AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.443.366 - RS (2019/0039408-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE	:	GILMAR DE AZEVEDO MEIRELLES JUNIOR (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 interposto por GILMAR DE AZEVEDO MEIRELLES JÚNIOR em adversidade à decisão que inadmitiu recurso especial manejado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, cuja ementa é a seguinte (e-STJ fls. 234/235):

> *APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA E PELO CONCURSO DE AGENTES. PROVA. CONDENAÇÃO MANTIDA. PLEITO DEFENSIVO DE AFASTAMENTO DAS MAJORANTES DESACOLHIDO. A materialidade e a autoria restaram suficientemente comprovadas pela prova produzida nos autos. O réu foi preso em flagrante, tripulando o veículo subtraído, logo após o roubo (auto de apreensão da fl. 98), assim como foi reconhecido pessoalmente pela vítima, sem nenhuma dúvida, em sede policial (fl. 23), o que foi confirmado em juízo (mídia da fl. 100), quando ressaltou, inclusive, em suas declarações, que conseguiu visualizar bem o rosto de GILMAR, que se aproximou do automóvel, pela frente, e o abordou pela sua esquerda. Ainda, os dois policiais militares, referiram que foram informados, pela sala de operações da BM, do roubo, passando a fazer buscas e, logo após, visualizaram o automóvel tripulado por dois agentes, quando iniciaram a perseguição. Na sequência, o automóvel parou, oportunidade em que os indivíduos empreenderam fuga, sendo o acusado preso no interior do valão. Portanto, evidente a autoria do delito, assim como que foi efetuado em concurso de pessoas. A vítima foi contundente em relatar a ação de duas pessoas e sabido é que, para se caracterizar o concurso de pessoas, desnecessário se faz o ajuste prévio entre os agentes, bastando a adesão de um à conduta do outro, mesmo que essa ocorra durante a empreitada delituosa. Por outro lado, também bem delineado o uso do artefato bélico, considerando a palavra da vítima, que, embora não tenha conseguido olhar diretamente para a arma, foi sempre uníssona, em suas declarações, ao afirmar o emprego do*

> *artefato. E, não obstante o artefato bélico não tenha sido apreendido, isso desimporta ao reconhecimento da majorante, conforme entendimento sedimentado neste órgão fracionário. Interessa, na verdade, é que a arma tenha sido utilizada, como declarado pela vítima, sendo evidente a sua potencialidade lesiva, causando temor. Condenação mantida. PENA. DOSIMETRIA. REDIMENSIONAMENTO. REDUZIDA A PENA BASE. RECONHECIDA A ATENUANTE DA MENORIDADE, QUE DEVE PREPONDERAR QUANTO À AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. DIMINUÍDO O ÍNDICE DE AUMENTO EFETUADO PELAS MAJORANTES. PENA PECUNIÁRIA ARREFECIDA. APELO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO.*

Nas razões do recurso especial (e-STJ fls. 205/214), fundado na alínea "a" do permissivo constitucional, alega a parte recorrente violação do artigo 157, §2º, do CP. Sustenta: (i) o afastamento da causa do emprego de arma, tendo em vista que esta não fora apreendida e periciada; (ii) que não está justificada a aplicação da fração majorante superior a mínimo abstrato, no caso 3/8, uma vez que não houve fundamentação idônea.

Apresentadas contrarrazões (e-STJ fls. 275/285), o Tribunal *a quo* não admitiu o recurso especial (e-STJ fls. 287/299), tendo sido apresentado o presente agravo.

O Ministério Público Federal, instado a se manifestar, opinou pelo não provimento do recurso (e-STJ fl. 344).

É o relatório. **Decido**.

Preenchidos os requisitos formais e impugnado o fundamento da decisão agravada, conheço do agravo.

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 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).

Nessa linha, os seguintes julgados:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. NÃO CONHECIMENTO. ROUBO TRIPLAMENTE MAJORADO E ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO EM CONCURSO FORMAL.[...] RECONHECIMENTO DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO DO ARTEFATO BÉLICO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. ADMISSÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. FRAÇÃO DE AUMENTO PELAS MAJORANTES. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA O INCREMENTO MAIOR DO QUE 1/3. SÚMULA 443/STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
>
> *[...]*
>
> *- A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência n. 961.863/RS, firmou entendimento no sentido de que a incidência da majorante do emprego de arma, prevista no inciso I, do § 2º, do art. 157, do Código Penal (antiga redação), prescinde de apreensão e perícia quando existirem outros elementos de prova que evidenciem a sua utilização no roubo.*
>
> *- No caso, embora a arma de fogo não tenha sido apreendida e periciada, tendo a instância ordinária, com base no acervo probatório, concluído pela sua efetiva utilização, na primeira empreitada criminosa, afigura-se legal a incidência da respectiva majorante.*
>
> *[...]*
>
> - *Habeas corpus não conhecido.* (HC 481.016/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2019, DJe 14/02/2019)

> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL RETRATADA EM JUÍZO. REDUÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. DEPOIMENTO NÃO UTILIZADO COMO FUNDAMENTO DA CONDENAÇÃO. REEXAME DA MATÉRIA FÁTICA VEDADO NA ANGUSTA VIA DO HABEAS CORPUS. ROUBO. CAUSA DE AUMENTO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. DEPOIMENTO DA VÍTIMA E DAS TESTEMUNHAS COMPROVANDO O EMPREGO DO*

ARTEFATO.

