RECURSO ESPECIAL Nº 1.788.541 - SP (2018/0335014-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
RECORRENTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO	:	FERNANDO ANTONIO DE ALMEIDA (PRESO)
ADVOGADOS	:	RONALDO ORTIZ SALEMA - SP193475
		GERSON LISBOA JUNIOR - SP262065
RECORRIDO	:	LUCAS GONCALVES FERREIRA (PRESO)
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO	:	CESAR AUGUSTO SILVA DE ALMEIDA (PRESO)
ADVOGADO	:	SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS - SE000000M

EMENTA

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO. CAUSA DE AUMENTO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PERÍCIA. PRESCINDIBILIDADE. COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS DE PROVA. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL. ANÁLISE DO ARTIGO 33, § 2º, ALÍNEA **B**, E § 3º, DO CÓDIGO PENAL. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. **QUANTUM** DE PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. SÚMULAS 440/STJ, 718 E 719/STF. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **c**, da Constituição da República, contra o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal de Justiça daquele Estado (fl. 397-402).

Nas razões do recurso especial, o **Parquet** sustenta divergência jurisprudencial, quanto à incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, ao argumento de que o v. acórdão recorrido não poderia ter condicionado sua aplicação à realização de perícia para aferição de seu potencial lesivo.

Alega ainda que, provido o recurso para reconhecer a incidência da majorante do uso de arma, deve ser restabelecido o regime inicialmente fechado para cumprimento da reprimenda, em razão das peculiaridades do caso

concreto.

Apresentadas as contrarrazões (fl. 492-499), o recurso foi admitido na origem e os autos ascenderam a esta eg. Corte de Justiça.

O Ministério Público Federal apresentou parecer pelo **provimento** do recurso especial (fls. 377-380).

É o relatório.

Decido.

Depreende-se dos autos que os recorridos foram condenados, em primeiro grau, às penas de 6 (seis) anos e 5 (cinco) meses de reclusão, em regime fechado, como incursos nas sanções do art. 157, § 2º, incisos I e II, por duas vezes, na forma do art. 70, **caput**, ambos do Código Penal.

Em segunda instância, o eg. Tribunal **a quo** decotou a causa especial de aumento de pena indicada no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, em razão de não ter havido perícia na arma para a aferição de seu potencial lesivo, reduzindo a pena final aplicada aos recorridos para 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, além de 26 (vinte e seis) dias-multa.

Trago à colação excerto do que ficou consignado no v. acórdão reprochado, **verbis** (fls. 400-402):

"Na dosimetria, entretanto, há de se fazer reparos na causa de aumento de pena atinente ao emprego de arma de fogo, que merece ser afastada.

Isso, pois não houve a apreensão do objeto, o que impossibilitou a sua submissão a exames técnicos periciais e, por conseguinte, a aferição da potencialidade lesiva ou do poder vulnerante, imprescindíveis para o reconhecimento da causa majorante.

Ora, veja-se que sem o laudo atestando a potencialidade lesiva não é possível classificar o artefato usado pelo autor do crime como arma, pois esta é "não só o instrumento especificamente apto a ferir ou produzir dano em uma pessoa, mas também qualquer outro objeto que, uma vez transmudado de sua utilização normal, se converta em instrumento contundente. Assim, para conceituar este objeto como arma, imprescindível

que ele tenha maior capacidade de ferir, o que não é possível mensurar sem a apreensão e submissão à análise pericial, salvo se algum disparo tivesse ocorrido no local.

Note-se que, caso fosse apreendido o objeto e, submetido a exame, identificado como um mero simulacro, fatalmente seria afastada a causa de aumento, exatamente pela falta de potencialidade, criando-se, assim, uma injusta situação neste caso.

Assim, afastava o afastamento da causa de aumento prevista no artigo 157, §2º, inciso I, do Código Penal.

Ante o afastamento, reduzo as penas, já considerando o acréscimo oriundo do crime formal, para 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, além de 26 (vinte e seis) dias-multa."

No que tange à alegada divergência jurisprudencial quanto à aplicação do inciso I do § 2º do art. 157, do Código Penal, registro que o entendimento da Terceira Seção deste eg. Tribunal Superior é no sentido da **prescindibilidade da apreensão e perícia da arma de fogo** para a incidência da majorante, desde que evidenciada sua utilização por outros meios de provas, tais como a palavra da vítima ou o depoimento de testemunhas, como é o caso dos autos.

