apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 1500585-46.2019.8.26.0540).

Depreende-se dos autos que o réu foi condenado, como incurso nas sanções do art. 157, §§ 2º, inciso II, e 2º-A, inciso I, do Código Penal (roubo majorado), em continuidade delitiva, à pena de 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 18 dias-multa (e-STJ fls. 17/22).

Interposta apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso em acórdão assim ementado (e-STJ fl. 24):

*Roubos duplamente circunstanciados – Recurso defensivo – Conjunto probatório suficiente para o reconhecimento das práticas delitivas – Absolvição – Descabimento – Pena motivadamente dosada, necessária e suficiente para reprovação e prevenção dos crimes – Sentença mantida – Recurso desprovido.*

Daí o presente *writ*, no qual sustenta a defesa, em linhas gerais, a necessidade de afastamento da majorante relativa ao emprego da arma de fogo, argumentando que "*a arma supostamente utilizada na ação não foi apreendida e periciada, com vistas a constatar sua efetiva capacidade lesiva*" (e-STJ fl. 6).

Sustenta, outrossim, ilegalidade em relação ao estabelecimento de regime fechado.

Requer, liminarmente, que o paciente possa aguardar o julgamento do presente *writ* em liberdade. No mérito, pugna pela concessão da ordem para afastar a

majorante referida e estabelecer o regime semiaberto para o início de cumprimento da reprimenda.

É o relatório.

**Decido.**

Acerca da *quaestio*, assim consignou o Tribunal de origem (e-STJ fls. 34/35, grifei):

*Na última fase do cálculo, aplicou-se o único acréscimo de 2/3, previsto no § 2º-A, do artigo 157, do Código Penal, em razão das circunstâncias fáticas do concurso de agentes e emprego de arma de fogo.*

*Em que pese o esforço defensivo, inafastável a incidência de referidas causas de aumento. É que as palavras das vítimas, além de suficientes para incriminação do agente pelos delitos, têm valia e eficácia probatória também para esclarecimento de pormenores complementares, como o emprego de arma e o concurso de agentes.*

*No caso, Alexandre e Davisson afirmaram terem sido abordados por dois indivíduos, um deles, seguramente armado, sendo irrelevante, para o reconhecimento da qualificadora do emprego de arma, a falta de apreensão e peritagem do armamento (STF, 1ª Turma, HC nº 108225/MG, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 10.09.2014 e STJ, 5ª Turma, HC nº 155.712/DF, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 17.12.2014).*

*Assim, a pena totalizou 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 16 (dezesseis) dias-multa, para cada roubo.*

*Com o reconhecimento da continuidade delitiva, adotou-se o aumento de 1/6 à pena de um dos roubos, chegando-se ao total punitivo de 07 (sete) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 18 (dezoito) dias-multa menores.*

*Note-se, a propósito, que a regra insculpida no artigo 72, do Código Penal, não foi observada pelo juízo sentenciante, contudo, por ser mais benéfico ao réu e não tendo havido irresignação ministerial, nesse sentido, conserva-se a punição pecuniária, tal como fixada.*

*Por fim, o regime prisional fechado não comporta modificação, pois é o que mais se coaduna à espécie, na medida em que as circunstâncias delitivas são concretamente desfavoráveis (o réu, juntamente com outro comparsa, no final da noite, abordaram as vítimas quando estas entravam em suas residências, e, munidos com arma de fogo, ameaçaram-nas, subtraindo-lhes os bens, fugindo em seus veículos, com nota de que os dois crimes foram praticados na sequência de apenas uma hora, o que demonstra a ousadia e periculosidade do agente) não sendo recomendado qualquer abrandamento punitivo, em total observância aos caracteres preventivo e curativo da sanção penal.*

[...]

*Importante consignar, a propósito, que não há qualquer ilegalidade na fixação do regime inicial fechado, e nem ofensa às Súmulas 718 e 719, do Excelso Supremo Tribunal Federal, ou a Súmula 440, do Superior Tribunal de Justiça, pois os fatos concretos e as circunstâncias judiciais concretamente aferidas, devidamente extraídos dos autos (e acima listados), demonstram não ser recomendável a adoção de regime prisional mais brando, sobretudo para não se provocar afrouxamento excessivo e intolerável estímulo ao criminoso, forjando, em seu espírito, a sensação de uma ilusória impunidade.*

O entendimento do Tribunal de origem está em pleno alinhamento com a jurisprudência firmada pela Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp n. 961.863/RS, no sentido de que é prescindível a apreensão e perícia da arma para a aplicação da causa de aumento pelo uso de arma de fogo prevista no art. 157 – no caso, no inciso I do §2º-A – do Código Penal, se comprovada a sua utilização por outros elementos probatórios, como na hipótese.

A propósito:

*AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ROUBO MAJORADO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 386, III, DO CPP; E 157, § 2º, I E II, DO CP. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO E, SUBSIDIARIAMENTE, DE AFASTAMENTO DAS AGRAVANTES DO EMPREGO DE ARMA E DO CONCURSO DE PESSOAS, ANTE A AUSÊNCIA DE LASTRO PROBATÓRIO. FUNDAMENTOS IDÔNEOS APRESENTADOS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REVISÃO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ.*

[...] 2. Para a Corte a quo, o acervo probatório era suficiente para amparar tanto o reconhecimento da autoria e da materialidade da conduta do agravante, como também a presença da qualificadora prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal. Afastar tal entendimento, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, o que é vedado na via estreita do recurso especial.

3. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento de que quando existirem nos autos elementos de prova capazes de comprovar a utilização da arma de fogo no delito, como no caso concreto, em que demonstrado pela prova testemunhal, é prescindível a sua perícia para a incidência da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal.

