AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.330.069 - BA (2018/0177044-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
AGRAVANTE	:	NERIVALDO SILVA SANTOS
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

DECISÃO

Trata-se de agravo de decisão que negou seguimento a recurso especial, interposto com fulcro no art. 105, III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Bahia.

Consta dos autos que o recorrente foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 157, § 2º, I, do Código Penal (roubo majorado), às penas de 5 anos e 4 meses de reclusão, e pagamento de 30 dias-multa, em regime inicial semiaberto, conforme a sentença às fls. 215/233.

Irresignada a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi desprovido, nos termos do acórdão assim ementado (fl. 413):

> *APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. NÃO ACOLHIMENTO. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS COMPROVADAS. PLEITO DESCLASSIFICATÓRIO PARA TENTATIVA. IMPROVIMENTO, EM RESPEITO À SÚMULA 582/STJ. DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO SIMPLES. INCABÍVEL. PRESENTE GRAVE AMEAÇA EXERCIDA COM EMPREGO DE ARMA. REDUÇÃO DA PENA BASE AO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE, DIANTE DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. INVIABILIDADE. INALTERADOS MOTIVOS QUE DETERMINARAM A PRISÃO. RECURSO IMPROVIDO.*

No recurso especial a defesa alega violação dos arts. 158, 386, VII, do Código de Processo Penal, 14, II, 33, § 2º, "c", 59, 155 e 157, § 2º, I, do Código Penal, 112 da LEP e 5º, LVII, e 93, IX, da CF/88.

Sustenta, em síntese, a insuficiência de provas judiciais para a condenação. Busca a exclusão da causa de aumento pelo uso de arma, pois não apreendida nem periciada a arma. Aduz que não houve violência ou grave ameaça, devendo ser desclassificada a conduta para furto simples. Afirma que não foi consumado o delito por

circunstâncias alheias à vontade do réu, devendo incidir a tentativa. Alega que a pena foi majorada sem fundamentação concreta, pois ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis. Por fim, requer a fixação de regime mais brando pela detração penal e o direito de recorrer em liberdade.

A decisão agravada negou seguimento ao recurso especial pela incidência das Súmulas ns. 7 e 83 do STJ e Súmulas ns. 211 e 284 do STF.

Contraminuta às fls. 487/491, o Ministério Público Federal opina pelo parcial conhecimento do recurso e nessa parte, pelo parcial provimento (fls. 506/520).

É o relatório. Decido.

A irresignação merece parcial provimento.

Com efeito, a pretensão de absolvição ou desclassificação da conduta encontra óbice no enunciado n. 7 da Súmula do STJ, por demandar profundo revolvimento do conteúdo fático-probatório dos autos, o que não se viabiliza em recurso especial. Nessa linha, os seguintes precedentes:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO. TENTATIVA. ABSOLVIÇÃO NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA DA PENA. PREQUESTIONAMENTO. NECESSIDADE. SÚMULA 282/STF. RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *1. Concluindo a Corte Estadual, com base no contexto probatório existente nos autos, acerca da materialidade e autoria atribuídas ao agravante, asseverando que os depoimentos da vítima e dos policiais responsáveis pelo atendimento da ocorrência confirmam a existência dos fatos tal como narrado na denúncia, desconstituir o entendimento proferido pelas instâncias de origem exigiria o reexame do conjunto fático-probatório produzido, inviável na via eleita ante o óbice da Súmula 7/STJ.*
>
> *2. Inviável a análise, por este Sodalício, da alegada falta de fundamentos para a majoração da pena, porque tal questão não foi debatida na origem, incidindo aqui o óbice da Súmula n. 282 do Supremo Tribunal Federal.*
>
> *3. O prequestionamento do tema recursal é imprescindível para a análise do Recurso Especial, inclusive na hipótese de se tratar de matéria de ordem pública.*
>
> *4. Ademais, o magistrado sentenciante apontou elementos idôneos para exasperar a sanção aplicada ao agravante, decorrente da avaliação negativa dos antecedentes criminais.*

> *5. Assim, diante da aptidão dos fundamentos indicados para majorar a pena-base e da proporcionalidade verificada entre o aumento aplicado e a gravidade concreta do delito, não há que se falar em redução da pena por eventual desacerto cometido pelas instâncias antecedentes.*
>
> *6. Agravo improvido* (AgRg no AREsp 1.149.459/CE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 01/08/2018).

