

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.398.379 - RS
(2018/0303532-0)**

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : FERNANDO CORREA DA SILVA
AGRAVANTE : YAGO SILVA DE PAULA
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - DEFENSOR PÚBLICO -
RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

DECISÃO

FERNANDO CORREA DA SILVA e YAGO SILVA DE PAULA agravam de decisão que inadmitiu seu recurso especial, interposto com fundamento no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, em face de acórdão do **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul** (Apelação Criminal n. 0133142-66.2018.8.21.7000).

Nas razões do recurso especial, a defesa pretende a exclusão do emprego de arma e a redução da pena na terceira fase da dosimetria. Para tanto, sustenta violação dos arts. 157, § 2º, do Código Penal, bem como a existência de dissídio jurisprudencial, no tocante a necessidade de apreensão e perícia da arma para a configuração da majorante e de fundamentação concreta para a majoração da pena em relação às causas de aumento.

O recurso especial foi inadmitido no juízo prévio de admissibilidade realizado pelo Tribunal local (fls. 467-483), o que ensejou a interposição deste agravo (fls. 488-496).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo conhecimento do agravo para que não seja conhecido o especial (fls. 519-521).

Decido.

O agravo é tempestivo e infirmou os fundamentos da decisão agravada.

Quanto ao recurso especial, observo que **suplanta o juízo de**

prelibação, haja vista a ocorrência do necessário prequestionamento, além de estarem presentes os demais pressupostos de admissibilidade do recurso especial (cabimento, legitimidade, interesse, inexistência de fato impeditivo, tempestividade e regularidade formal), razões pelas quais avanço na análise de mérito da controvérsia.

Em relação à configuração da majorante, o Tribunal *a quo* salientou que "é desnecessária a apreensão ou a realização de perícia na arma utilizada, uma vez que seu potencial lesivo é *in re ipsa*, podendo ser demonstrada por qualquer meio de prova, em especial pelas declarações da vítima" (fl. 420). Concluiu, ainda, que "embora não tenha sido apreendida a arma utilizada no crime, ao prestar declarações em juízo, os ofendidos ressaltaram que os acusados proferiram ameaças com arma de fogo no curso da ação subtrativa" (fl. 421).

Sobre o tema, a Terceira Seção deste Superior Tribunal firmou entendimento de que, "no crime de roubo, a incidência da majorante relativa ao emprego de arma prescinde de sua apreensão e perícia, ainda que se trate de arma branca, sendo possível demonstrar-se sua utilização mediante outros meios de prova" (**AgRg no AREsp n. 194.561/RS**, Rel. Ministra **Assusete Magalhães**, 6ª T., DJe 21/3/2013). E mais: **AgRg no AREsp n. 151.158/RS**, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 21/8/2013; **AgRg no Ag n. 1285239/RJ**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 13/8/2013).

Portanto, o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior sobre a questão, haja vista a desnecessidade de perícia a fim de comprovar a potencialidade lesiva da arma para a incidência da majorante no crime de roubo, notadamente como no caso dos autos, em que foi confirmado o emprego do objeto por meio da prova oral produzida na instrução do feito.

Sobre a apontada ilegalidade na terceira fase da dosimetria, verifico que o Juiz de primeiro grau, elevou a pena em 3/8, pois, "para a prática do ilícito, utilizada arma de fogo apontada para vítima" (fl. 332) e, porque "utilizada arma de fogo na empreitada criminosa" (fl. 333).

A Corte estadual manteve a fração aplicada e destacou que "a ação foi realizada de forma plenamente organizada por dois agentes criminosos, com divisão de tarefas e com emprego ostensivo de arma de fogo, que foi constantemente apontada para as vítimas no curso da execução delitiva" (fl. 424).

As instâncias ordinárias entenderam devida a exasperação da reprimenda em **3/8, ante a caracterização de duas majorantes**, fundamento que – não obstante, na minha opinião, evidencie maior temibilidade da conduta –, **nos termos do pensamento majoritário da Sexta Turma não justifica, de maneira idônea, o aumento de pena acima do patamar mínimo**, sendo necessária a indicação de outras circunstâncias concretas que digam respeito às próprias majorantes e que evidenciem a maior desaprovação da conduta (**número de agentes superior ao necessário para configurar o concurso, restrição da liberdade da vítima por longo período, emprego de arma de grosso calibre, ocorrência de disparo etc.**), para justificar o percentual de aumento eleito.

Ilustrativamente:

[...]

3. O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes. Súmula n. 443 do STJ.

4. Não obstante haja sido particularizado o fato de o delito ter sido praticado com emprego de arma de fogo e com a participação de dois agentes, as instâncias ordinárias não apontaram nenhum elemento dos autos (*modus operandi*, por exemplo) que, efetivamente, evidenciasse real necessidade de exasperação da pena, na terceira fase da dosimetria, no patamar estabelecido. Ressalva do relator em relação à arma de fogo.

[...]

(HC n. 352.019/SP, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, 6ª T., DJe 31/5/2016)

Logo, identifico a ilegalidade apontada, pois não foram **apresentados elementos dos autos (*modus operandi* ou número excessivo de agentes, por exemplo) que, efetivamente, evidenciasse real necessidade de exasperação da pena**, na terceira fase da dosimetria, no patamar estabelecido.

Caracterizada a violação legal atinente à fração de aumento da pena, passo à sua readequação.

Em relação ao agravante Fernando, verifico que a pena-base

foi fixada em 4 anos e 6 meses de reclusão, mais 11 dias-multa, pela valoração negativa da culpabilidade. Na segunda fase, a pena foi elevada em 6 meses pela reincidência, o que resulta em 5 anos de reclusão, mais 13 dias-multa. Na terceira etapa, o aumento da sanção é reduzida para 1/3 pelo emprego de arma e pelo concurso de agentes, o que a torna definitivamente estabelecida em **6 anos e 8 meses de reclusão, mais 15 dias-multa**.

A pena-base do agravante Yago foi fixada em 4 anos e 6 meses de reclusão, mais 11 dias-multa, pela valoração negativa da culpabilidade. Na segunda fase, a pena foi mantida inalterada. Na terceira etapa, o aumento da sanção é reduzida para 1/3 pelo emprego de arma e pelo concurso de agentes, o que a torna definitivamente estabelecida em **6 anos de reclusão, mais 13 dias-multa**.

Ante o esgotamento das instâncias ordinárias, como no caso, de acordo com entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE n. 964.246, **sob a sistemática da repercussão geral, é possível a execução da pena depois da prolação de acórdão em segundo grau de jurisdição e antes do trânsito em julgado da condenação**, para garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos constitucionais por ele tutelados.

À vista do exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC, c/c o art. 253, parágrafo único, II, "c", parte final, do RISTJ, conheço do agravo para **dar parcial provimento ao recurso especial**, a fim de reduzir as penas de Fernando para **6 anos e 8 meses de reclusão, mais 15 dias-multa** e de Yago para **6 anos de reclusão, mais 13 dias-multa**.

Em tempo, determino o envio de cópia dos autos ao Juízo de primeiro grau, para que expeça o mandado de prisão e encaminhe a guia de recolhimento provisório ao Juízo da VEC, dando efetivo início à execução da pena imposta aos recorrentes. A determinação deve ser desconsiderada caso os réus cumpram, atualmente, a reprimenda.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 13 de fevereiro de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**