4. No que tange à causa de aumento do delito de roubo prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, a Terceira Seção deste Tribunal Superior decidiu ser desnecessária a apreensão da arma utilizada no crime 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 n. 961.863/RS, Ministro Celso Limongi - Desembargador Convocado do TJ/SP), relator para acórdão, Ministro Gilson Dipp, Terceira Seção, julgado em 13/12/2010, DJe 6/4/2011).*

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 1095239/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 26/09/2017, DJe 09/10/2017)

**RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. DESCCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO QUALIFICADO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7 DO STJ. NÃO INCIDÊNCIA. EMENDATIO LIBELLI. ART. 383 DO CPP. GRAVE AMEAÇA. ARMA DE FOGO. OSTENTAÇÃO. INTIMIDAÇÃO DA VÍTIMA. COMPROVAÇÃO. POTENCIALIDADE LESIVA. PERÍCIA. DESNECESSIDADE. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.**

[...] 5. A Terceira Seção deste Superior Tribunal, no julgamento dos EResp n. 961.863/RS, de relatoria do Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), com relator para acórdão o Ministro Gilson Dipp, DJe 6/4/2011, assentou o entendimento de que, para a incidência da causa especial de aumento, mostram-se prescindíveis a apreensão e a realização de perícia na arma utilizada no crime de roubo, desde que seja comprovada a sua utilização por outros meios de prova, na espécie, a palavra da vítima e dos próprios réus.

6. Recurso especial não provido e deferido o pedido de execução provisória feito pelo Ministério Público Federal.

(REsp 1294312/SE, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 17/11/2016)

E ainda a firme lição doutrinária:

*Exigir, como prova da existência da arma, sua apreensão e exame - o que se alega apenas para argumentar, pois tal exigência não decorre das normas do Código de Processo Penal sobre a prova -, seria consagrar uma absurda e indevida exceção ao brocardo segundo o qual ninguém pode tirar vantagem de sua própria torpeza: bastaria o réu fugir com a arma ou, de qualquer modo, dar sumiço nela, para beneficiar-se com a excludente da qualificadora. (BATISTA, Weber Martins. O furto e o roubo no direito e no processo penal. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 456)*

No mais, não há nenhuma ilegalidade em relação à fixação do regime mais gravoso.

Com efeito, nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ou a primariedade do agente.

Ademais, na esteira da jurisprudência desta Corte, admite-se a imposição de regime prisional mais gravoso do que aquele que permite a pena aplicada, desde que apontados elementos fáticos demonstrativos da gravidade concreta do delito.

Tal posicionamento, aliás, advém da interpretação, a *contrario sensu*, do disposto na Súmula n. 440 desta Corte, segundo a qual, "[f]ixada 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".

Na hipótese, não obstante o *quantum* de apenamento, a primariedade do paciente e consideração favorável das circunstâncias do art. 59 do Código Penal, o Tribunal *a quo* manteve o regime inicial mais gravoso tendo em vista as particularidades do caso concreto que evidenciaram maior reprovabilidade da conduta – prática de dois delitos de roubo em um intervalo de uma hora, à noite, em concurso e mediante arma de fogo, o que revelou ousadia e maior periculosidade do agente (e-STJ fl.35) –, entendimento que se coaduna com a jurisprudência desta Corte acerca do tema, não havendo se falar em violação ao disposto na Súmula n. 440/STJ.

No mesmo sentido, os seguintes julgados:

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. ROUBO MAJORADO. REINCIDÊNCIA. COMPROVAÇÃO. FOLHA DE ANTECEDENTES. DOCUMENTO IDÔNEO. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. COMPENSAÇÃO COM ATENUANTE DA CONFISSÃO. IMPOSSIBILIDADE. ARMA DE FOGO. POTENCIALIDADE LESIVA. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. CAUSAS DE AUMENTO. MOTIVAÇÃO INSUFICIENTE. SÚMULA N. 443 DO STJ. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REINCIDÊNCIA E MODUS OPERANDI. DETRAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

[...]

**6. Diante da fundamentação oferecida pelo Juiz de primeiro grau - corroborado pela Corte local - não verifico o alegado constrangimento ilegal de que estariam sendo vítimas os pacientes,**

*pois não há ilegalidade na fixação do regime inicial fechado quando apontado dado fático suficiente a indicar a gravidade concreta do crime - na espécie, a reincidência dos réus, e o modus operandi (roubo praticado no interior de residência habitada por diversas pessoas, com emprego de arma de fogo) -, ainda que o quantum da pena seja inferior a oito anos (art. 33, § 3º, do CP).*

[...]

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reconhecer ilegalidade na terceira fase da dosimetria e reduzir as penas dos réus.

(HC 367.753/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 10/11/2016, grifei)

*PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO (EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES) E CORRUPÇÃO DE MENORES. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE DO REEXAME DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA DOS AUTOS. SÚMULA 7/STJ. PLEITO DE INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA MENORIDADE E DE AFASTAMENTO DA CONDENAÇÃO PELO CRIME DE CORRUPÇÃO DE MENORES PELO BIS IN IDEM. TEMAS NÃO PREQUESTIONADOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231/STJ. FIXAÇÃO DE REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE JUSTIFICAM. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.*

[...]

5. Não obstante a estipulação da reprimenda final em patamar inferior a 8 anos de reclusão, encontra-se motivada a sujeição a regime mais gravoso quando alicerçado em elementos concretos, a despeito destes não terem sido empregados na fixação da pena-base, estabelecida no mínimo legal.

6. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 933.529/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJe 05/09/2016, grifei)

Não vislumbro, pois, nenhum constrangimento ilegal a ser sanado.

Ante o exposto, **denego a ordem, in limine.**

Publique-se. Intimem-se.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Brasília, 02 de abril de 2020.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO  
Relator