

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.756.941 - RS (2018/0192196-9)**

**RELATORA** : MINISTRA LAURITA VAZ  
**RECORRENTE** : JONATHAN BUENO RIBEIRO  
**ADVOGADOS** : RAFAEL RAPHAELLI - DEFENSOR PÚBLICO - RS032676  
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
**RECORRIDO** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

**EMENTA**

RECURSO ESPECIAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. USO DE ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E PERÍCIA. ELEMENTOS PROBATÓRIOS DIVERSOS. ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. ANTECEDENTES. INCABÍVEL A UTILIZAÇÃO DE PROCESSO-CRIME AINDA EM CURSO. SÚMULA N.º 444/STJ. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

**DECISÃO**

Trata-se de recurso especial interposto por JONATHAN BUENO RIBEIRO, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, da Constituição da República, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Apelação Criminal n.º 70075107607 – n.º CNJ: 0274875-54.2017.8.21.7000).

Consta dos autos que o Juiz de primeiro grau condenou o Recorrente às penas de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, bem como pagamento de 10 (dez) dias-multa, no patamar mínimo legal, como incurso no art. 157, § 2.º, incisos I e II, do Código Penal (fls. 146-156).

Irresignada, a Defesa interpôs apelação, à qual a Corte de origem negou provimento, nos termos da seguinte ementa (fls. 212-213):

**"APELAÇÃO-CRIME. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. EMPREGO DE ARMA. CONCURSO DE PESSOAS.**

**1. ÉDITO CONDENATÓRIO. MANUTENÇÃO.** Prova amplamente incriminatória. Relatos coerentes e convincentes da vítima descrevendo a forma como o réu, enquanto seus comparsas lhe aguardavam em via pública, aproveitou-se do momento em que a ofendida estava estacionando o veículo na garagem de sua residência - passando por debaixo do portão eletrônico -, e, mediante grave ameaça

*levada a efeito com arma de fogo, subtraiu a 'res', fugindo, em sequência, com os asseclas ignotos (um dos quais passou a dirigir o veículo roubado), reconhecendo o acusado por fotografia na fase policial e, após, no contraditório, pessoalmente. O reconhecimento, na polícia, feito através de fotografia, constitui-se em prova que, apesar de precária, integra tranquilamente o acervo probatório, notadamente quando reafirmado o ato recognitivo, em pretório, por reconhecimento pessoal, como no caso. Relevância da palavra da vítima, em face da natureza do delito, especialmente quando não há qualquer indicativo de que tivesse razões para imputar falsa mente a prática do crime a indivíduo que não conhecia. Negativa de autoria do réu derruída pela prova coligida, segura à condenação. Condenação mantida.*

*2. MAJORANTES. Emprego de arma. À luz do entendimento firmado pelo E. STF e pelo E. STJ, prescindível a apreensão da arma utilizada na prática subtrativa para fins de configuração da majorante, se demonstrado o emprego do artefato por outros elementos de prova. Vítima que disse ter sido ameaçada com uma arma. Versão apta a comprovar que o réu utilizou o artefato como forma de intimidação a fim de reduzir a capacidade de resistência da ofendida, objetivando a subtração da 'res', tanto que esta permitiu, passivamente, o arrebatamento. Desnecessidade de apreensão ou perícia para atestar a lesividade do instrumento. Precedentes dos Egrégios STJ e STF. Adjetivadora mantida. Concurso de Pessoas. Concurso de pessoas demonstrado pela prova oral coligida aos autos, evidenciando a ação conjunta de 3 sujeitos, em clara divisão de tarefas, igualmente relevantes ao êxito da empreitada criminoso. Coautoria configurada. Conjugação de vontades destinadas a um fim comum. Prescindibilidade de prova do prévio ajuste entre os agentes. Majorante confirmada.*

*3. PENA. DOSIMETRIA. Pena-base fixada em 5 anos e 3 meses de reclusão. Circunstâncias mais gravosas do crime, o sentenciante valorando, nesta 1ª fase do processo dosimétrico, uma das majorantes - emprego de arma - o que perfeitamente aceitável por parte da jurisprudência. Ademais, trata-se de delito praticado à luz do dia - 15h30min - logo após a vítima estacionar seu veículo na garagem de sua residência, aproveitando-se do incriminado dos instantes que demorou o portão eletrônico para fechar para lá ingressar, o que bem demonstra que sua conduta extrapolou a gravidade prevista no tipo. Conduta social que não merecia nota negativa, valorado aqui o histórico criminal do réu, porque diz com o papel que representa na sociedade, se tem família, estuda, trabalha etc. Intenção do magistrado que deve ser prestigiada, mas no vetor correto. Acusado que registra 2 processos em andamento, por porte ilegal de arma de fogo com numeração raspada e roubo duplamente majorado, cometidos anteriormente ao presente. Maus antecedentes. Súmula nº 444 do E. STJ que não possuiu efeito vinculante. Embora o magistrado singular não tenha atribuído tom desfavorável à moduladora antecedentes, não há óbice para fazê-lo neste Grau de Jurisdição. Tribunal 'ad quem', que, em recurso exclusivo da defesa, está vinculado ao 'quantum' de pena aplicado, e não aos critérios de fixação*

*dela eleitos pelo sentenciaste. Art. 617, in fine do CPP. Precedentes do E. STJ e do E. STF. Pena-base mantida. NA 2ª FASE, a redução da pena em 3 meses pela atenuante da menoridade não comporta alteração, considerando a maturidade penal do imputado, o qual contava com 20 anos de idade e já ostenta processos em andamento, de mesma natureza do presente, inclusive. Pena definitivada em 6 anos e 8 meses de reclusão (redução em 3 meses, na 2ª fase, pela atenuante da menoridade e exasperação, na última etapa, em 1/3, pela majorante remanescente, assim definitivada, ante a ausência de causas modificadoras outras).*

**4. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. PLEITO MINISTERIAL DE 2º GRAU.** O Plenário da Corte Suprema, a partir do julgamento do HC nº 126.292/SP, de 17.02.2016, posicionou-se pela possibilidade de execução provisória da pena imposta ou ratificada pelo Tribunal 'ad quem', sem que se esteja falar em ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência, considerando que eventuais recursos interpostos após essa fase, além de não serem dotados de efeitos suspensivos, não se prestam a discutir fatos e provas, mas tão somente matéria de direito. Entendimento reafirmado pelo Pretório Excelso na apreciação das liminares pleiteadas nas ADCs nºs 43 e 44 e no julgamento do ARE nº 964.246 RG/SP, com repercussão geral reconhecida. Precedentes do E. STJ e desta Corte. Pleito ministerial de 2º Grau acolhido. Determinado que se dê início à execução da pena imposta, tão logo esgotada a jurisdição ordinária.

**APELO IMPROVIDO. PEDIDO MINISTERIAL DE 2º GRAU ACOLHIDO, DETERMINADO QUE SE DÊ INÍCIO À EXECUÇÃO DAS PENAS, TÃO LOGO ESGOTADA A JURISDIÇÃO ORDINÁRIA."**

Alega o Recorrente, nas razões do apelo nobre, além da existência de dissídio pretoriano, afronta aos arts. 59 e 157, § 2.º, inciso I, do Código Penal; bem como ao art. 617 do Código de Processo Penal.

Sustenta que, nos termos da Súmula n.º 444/STJ, a existência de inquéritos policiais ou ações penais em curso não são fundamentos idôneos para exasperar a pena-base no tocante aos antecedentes.

Afirma que, conquanto o Tribunal *a quo*, examinando recurso da Defesa, tenha reconhecido o equívoco e afastado o desvalor emprestado ao vetorial conduta social, manteve o *quantum* da reprimenda imposta, pois julgou desfavorável ao Réu a circunstância judicial relativa aos antecedentes, o que implicou *reformatio in pejus*.

Pondera que "[...] a caracterização da arma não pode ter por único critério a intimidação à vítima, visto que, sem controvérsia, a grave ameaça é elementar do tipo. Logo, para configuração da majorante, especialmente por tratar-se de lei penal,

*torna-se evidente a indispensabilidade da efetiva comprovação de seu potencial lesivo, posto que existente dúvida acerca deste ponto, o afastamento da mesma é medida de rigor" (fl. 264).*

Apresentadas as contrarrazões (fls. 273-282) e admitido o recurso especial (fls. 284-290), subiram os autos a este Tribunal Superior.

O Ministério Público Federal apresentou parecer (fls. 305-314), opinando pelo desprovimento do recurso especial.

É o relatório.

Decido.