> *PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AOS ARTS. 28 E 33, AMBOS DA LEI N.º 11.343/06 E AO ART. 386, VII, DO CPP. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS PARA O DELITO DE POSSE DE ENTORPECENTES PARA CONSUMO PRÓPRIO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. VEDAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.*
>
> *1. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a existência de provas suficientes a absolver, condenar, ou desclassificar a imputação feita ao acusado.*
>
> *2. Agravo regimental a que se nega provimento* (AgRg no AREsp 871.789/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 14.6.2016).

Quanto ao art. 14, II, do Código Penal, os Tribunais superiores adotaram a teoria da *apprehensio*, também denominada de *amotio*, segundo a qual o crime de roubo, assim como o de furto, consuma-se no momento em que o agente se torna possuidor da coisa alheia móvel, pouco importando se por longo ou breve espaço temporal, sendo prescindível a posse mansa, pacífica, tranquila e/ou desvigiada, editando esta Corte, inclusive, a Súmula n. 582, *verbis*:

> *Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida à perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada.*

Nesse sentido, o seguinte precedente desta Corte:

> *PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO E TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO ABSOLUTÓRIO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO*

> *SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. TEORIA DA APPREHENSIO. CONSUMAÇÃO DO DELITO NO MOMENTO DA POSSE DA COISA ALHEIA MÓVEL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 83 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
>
> *[...]*
>
> *2. Os Tribunais superiores adotaram a teoria da apprehensio, também denominada de* amotio*, segundo a qual o crime de roubo, assim como o de furto, consuma-se no momento em que o agente se torna possuidor da coisa alheia móvel, pouco importando se por longo ou breve espaço temporal, sendo prescindível a posse mansa, pacífica, tranquila e/ou desvigiada.*
>
> *Agravo regimental desprovido* (AgRg no AREsp 1.042.361/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe de 9/6/2017).

A dosimetria da pena só pode ser reexaminada em recurso especial quando se verificar, de plano, a ocorrência de erro ou ilegalidade, em flagrante violação do art. 59 do Código Penal, o que não se constata na hipótese. No presente caso, a pena-base do ora agravante foi majorada ante a consideração desfavorável dos antecedentes criminais. Assim, não há se falar em ausência de fundamentação concreta.

Porém, no que tange à exclusão da causa de aumento pelo uso de arma branca (faca), razão assiste ao agravante, contudo, por outro motivo.

Depreende-se nos autos que o crime de roubo foi praticado com o emprego de arma branca (faca).

A Lei n. 13.654/2018 alterou o art. 157 do Código Penal, revogando o inciso I, § 2º, para restringir o aumento de pena à hipótese de a violência ser cometida mediante emprego de arma de fogo.

Assim, tendo em vista que esta Turma entendeu tratar-se de "abolitio criminis *promovida pela lei mencionada e tendo em vista o disposto no art. 5º, XL, da Constituição Federal, de rigor a aplicação da* novatio legis in mellius (*ut*, REsp 1.519.860/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2018, DJe 25/05/2018), deve ser afastada a majorante no caso de roubo praticado mediante uso de arma branca. Porém poderá ser utilizado para aumento da pena-base, quando as circunstâncias do caso concreto assim justificarem.

Desse modo, fixada a pena-base em 4 anos e 8 meses e incidente a confissão, como reconhecida na instância ordinária, ficou a pena em 4 anos. Agora, excluída a causa de aumento (1/3) na terceira fase pelo emprego de arma branca, fixo a

pena em definitivo em 4 anos de reclusão. Mantido o regime semiaberto.

A questão da detração não foi prequestionada, o que atrai a incidência dos verbetes n. 282 e 356 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Quanto ao pedido de recorrer em liberdade, é pacífico nesta Corte o entendimento de que "*a simples interposição de recurso especial, sem a concessão de efeito suspensivo, não obsta a execução provisória da pena privativa de liberdade'* (AgRg no REsp 1.622.920/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 02/05/2018).

Diante do exposto, com fundamento na Súmula n. 568/STJ, dou parcial provimento ao recurso para fixar a pena do agravante em 4 anos de reclusão.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 10 de abril de 2019.

MINISTRO **JOEL ILAN PACIORNIK**

Relator