Nesse sentido, colaciono os seguintes acórdãos:

> *"RECURSO ESPECIAL. ROUBO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA SANÇÃO CORPORAL. PENA-BASE. POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÕES ANTERIORES. DIFERENTES ETAPAS DA DOSIMETRIA. PROCESSOS DISTINTOS. POSSIBILIDADE.*
>
> *1. Na hipótese em tela, a Corte estadual afastou a possibilidade de se utilizar uma das condenações anteriores com trânsito em julgado para valorar negativamente os antecedentes na fixação da pena-base, por entender que as condenações anteriores só poderiam ser utilizadas para majorar a sanção na segunda fase da dosimetria, pela reincidência.*
>
> *2. A jurisprudência deste Sodalício orienta-se no sentido de que a existência de diversas condenações definitivas autoriza o reconhecimento da reincidência, assim como a exasperação da pena-base, mediante valoração negativa dos antecedentes do réu, uma vez que os fatos utilizados para a exasperação de pena-base não são os mesmos que autorizam a*

majoração na etapa seguinte.

CAUSA DE AUMENTO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. POTENCIALIDADE LESIVA. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E DE EXAME PERICIAL. DESNECESSIDADE. OUTROS MEIOS DE PROVA. EXISTÊNCIA. EFETIVO EMPREGO DO OBJETO. LESIVIDADE QUE INTEGRA A PRÓPRIA NATUREZA. PROVA EM SENTIDO CONTRÁRIO. ÔNUS DA DEFESA. PRECEDENTE DA TERCEIRA SEÇÃO. ILEGALIDADE AFASTADA.

1. Consoante entendimento firmado pela Terceira Seção deste Tribunal Superior, para o reconhecimento da causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, mostra-se dispensável a apreensão do objeto 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 961.863/RS).

2. O poder vulnerante integra a própria natureza do artefato, sendo ônus da defesa, caso alegue o contrário, provar tal evidência. Exegese do art. 156 do CPP.

3. Recurso especial provido." (REsp 1753453/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe 29/10/2018)

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. I) AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL QUE NÃO ATACOU OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ. II) VIOLAÇÃO DO ART. 93, IX, DA CRFB/1988. NÃO CABIMENTO. OFENSA A DISPOSITIVOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO ENSEJA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL. III) MALFERIMENTO DO ART. 155 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO BASEADA TAMBÉM EM PROVAS JUDICIALIZADAS. PLEITO ABSOLUTÓRIO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. IV) NEGATIVA DE VIGÊNCIA DO ART. 157, § 2º, I, DO CP. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO DE ACORDO CO ENTENDIMENTO DO STJ. SÚMULA Nº 568/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Não se conhece do agravo em recurso especial que não tenha impugnado especificamente todos os fundamentos da decisão recorrida.

2. A análise de matéria constitucional não é de competência desta Corte, mas sim do Supremo Tribunal Federal,

> *por expressa determinação constitucional.*
>
> *3. Para dissentir do entendimento do Tribunal de origem, que soberano na análise das circunstâncias fáticas da causa e com base em provas judicializadas manteve a condenação do recorrente, seria inevitável o revolvimento do acervo fático e probatório, procedimento vedado em sede de recurso especial. Súmula 7/STJ.*
>
> *4. "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" (EREsp 961.863/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).*
>
> *5. Agravo regimental a que se nega provimento."* (AgRg no AREsp 1286741/PI, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe 02/08/2018)

Dessa forma, estando o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal **a quo** em desconformidade com o entendimento desta Corte de Justiça quanto ao tema, incide, no caso o enunciado da Súmula n. 568/STJ, **in verbis**: "*O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema.*"

Portanto, deve ser reconhecida a incidência da majorante do uso de arma de fogo, restabelecendo-se o **quantum** de pena fixado na sentença condenatória, qual seja, **6 (seis) anos e 5 (cinco) meses de reclusão**.

Quanto ao **regime inicial de cumprimento de pena**, insta consignar que a jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que o deferimento do regime semiaberto se dá desde que preenchidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, **b**, e § 3º, c/c o art. 59 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) e a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

In casu, colhe-se do v. acórdão recorrido (fl. 402):

"O regime inicial, considerando a primariedade de todos os agentes e a ausência de elementos do art. 59, do Código Penal, que justificariam maior rigor, deve ser o semiaberto, conforme disposto no art. 33, §§ 2° e 3° do Código Penal."

Verifica-se da leitura do v. acórdão, que os recorridos são primários, as circunstâncias foram consideradas favoráveis e a pena-base não ultrapassou o mínimo legal.

Diante desse contexto, forçoso reconhecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda.

Colaciono, oportunamente, alguns julgados proferidos pelo col. **Supremo Tribunal Federal** que ratificam esse entendimento:

> *"Habeas corpus. 2. Roubo majorado pelo emprego de arma de fogo e pelo concurso de agentes (art. 157, § 2º, incisos I e II do CP). Condenação. Regime inicial fechado. 3. Pedido de fixação de regime semiaberto. Possibilidade: primariedade do agente; circunstâncias judiciais favoráveis (pena-base fixada no mínimo legal); e fundamentação inadequada (gravidade in abstrato do delito). 4. A jurisprudência do STF consolidou o entendimento segundo o qual a hediondez ou a gravidade abstrata do delito não obriga, por si só, o regime prisional mais gravoso, pois o juízo, em atenção aos princípios constitucionais da individualização da pena e da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, deve motivar o regime imposto observando a singularidade do caso concreto. 5. Aplicação das Súmulas 718 e 719. 6. Decisão monocrática do STJ. Ausência de interposição de agravo regimental. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena"* (HC n. 119.287/SP, **Segunda Turma**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, DJe de 14/5/2014).