No que diz respeito à majorante do emprego de arma de fogo, o acórdão recorrido, na parte que interessa, está calcado nas seguintes razões de decidir (fls. 227-229; sem grifos no original):

*"A defesa, pretendendo o afastamento da majorante do emprego de arma, argumenta com a inexistência de provas a demonstrar a presença do artefato e não realização de perícia.*

*Não surpreende, de início, que a arma de fogo não tenha sido apreendida, na medida em que o acusado e seus comparsas não foram presos em flagrante, tendo sua prisão preventiva decretada após o seu reconhecimento pela vítima.*

*E os relatos da vítima, prestados nas duas fases de ausculta, são suficientes para demonstrar a presença da majorante, na medida em que a ofendida relatou, desde o princípio, o uso de arma, a qual inclusive teve apontada para si.*

*Assim que, à luz do entendimento consagrado no E. STF e E. STJ, tenho que absolutamente desnecessária a apreensão e laudo atestando o grau de lesividade da arma de fogo para a incidência da majorante, pois que cumpriu o seu objetivo de impedir reação por parte da lesada a partir do momento em que foi exibida.*

*[...]*

*Bem reconhecida, desse modo, a majorante do emprego de arma, devendo ser mantida."*

Verifico que o entendimento da Corte *a quo* está em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, segundo a qual é dispensável a apreensão e a perícia da arma de fogo para a incidência da respectiva causa de aumento de pena no crime de roubo, quando evidenciada a sua utilização no delito por outros meios de prova, tais como a palavra da vítima ou o depoimento de testemunhas.

Nesse sentido:

**"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA DE FOGO. PRESCINDIBILIDADE. USO EVIDENCIADO POR OUTROS MEIOS DE PROVAS.**

1. O entendimento assente na Terceira Seção desta Corte Superior é no sentido da prescindibilidade da apreensão e perícia da arma de fogo para a incidência da majorante no delito de roubo, desde que evidenciada sua utilização por outros meios de provas, tais como a palavra da vítima ou o depoimento de testemunhas, como ocorreu no caso dos autos.

2. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no HC 430.260/MS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe de 26/03/2018.)

**"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO PELO EMPREGO DE ARMA. FALTA DE APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. DEPOIMENTO DA VÍTIMA. EXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS DE PROVA DO EFETIVO USO DA ARMA.**

I - As instâncias ordinárias, apreciando detalhadamente as provas produzidas nos autos, concluíram pela caracterização do delito de roubo majorado. Na hipótese, entender de modo contrário ao estabelecido pelo Tribunal a quo, como pretende o recorrente, demandaria o revolvimento, no presente recurso, do material fático-probatório dos autos, inviável nesta instância, haja vista o óbice da Súmula 7/STJ.

II - A Terceira Seção desta Corte, quando do julgamento do EREsp n. 961.863/RS, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, firmou o entendimento no sentido de que, para a incidência da causa especial de aumento prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, mostra-se prescindível a apreensão e realização de perícia na arma utilizada na prática do crime de roubo, desde que seja comprovada a sua utilização na prática delituosa por outros meios de prova.

Agravo regimental desprovido." (AgRg nos EDcl no AREsp 1.103.432/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/02/2018, DJe de 16/02/2018.)

A propósito da exasperação da pena-base, com fulcro no desvalor atribuído aos antecedentes do ora Recorrente, o Tribunal de origem alicerçou suas conclusões nos seguintes argumentos (fls. 231-234; sem grifos no original):

**"[...] a operadora conduta social não merecia nota negativa,**

*porque diz com o papel que o imputado representa em sociedade, se tem família, estuda, trabalha etc., não tendo sido desabonada.*

*Valorou o sentenciante, nessa vetorial, o histórico criminal do réu E a intenção da sentenciante foi essa, isto é, de fazer repercutir na pena de partida o passado/presente criminoso do indigitado, embora em operadora equivocada.*

*De fato.*

*Conforme certidão de fls. 46/47, o réu registra 2 processos em andamento, por porte ilegal de arma de uso permitido com numeração raspada e roubo duplamente majorado, ambos cometidos antes do delito em apreço, o que, sem dúvida alguma, indica maus antecedentes.*

*No ponto, consigno que não se ignora o teor da Súmula n° 444, editada pelo E. STJ.*

*Não obstante, apesar da força do dispositivo sumular, porquanto representativa de reiteradas decisões naquela Corte, não tem o efeito vinculante, propriamente dito, no sentido de vedar decisões que a contrariem.*

*Está-se, com isso, dando concretude à correta individualização da pena, o art. 59 do CP estabelecendo critérios também subjetivos a tanto, porque aquele que responde a outros processos-crime não deve receber o mesmo apenamento imposto àquele que ainda é neófito no mundo do crime, em observância aos princípios da proporcionalidade e da isonomia.*