[...]

3. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Embargos de Divergência n. 961.863/RS, firmou o entendimento de que é dispensável a apreensão e a perícia da arma de fogo, para a incidência da majorante do § 2º, I, do art. 157 do CP, quando existirem, nos autos, outros elementos de prova que evidenciem a sua utilização no roubo, como no caso concreto, em que há declaração da vítima e das testemunhas atestando o seu emprego.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC 348.277/MS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/02/2019, DJe 26/02/2019)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

2. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência n. 961.863/RS, firmou o entendimento de que é despicienda a apreensão e a perícia da arma de fogo, para a incidência da majorante do § 2º, I, do art. 157 do CP, quando existirem, nos autos, outros elementos de prova que evidenciem a sua utilização no roubo, como na hipótese, em que há farta comprovação testemunhal atestando o seu emprego.

[...]

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 473.161/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 03/12/2018)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. FOLHA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. DOCUMENTO APTO PARA CONFIGURAR A CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL E A REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE CONFIGURADA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL DA REINCIDÊNCIA COM A CONFISSÃO PARCIAL. POSSIBILIDADE. EMPREGO DE ARMA. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. APREENSÃO

> *E REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. DESNECESSIDADE. OUTROS MEIOS DE PROVA. PALAVRA DA VÍTIMA. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
>
> *[...]*
>
> *VII - A Terceira Seção desta Corte, quando do julgamento do EREsp 961.863/RS, firmou o entendimento no sentido de que, para a incidência da causa de aumento relativa ao emprego de arma de fogo, é dispensável a apreensão e realização de perícia no respectivo objeto, desde que comprovada a utilização da arma na prática delituosa por outros meios de prova, como na espécie.*
>
> *Habeas Corpus não conhecido. Ordem parcialmente concedida, de ofício, para compensar integralmente a agravante da reincidência com a atenuante da confissão parcial.* (HC 474.512/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 28/11/2018)

No caso dos autos, o Tribunal *a quo* concluiu que há nos autos provas suficientes de que foram utilizadas armas na conduta criminosa, em especial nos depoimentos colhidos, que relatam detalhadamente como ocorreu o fato delituoso.

Assim, não há se falar em afastamento da majorante do art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, até porque os julgados deste Tribunal são no sentido de que o depoimento das vítimas são elementos idôneos para se aferir a utilização da arma de fogo. Precedentes: HC n. 189.765/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 18/2/2016, DJe 08/3/2016; AgRg no AREsp 484.503/GO, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 18/8/2015, DJe 01/9/2015.

Em relação à fração utilizada para aumentar a pena na terceira fase, o recurso merece prosperar.

O Tribunal *a quo* aplicou o aumento em 3/8, na terceira fase, tendo em vista o ilícito ter sido praticado por meio do uso de arma e concurso de pessoas (art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal), sem qualquer fundamentação.

Ocorre 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* (incidência da Súmula n. 443/STJ).

Diante desse contexto, forçoso reconhecer a ocorrência de ilegalidade, uma vez que o aumento de pena, no presente caso, foi aplicado sem que houvesse a devida fundamentação.

Neste sentido, os seguintes julgados:

> *AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CIRCUNSTANCIADO. SENTENÇA. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO EM RAZÃO DAS MAJORANTES DO CRIME DE ROUBO EM 3/8, SEM FUNDAMENTAÇÃO PARA TANTO. SÚMULA 443/STJ. INCIDÊNCIA. INSURGÊNCIA CONTRA A CONCESSÃO LIMINAR DA ORDEM. ALEGAÇÕES DE INCOMPETÊNCIA, SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA E AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. AFIRMAÇÕES INSUFICIENTES À RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO HOSTILIZADA. TEMA SUMULADO NO ÂMBITO DESTA CORTE. WRIT SUFICIENTEMENTE INSTRUÍDO. PREDOMINÂNCIA DA ANÁLISE DA OFENSA À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO.*
>
> *1. Deve ser mantida a decisão monocrática em que se concede liminarmente a ordem impetrada, quando evidenciado manifesto constrangimento ilegal à liberdade de locomoção.*
>
> *2. A matéria se encontra sumulada no âmbito deste Superior Tribunal, nos termos do Enunciado 443, segundo o qual 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. Tal circunstância autoriza a apreciação do tema em decisão unipessoal, quando evidenciada a suficiente instrução do writ. 3. Verificada a insuficiência de motivação a respeito do mérito do tema, não há falar em reconsideração da decisão atacada.*
>
> *4. Agravo regimental improvido.* (AgRg no HC 482.474/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/02/2019, DJe 11/03/2019)
>
> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO.*

DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. AUMENTO DA PENA. INCIDÊNCIA DE DUAS MAJORANTES. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. SÚMULA N. 443/STJ. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL QUE ELEVOU A PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL (ART. 33, §§ 2º E 3º, CP). WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

III - In casu, a pena foi exasperada, na terceira fase, na fração de 3/8 (três oitavos) em virtude da incidência de duas causas de aumento de pena, levando-se em conta apenas o fato de o crime ter sido cometido mediante emprego de arma e em concurso de agentes. Diante desse contexto, forçoso reconhecer a ocorrência de flagrante ilegalidade, eis que o quantum de aumento de pena foi aplicado sem que houvesse a devida fundamentação, baseando-se apenas no número de majorantes, em desacordo com a orientação firmada na Súmula n. 443/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." (Precedentes).

[...]

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para estabelecer a fração mínima legal de 1/3 (um terço), na terceira fase da dosimetria, em razão das majorantes e fixar a pena do paciente em 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mantido os demais termos da condenação. (HC 481.268/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/02/2019, DJe 19/02/2019)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO MAJORADO. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. TRÊS MAJORANTES. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. UTILIZAÇÃO DE CRITÉRIO MATEMÁTICO (OBJETIVO). IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 443/STJ. RECURSO DESPROVIDO.

1. A presença de mais de uma majorante no crime, ou a gravidade que é inerente a ele, não é causa obrigatória de exasperação da punição em razão acima da mínima prevista, exceto quando o Magistrado, no caso concreto, constate a existência de motivos idôneos que indiquem a necessidade da exasperação.

2. Na espécie, foi levado em conta tão somente o critério matemático para majorar a pena acima do patamar mínimo na

> *terceira fase da dosimetria da pena, ou seja, em razão da configuração de três causas de aumento (emprego de arma, concurso de agentes e restrição da liberdade das Vítimas). Contrariedade ao entendimento consolidado na Súmula n.º 443 desta Corte Superior de Justiça.*
>
> *3. Agravo regimental desprovido.* (AgRg no HC 457.666/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 22/02/2019)

> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA SÚMULA 443/STJ. RECONHECIMENTO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA NA UTILIZAÇÃO DA FRAÇÃO DE 3/8, NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. REDUÇÃO PARA 1/3. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA-BASE NO MÍNIMO. SÚMULAS 440/STJ, 718/STF e 719/STF. AGRAVO IMPROVIDO.*
>
> *- Nos termos do disposto no enunciado n. 443 da Súmula desta Corte, "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 a 1/3 ocorreu em razão da quantidade de majorantes, sem a indicação de fundamentação concreta, a evidenciar a necessidade de aplicação da fração mínima.*
>
> *[...]*
>
> *- Agravo regimental não provido.* (AgRg no HC 472.221/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/12/2018, DJe 13/12/2018)

Assim, evidenciado o constrangimento ilegal, é de ser aplicada a fração mínima de 1/3 na terceira fase da dosimetria da pena em favor do acusado.

Por fim, em relação ao desvalor da personalidade na análise da pena-base, verifica-se a ocorrência de flagrante ilegalidade, sendo necessária a concessão de ofício de *habeas corpus*, no ponto.

A jurisprudência desta Corte firmou entendimento de que,

considerando o princípio da presunção da inocência, inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a reprimenda, seja a título de maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade, nos termos da Súmula n. 444/STJ (*É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base*). Assim, havendo uma condenação provisória e uma denúncia recebida, como afirmado pelo Tribunal *a quo* (e-STJ fl. 251), a reprimenda não pode ser exasperada, por este motivo.

Passo a refazer a dosimetria da pena do acusado, mantidos os critérios da Corte de origem.

Na primeira fase, em razão do desvalor das circunstâncias do crime, fixo a pena-base em 4 anos e 8 meses de reclusão e 11 dias-multa. Na segunda fase, como decidido pela Corte de origem, aumenta-se a pena em 1 ano, em razão da reincidência, e diminui-se em 1 ano e 2 meses, pela atenuante da menoridade, ficando em 4 anos e 6 meses de reclusão e 10 dias-multa. Na terceira fase, em razão do art. 157, § 2º, incisos I e II, do CP, majoro a pena em 1/3, restando em 6 anos de reclusão e 13 dias-multa.

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, inciso V, alínea "a", do CPC, c/c o art. 253, parágrafo único, inciso II, alínea "c", do RISTJ e na Súmula 568/STJ, **conheço** do agravo para **dar provimento parcial** ao recurso especial para aplicar a fração mínima de 1/3 na terceira fase da dosimetria e **concedo a ordem de *habeas corpus*** para reduzir a pena-base, redimensionando a pena do acusado para 6 anos de reclusão e 13 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

Publique-se. Intime-se.

Brasília (DF), 02 de abril de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator