

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.412.125 - RS (2018/0325803-0)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
AGRAVANTE : ANDREI DA SILVA VALES (PRESO)
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

Trata-se de agravo em recurso especial interposto por ANDREI DA SILVA VALES (e-STJ, fls. 215-220) contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que não admitiu seu apelo nobre (e-STJ, fls. 195-209).

Consta dos autos que o agravante foi condenado, em primeira instância, à pena de 6 (seis) anos, 6 (seis) meses e 11 (onze) dias de reclusão, em regime fechado, pela prática da conduta tipificada no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal (e-STJ, fls. 80-86).

O TJRS negou provimento ao apelo defensivo, mantendo incólume a r. sentença condenatória.

No especial obstaculizado (e-STJ, fls. 170-178), a defesa alega violação do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, sustentando que a ausência de apreensão e perícia da arma impossibilita a configuração da majorante. Aduz, ainda, que a fração de 3/8 foi fixada somente baseada no critério quantitativo, apontando a Súmula 443 deste Superior Tribunal de Justiça.

Sustenta, ainda, a irretroatividade da nova redação dada ao artigo 157 do CP pela Lei no 13.654 de 2018.

O apelo nobre não foi admitido pelo TJRS, com fundamento no enunciado das Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal por ausência de prequestionamento a respeito da irretroatividade da Lei n. 13.654/2018; e na Súmula 83 deste Superior Tribunal de Justiça quanto à desnecessidade de apreensão do artefato para a aplicação da qualificadora de emprego de arma de fogo e quanto à justificativa para a fixação da fração de 3/8 decorrente das majorantes.

Requer o acolhimento do agravo a fim de que seja admitido e provido o apelo raro.

Em parecer (e-STJ, fls. 240-242), o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do agravo.

É o relatório.

A par dos fundamentos declinados pelo Tribunal de origem por ocasião do juízo de admissibilidade ali realizado, constata-se que, de fato, o recurso especial interposto não merece seguimento.

Inicialmente, quanto à alegação de irretroatividade da nova redação dada ao artigo 157 do CP pela Lei no 13.654 de 2018, verifica-se matéria não foi objeto de qualquer deliberação pela Corte de origem, não tendo havido sequer oposição de embargos declaratórios para manifestação da instância *a quo*, estando patente a ausência de prequestionamento sobre o tema.

Assim, não tendo sido a tese abordada no apelo nobre submetida e

debatida na instância ordinária, mostra-se inviável a sua análise nesta via especial, ante os óbices das Súmulas ns. 282 e 356 do STF, que impedem o conhecimento de matéria não prequestionada por este Tribunal Superior.

A propósito:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. 1) VIOLAÇÃO AO ART. 359 DO CÓDIGO PENAL - CP. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 320 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. INVIABILIDADE DE CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. 2) DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO DEMONSTRADO. ACÓRDÃO PARADIGMA DO MESMO TRIBUNAL. SÚMULA 13 DO STJ. ACÓRDÃO PARADIGMA DE OUTRO TRIBUNAL. MERA TRANSCRIÇÃO DE EMENTA. 3) EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL E DESPROVIDO.

1. Conforme Súmula 320 do STJ, "a questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento".

1.1. No caso em tela, a questão da atipicidade da conduta em face do art. 359 do CP foi analisada apenas no voto vencido de julgamento proferido em embargos de divergência, o que não configura o prequestionamento.

1.2. O requisito do prequestionamento deve estar preenchido para possibilitar o conhecimento da questão e seu julgamento de mérito, inclusive quando se tratar de matéria de ordem pública.

1.3. Não cabe a análise de habeas corpus de ofício para superar óbice de conhecimento do recurso especial. Cabe destacar que o prequestionamento também é requisito para conhecimento de habeas corpus.

2. Conforme Súmula 13 do STJ, "a divergência de julgados do mesmo Tribunal não enseja recurso especial".

2.1. Ainda, a transcrição de ementa de julgado de outro Tribunal não é suficiente para configurar dissídio jurisprudencial.

3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental e desprovidos.

(AgRg no REsp 1525417/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2018, DJe 14/11/2018, grifou-se)

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ALEGADA NULIDADE NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 356/STF. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O prequestionamento constitui requisito de admissibilidade do recurso especial, ainda que se trate de matéria de ordem pública. 2. Ainda que a violação de lei federal ocorra no julgamento do acórdão recorrido, é indispensável a oposição de embargos de declaração para que o Tribunal de origem se manifeste sobre a tese jurídica que se pretende suscitar no recurso especial.

3. Agravo regimental improvido.

(AgInt no REsp 1677791/GO, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 12/09/2018)

No que tange à pretensão de exclusão da majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, por ausência de apreensão e perícia da arma de fogo utilizada pelo acusado, colhe-se do acórdão de origem o seguinte excerto (e-STJ fl. 156):

[...]