*E o fato de a vetorial antecedentes não ter sido valorada negativamente pelo decisor unipessoal não constitui, em absoluto, óbice para fazê-lo nesta sede, conforme iterativamente decido, a partir da interpretação do art. 617, in fine do CPP.*

*O que vincula é o quantitativo final da sanção imposta, e não os fundamentos utilizados para justificá-lo.*

*Decisões recentes do E. STJ e do E. STF vêm admitindo que o Tribunal ad quem mantenha o apenamento impingido na sentença, pelo decisor a quo, embora com base em vetor diverso daquele eventualmente apontado por este último, porquanto as limitações havidas em recurso exclusivo da defesa dizem, tão somente, com o agravamento da sanção aplicada em 1º Grau.*

*[...]*

*De forma que, ainda que afastado o desvalor do vetor conduta social, os remanescentes - antecedentes e circunstâncias -, por sua envergadura justificam a manutenção do apenamento básico - 5 anos e 3 meses de reclusão -, atendendo aos postulados da necessidade e suficiência da pena, à devida prevenção e reprovação do ilícito cometido."*

Todavia, o entendimento adotado pela Corte de origem está em dissonância com a pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual inquéritos policiais e ações penais em andamento não podem ser utilizados como

fundamento para majoração da pena-base, a título de maus antecedentes, má conduta social e personalidade voltada para o crime. Nesse sentido, dispõe a Súmula n.º 444 do Superior Tribunal de Justiça:

*"É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base."*

Nesse sentido:

**"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CONSECUTÓRIOS. REGIME E SUBSTITUIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.**

[...]

3. Uma vez que, na data em que cometido o crime de tráfico de drogas em questão, os processos havidos em desfavor do acusado ainda não registravam a eventual existência de condenação transitada em julgado, não há, ao contrário do que afirmou a Corte de origem, como sopesá-los a título de maus antecedentes, em atenção ao enunciado na Súmula n. 444 desta Corte Superior de Justiça.

[...]

6. Ordem concedida a fim de: a) aplicar em 2/3 a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e, por conseguinte, reduzir a reprimenda do paciente para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 195 dias-multa; b) fixar o regime aberto de cumprimento de pena; c) determinar a substituição da reprimenda por duas restritivas de direitos, a serem escolhidas pelo Juízo das Execuções Criminais, à luz das peculiaridades do caso concreto." (HC 359.813/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe de 22/06/2018.)

**"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. MAUS ANTECEDENTES. SÚMULA 444/STJ. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DO MÉRITO. EMBARGOS REJEITADOS.**

[...]

3. É pacífica a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal no sentido de que inquéritos e processos penais em andamento, ou mesmo condenações ainda não transitadas em julgado, não podem ser negativamente valorados para fins de elevação da reprimenda-base, sob pena de malferimento ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. A propósito, esta é a orientação trazida pelo enunciado na Súmula 444 desta Corte: 'É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base.'

[...]

5. Embargos de declaração rejeitados." (EDcl no HC

170.439/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2018, DJe de 11/04/2018.)

Fixadas essas premissas, passo ao redimensionar as penas impostas ao Recorrente.

a) **1.<sup>a</sup> Fase** – Afastada a valoração negativa do vetor relativo aos antecedentes e fazendo incidir o desvalor atribuído pelas instâncias ordinárias às circunstâncias do crime, fixo a pena-base em 5 (cinco) anos de reclusão;

b) **2.<sup>a</sup> Fase** – Não há agravantes a serem consideradas. Mantida a redução de 3 (três) meses, pela menoridade relativa, conforme fixado na sentença e no aresto objurgado, fica estabelecida a pena intermediária em 4 (quatro) anos e 9 (nove) meses de reclusão; e

c) **3.<sup>a</sup> Fase** – Não há causas de redução de pena a observar. Mantida, porém, a exasperação pelo concurso de agentes no patamar de 1/3 (um terço). Nesse diapasão, fixo a pena definitiva em **6 (seis) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, bem como pagamento de 10 (dez) dias-multa, no mínimo legal, como incurso no delito previsto no art. 157, § 2.º, incisos I e II, do Código Penal.**

Ante o exposto, CONHEÇO e DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso especial para afastar a valoração negativa dos antecedentes do Recorrente e redimensionar a reprimenda aos patamares mencionado nesta decisão.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 02 de abril de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ  
Relatora