AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.398.305 - MG (2018/0303103-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
AGRAVANTE	:	J S DE S
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DECISÃO

JUCIANO SOARES DE SOUZA agrava de decisão que inadmitiu o recurso especial, fundado no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, interposto contra acórdão do **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais** nos Embargos Infringentes na Apelação n. 1.0693.11.001386-1/002.

Depreende-se dos autos que o agravante foi condenado a **7 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão**, **em regime fechado**, mais multa, pela prática do delito descrito no **art. 157, § 2º, I, do Código Penal** (fls. 136-142).

A Corte de origem deu provimento à apelação do réu, para afastar a qualificadora do emprego de arma de fogo e reduzir a pena imposta (fls. 207-222).

O Ministério Público estadual opôs **embargos infringentes, os quais foram parcialmente providos, a fim de restabelecer a tipificação** da primeira instância e redimensionar a reprimenda para **6 anos e 6 meses de reclusão** (fls. 252-259).

Nas razões do recurso especial, a defesa aponta violação do art. 157, § 2º, I, do Código Penal. Alega que **a arma supostamente utilizada na infração não foi apreendida nem periciada** para comprovar a potencialidade lesiva e que, por isso, deve ser extirpada a quantidade de reprimenda relativa a essa majorante (fls. 267-282).

Requer o provimento do recurso, com o objetivo de que seja **reduzida a pena.**

O recurso especial foi inadmitido durante o juízo prévio de

admissibilidade realizado pelo Tribunal local (fls. 298-300), devido ao óbice da Súmula n. 83 do STJ, o que ensejou a interposição deste agravo (fls. 303-307).

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 322-324, pelo não provimento do agravo.

Decido.

O agravo é tempestivo e infirmou os fundamentos da decisão recorrida, razões pelas quais conheço do recurso e passo à análise da impugnação.

I. Apreensão e perícia da arma de fogo – desnecessidade

Quanto à incidência da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, nas hipóteses em que a arma não foi apreendida nem periciada e, via de consequência, não foi comprovado o seu efetivo poder vulnerante, 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 empregada no crime de roubo, desde que seja comprovada a sua utilização por outros meios de prova**.

Vale dizer, nas situações em que não forem possíveis a apreensão e a perícia da arma para a prova do seu efetivo potencial de lesividade, como na hipótese, mostra-se devida a incidência da majorante, quando existirem nos autos elementos de prova que confirmem a sua utilização na prática do delito, **exatamente como consignado pela instância antecedente**, **que destacou a palavra da vítima.** Cito, por oportuno, o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal, que bem sintetiza a matéria:

> [...]
> I - **Não se mostra necessária a apreensão e perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar o seu potencial lesivo, visto que tal qualidade integra a própria natureza do artefato**.
> II - Lesividade do instrumento que se encontra *in re ipsa.*
> III - **A qualificadora do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, pode ser evidenciada por qualquer meio de prova, em especial pela palavra da vítima** - reduzida à

> impossibilidade de resistência pelo agente - ou pelo depoimento de testemunha presencial.
> IV - Se o acusado alegar o contrário ou sustentar a ausência de potencial lesivo da arma empregada para intimidar a vítima, será dele o ônus de produzir tal prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal.
> V - A arma de fogo, mesmo que não tenha o poder de disparar projéteis, pode ser empregada como instrumento contundente, apto a produzir lesões graves.
> VI - Hipótese que não guarda correspondência com o roubo praticado com arma de brinquedo.
> VII - Precedente do STF.
> VIII - Ordem indeferida. (**HC n. 96.099/RS**, Rel. Ministro **Ricardo Lewandowski**, Tribunal Pleno, DJe 5/6/2009, grifei)

No caso, o Tribunal de origem, ao restabelecer a incidência da majorante do emprego de arma de fogo, ressaltou (fl. 255, destaquei):

> [...]
> Noutro norte, **deve ser mantida a majorante do emprego de arma de fogo.**
> A despeito deste relator já ter se posicionado no sentido de decotar a majorante emprego de arma de fogo quando esta não era apreendida ou periciada, com o fim de comprovar a real potencialidade lesiva do artefato, após debruçar sobre o tema, chegou a conclusão diversa.
> **Com as recentes decisões preferidas pelo eg. Superior Tribunal de Justiça, curvo-me ao posicionamento nele adotado e decidido por maioria de seus membros, eis que para configurar a majorante emprego de arma de fogo não é necessária a apreensão e perícia da arma utilizada no crime, devendo ser valoradas outras provas, dentre elas a palavra da vítima.**
> Ademais, conforme se verifica do voto da i. Desembargadora Revisora Maria Luíza Marilac, a prova testemunhal é clara no sentido de que o embargante utilizou-se de arma de fogo para o sucesso da empreitada criminosa.
> **Em suma, embora a arma utilizada para a prática do delito não tenha sido apreendida e periciada, existem outras provas a comprovar a sua utilização, quais sejam, palavras da vítima e as testemunhas presenciais.**

Portanto, o entendimento esposado pelo Tribunal de origem – manutenção da causa de aumento de pena em razão do emprego de arma de fogo – está em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior.

II. Execução imediata da pena

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.

III. Dispositivo

À vista do exposto, **conheço do agravo** para, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC, c/c o art. 253, parágrafo único, II, "b", parte final, do RISTJ, **negar provimento ao recurso especial**.

Determino o envio de cópia dos autos ao Juízo da condenação para a imediata execução da pena imposta caso o agente não a esteja cumprindo atualmente.

Em tempo, corrija-se a autuação, para que conste o nome do recorrente por extenso, haja vista que, na espécie, não há motivo legal para a ocultação da identidade do réu.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 14 de fevereiro de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**