> *"HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO (ART. 157, § 2º, INCISOS I E II). FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. 1. A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da*

pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrárias, nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores. 2. A imposição do regime menos gravoso não está condicionada somente ao quantum da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, conforme expressa remissão do art. 33, § 3º, do mesmo diploma legal. 3. Fixação do regime de cumprimento da pena lastreada na gravidade abstrata do delito. 4. Condenação à pena superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) anos, reincidência inexistente e a análise favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal na sentença, preenchem os requisitos legais para a fixação do regime inicial semiaberto (art. 33, § 2º, b, e § 3º, do CP). 5. Ordem concedida" (HC n. 118.930/SP, **Primeira Turma**, Relª. Minª. **Rosa Weber**, DJe de 21/11/2013).

No mesmo sentido, os seguintes precedentes prolatados no âmbito do **Superior Tribunal de Justiça**:

"HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Compete ao juiz natural da causa indicar, à luz do artigo 33 do Código Penal, motivadamente, qual o regime inicial para o cumprimento da reprimenda, não sendo possível coarctar-lhe a consideração de fatores que, associados e complementares à dogmática penal, indiquem como necessária, para o alcance dos fins da pena, a imposição de regime mais gravoso do que indicaria a mera correspondência da quantidade da pena à previsão legal.

2. ***A fixação do regime inicial fechado teve fundamentação inidônea, visto que, apesar da primariedade da condenada, das circunstâncias judiciais favoráveis e do quantum de pena (5 anos e 4 meses de reclusão), o regime carcerário inicial foi estabelecido com base na gravidade abstrata do delito, em afronta aos enunciados das Súmulas n. 440 do STJ e n. 718 e 719 do STF.***

3. Na hipótese dos autos, tanto na sentença quanto

no acórdão, a imposição do regime prisional fechado está motivada na gravidade abstrata do delito e em erro quanto à premissa sobre a qual se desenvolveu a motivação judicial, qual seja, o emprego de arma de fogo, haja vista ter sido o roubo cometido com uso de uma faca.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime inicial semiaberto ao paciente" (HC n. 278.204/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 18/9/2014, grifei).

"RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DUAS MAJORANTES. ACRÉSCIMO SUPERIOR À FRAÇÃO MÍNIMA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA SEM FUNDAMENTO CONCRETO. CRITÉRIO NUMÉRICO. ENUNCIADO N. 443 DA SUMULA DO STJ. REGIME PRISIONAL INICIAL. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME INICIAL SEMIABERTO. VERBETE N. 440 DA SÚMULA DO STJ.

1. Consoante jurisprudência consolidada no âmbito desta Corte Superior, é ilegal o aumento da pena com fundamento apenas na quantidade de majorantes do crime de roubo, sem qualquer fundamentação concreta. Súmula n. 443 do STJ.

2. ***É inidônea a fixação de regime inicial mais severo com apoio apenas na opinião em abstrato do julgador quanto ao crime em apreço, sobretudo quando o apenado é primário e a pena-base não vai além do mínimo legal, como na espécie. Súmula n. 440 do STJ.***

3. Recurso especial provido para reduzir a pena corporal para 5 anos e 4 meses de reclusão e fixar o regime inicial semiaberto" (REsp n. 1.409.857/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 19/8/2014, grifei).

Tal entendimento encontra-se, inclusive, sumulado, conforme se depreende dos enunciados n. **718** e **719** da Súmula/STF, e n. **440** da Súmula/STJ, os quais transcrevo a seguir, respectivamente:

"A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada."

"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a

pena aplicada permitir exige motivação idônea."

"Fixada 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."

Dessarte, considerando que a pena final aplicada não ultrapassa oito anos, que os recorridos são primários, e que a penas-bases foram fixadas no mínimo legal, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º do CP, o regime adequado ao caso é o **semiaberto**.

Ante o exposto, com fulcro no art. 255, § 4º, incisos II e III, do Regimento Interno do STJ, **dou parcial provimento** ao recurso especial, para restabelecer a pena corporal em **6 (seis) anos e 5 (cinco) meses de reclusão**, mas manter o **regime semiaberto** para o início do desconto da reprimenda.

P. e I.

Brasília (DF), 19 de fevereiro de 2019.

Ministro Felix Fischer
Relator