Diante deste panorama, evidenciada a autoria do delito, assim como que foi efetuado com o emprego de arma de fogo. Esta, por sua vez, impediu a reação da vítima, permitindo que os agentes subtraíssem a res.

Embora a arma de fogo não tenha sido apreendida, isso desimporta ao reconhecimento da majorante do emprego de arma.

Importa é que esta foi utilizada, como declarado pela vítima, sempre coerente em seu depoimento, sendo irrelevante o fato de não ter sido apreendida e periciada quanto à potencialidade lesiva.

Denota-se do trecho transcrito acima que o posicionamento adotado pela instância de origem está em conformidade com a jurisprudência firmada por esta Corte Superior nos casos em que a arma não foi apreendida e periciada e, via de consequência, comprovado o seu efetivo poder vulnerante. A questão findou dirimida neste Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do EResp n. 961.863/RS, pela sua Terceira Seção, Rel. 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. 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)

Com efeito, por se encontrar o acórdão recorrido em consonância com jurisprudência firmada nesta Corte, a pretensão do agravante esbarra no óbice previsto no Enunciado n.º 83 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, também aplicável ao recurso especial interposto com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional.

Por derradeiro, no que concerne à fração de aumento da pena operada na terceira fase da dosimetria, a Corte estadual assentou (e-STJ fl. 160):

[...]

Na terceira fase, as majorantes do emprego de arma e do concurso de agentes provocaram o aumento de 3/8 da pena. No ponto, tendo em vista que o delito foi perpetrado por dois agentes, cada um deles empregando arma de fogo a fim de garantir a grave ameaça para o cometimento da ação, se tratando de armas comuns, entendo que o acréscimo não pode ser o mínimo legal de 1/3, mas os 3/8 antes referidos, pois melhor representam a proporcionalidade na reprovação da conduta e aplicação da pena diante do caso concreto.

Da compreensão do fragmento extraído, constata-se que a Corte recorrida estabeleceu a fração de aumento no patamar de 3/8 (três oitavos) em razão da quantidade de envolvidos na empreitada criminosa (dois roubadores), assim como pelo porte de arma de fogo (por todos os agentes e de forma ostensiva).

Ao assim decidir, infere-se que o acórdão vergastado se alinha ao entendimento propalado por este Tribunal Superior sobre o assunto, no sentido de que a exasperação na terceira fase do cálculo da pena, em patamar superior ao mínimo, pode ser realizada mediante fundamentação concreta, apta a demonstrar a maior gravidade da conduta perpetrada.

Nessa direção:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE PESSOAS E EMPREGO DE ARMA DE FOGO. DOSIMETRIA DA PENA NA TERCEIRA FASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DO STJ. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MENOS GRAVOSO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. O STJ consagrou o entendimento de que "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

443/STJ).

4. Embora se trate de caso limítrofe, os juízos ordinários, ao fazerem menção ao **emprego de várias armas** e ao **concurso de três agentes** na prática do roubo, **fundamentaram devidamente a aplicação de fração superior à mínima legal, na terceira fase da dosimetria da pena**, razão pela qual não se verifica afronta ao teor do referido verbete sumular n. 443/STJ. Relator vencido quanto a esse ponto.

[...]

(HC 343.564/RJ, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, DJe 08/08/2016)

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. **ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. SEGUNDA FASE. CONFISSÃO PARCIAL. COMPENSAÇÃO ENTRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE. MATÉRIA PACIFICADA NO ERESP N. 1.154.752/RS. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DE APREENSÃO. UTILIZAÇÃO DEMONSTRADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. POSSIBILIDADE. AUMENTO DA PENA EM FRAÇÃO SUPERIOR AO MÍNIMO DE 1/3. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DO STJ. NÃO APLICAÇÃO. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.**

[...]

- Nos termos do enunciado n. 443 da Súmula do STJ, 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.

- Na hipótese, **o aumento da pena em fração superior ao mínimo, em razão da incidência de duas majorantes, decorreu de peculiaridades concretas do crime** - quatro agentes envolvidos na empreitada criminosa, com emprego de arma de fogo. Em tais condições, fica afastada a aplicação do enunciado n. 443 da Súmula desta Corte.

[...]

(HC 356.068/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 21/06/2016)

Por tais razões, **conhece-se do agravo para conhecer em parte do recurso especial e, nessa extensão, negar-lhe provimento**, nos termos do artigo 253, parágrafo único, inciso II, alíneas "a" e "b", do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Publique-se e intime-se.

Brasília (DF), 1º de fevereiro de 2019.

Ministro Jorge Mussi
Relator

