AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.476.943 - RS (2019/0097725-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE	:	MATHEUS RIBEIRO DE MELO (PRESO)
ADVOGADO	:	KELLY DIAS LARA - RS077112
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

DECISÃO

Trata-se de agravo em face de decisão que inadmitiu recurso especial, mantendo, na íntegra, a sentença que condenou MATHEUS RIBEIRO DE MELO à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais 12 (doze) dias-multa, por infração ao art. 157, §2º, I e II, do Código Penal, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fls. 232/233):

> ***APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO MAJORADO. CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMA DE FOGO. CONDENAÇÃO CONFIRMADA. EXECUÇÃO DA PENA DETERMINADA.***
>
> *1. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. Não se mostra possível a absolvição quando a prova angariada for sólida a identificar o acusado como um dos autores do crime de roubo. Hipótese em que o acusado foi localizado pela polícia Instantes após a subtração do veículo, preso nas ferragens do automóvel, que colidiu com um poste durante a fuga.*
>
> *2. PALAVRA DA VÍTIMA. A palavra da vítima, quando coerente e harmônica com o arcabouço probante, reveste-se de especial relevância, sobrepondo-se à palavra do acusado. Tese pessoal formulada pelo réu de que teria atuado somente como motorista dos assaltantes, que se encontra refutada pelo conjunto da prova oral. Dado que, ademais, não interferiria no juízo condenatório, sendo compartilhável a todos os agentes envolvidos na subtração as circunstâncias objetivas do crime.*
>
> ***3. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. A ausência de apreensão ou de submissão da arma de fogo eventualmente apreendida a peritagem não determina a exclusão da majorante respectiva quando o exame da prova demonstrar que a ameaça ou a violência foi exercida com o seu auxílio. Depoimento do próprio acusado que confirma ter o assalto sido praticado com arma de fogo.***

4. CONCURSO DE AGENTES. Inexistindo dúvidas de que dois indivíduos praticaram a ação nuclear do tipo penal com divisão de tarefas, é irrelevante cogitar se houve ou não concerto prévio para a ação criminosa, bastando a execução compartilhada da conduta.

5. DOSIMETRIA PENAL. A presença de circunstância atenuante, ainda que expressamente reconhecida pelo julgador, não pode conduzir a sanção provisória aquém do mínimo legal. Inteligência da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

6. REGIME CARCERÁRIO. A primariedade do acusado não justifica a inobservância dos critérios abstratos estabelecidos pelo legislador no artigo 33 do Código Penal, em específico diante da gravidade concreta da infração e da notícia de que o apelante, atualmente, responde a outro processo por crime de idêntica estirpe.

7. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. O juízo de incriminaçâo derivado do exame de fatos e de provas insuscetível de reexame na superior instância, porquanto os recursos especiais e extraordinários possuem cognição vinculada à matéria de direito e não ostentam efeito suspensivo. Expedição do mandado de prisão determinada. tão logo certificado o esgotamento da jurisdição ordinária.

APELO DESPROVIDO.

Nas razões do especial, fundado na alínea "a" do permissivo constitucional, o recorrente alega violação dos arts. 157, §2º, I, e 65, III, "d", ambos do Código Penal, diante da não aplicação da atenuante da confissão espontânea, bem como devido ao reconhecimento da majorante relativa ao emprego de arma, sem que a mesma tenha sido devidamente apreendida e periciada.

Pugna, ao final, pelo provimento do recurso, para o fim de aplicar a referida atenuante, afastando, ainda, a majorante do emprego de arma de fogo.

Contra-arrazoado (e-STJ fls. 275/281), o recurso foi inadmitido (e-STJ fls. 291/295), motivando o presente agravo.

Contraminuta às e-STJ fls. 320/323 e manifestação ministerial,

nesta instância, pelo não conhecimento do agravo, em parecer assim ementado (e-STJ fl. 341):

> *Agravo em recurso especial. Roubo majorado. Agravo que não combate especificamente os fundamentos da decisão agravada. Deficiência da fundamentação. Súmula 182/STJ. Parecer pelo não conhecimento do agravo.*

É o relatório. **Decido**.

O agravo é tempestivo e foram impugnados os fundamentos do despacho de inadmissibilidade.

Passo a análise do recurso especial.

No caso, insurge-se a defesa contra o reconhecimento da majorante da arma de fogo, não obstante a ausência de perícia, e contra a não redução da pena-base aquém do mínimo legal devido à presença da atenuante da confissão espontânea.

No que concerne ao afastamento da causa de aumento prevista no art. 157, §2º, I, do Código Penal, disse o Tribunal *a quo* (e-STJ fl. 232):

> *3. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. A ausência de apreensão ou de submissão da arma de fogo eventualmente apreendida a peritagem não determina a exclusão da majorante respectiva quando o exame da prova demonstrar que a ameaça ou a violência foi exercida com o seu auxílio. Depoimento do próprio acusado que confirma ter o assalto sido praticado com arma de fogo. (e-STJ fl. 232)*

O acórdão não destoa da jurisprudência desta Eg. Corte, que, através da Terceira Seção e 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, prescinde de apreensão e perícia quando existirem outros elementos de prova que evidenciem a sua utilização no roubo.

No caso, consta da sentença condenatória que "O lesado narrou

claramente o **emprego de arma de fogo** na empreitada criminosa, classificado pelo legislador como majorante, descabendo falar em sua absorção pela elementar "grave ameaça". Outrossim, o réu admitiu que houve a utilização de artefato na ocasião, ainda que a atribuindo a seu comparsa" (e-STJ fl. 187).

Não há, portanto, que se falar em afastamento da referida majorante.

A propósito do tema, vale destacar os seguintes precedentes:

> *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 1103432/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/02/2018, DJe 16/02/2018)

> *AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ROUBO MAJORADO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS.*

386, III, DO CPP; E 157, § 2º, I E II, DO CP. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO E, SUBSIDIARIAMENTE, DE AFASTAMENTO DAS AGRAVANTES DO EMPREGO DE ARMA E DO CONCURSO DE PESSOAS, ANTE A AUSÊNCIA DE LASTRO PROBATÓRIO. FUNDAMENTOS IDÔNEOS APRESENTADOS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REVISÃO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Quanto ao afastamento do óbice da Súmula 7/STJ, ao contrário do que afirma o agravante, a questão veiculada no recurso especial envolve a análise do conteúdo fático-probatório, porquanto, para o Tribunal de origem, restou comprovado de forma cabal que o acusado, em unidade de desígnio, na companhia de terceira pessoa não identificada, compareceu ao posto de abastecimento, portando arma de fogo, abordou a vítima ENIS, anunciou o assalto e determinou que entregasse a importância descrita na denúncia [...] o reconhecimento seguro realizado pela vítima, principalmente em juízo, corroborado com as demais provas produzidas, são suficientes para ensejar um juízo condenatório, máxime, quando a outra versão apresentada pelo acusado, não tem um mínimo lastro probatório ou sequer indiciário.

2. Para a Corte a quo, o acervo probatório era suficiente para amparar tanto o reconhecimento da autoria e da materialidade da conduta do agravante, como também a presença da qualificadora prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal. Afastar tal entendimento, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, o que é vedado na via estreita do recurso especial.

3. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento de que quando existirem nos autos elementos de prova capazes de comprovar a utilização da arma de fogo no delito, como no caso concreto, em que demonstrado pela prova testemunhal, é prescindível a sua perícia para a incidência da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal.

4. 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 n. 961.863/RS, Ministro Celso Limongi - Desembargador Convocado do TJ/SP), relator para acórdão, Ministro Gilson Dipp, Terceira Seção, julgado em 13/12/2010, DJe 6/4/2011).

> *5. Agravo regimental improvido.* (AgRg no AREsp 1095239/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 26/09/2017, DJe 09/10/2017)

Melhor sorte não assiste à defesa quando requer a diminuição da pena, devido ao reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, assim repelida pela Corte de origem (e-STJ fls. 239/241):

> *Com relação à dosimetria penal, também não merece acolhimento a pretensão defensiva de redução da pena provisória aquém do mínimo legal pela presença da atenuante da confissão espontânea, em obediência à vedação contida na Súmula n. 231 do Superior Tribunal de Justiça.*
>
> *O entendimento sumular debatido pretende registrar a interpretação pacífica adotada pela Corte Superior, a que cumpre a função de interpretar a lei federal em todo o Brasil, uniformizando a sua respectiva jurisprudência, com base nos princípios constitucionais e na garantia e na defesa do Estado de Direito. E essa uniformização, penso, visa promover uma maior segurança jurídica, princípio que deve ser preservado durante a atuação jurisdicional, pois é através dele que se transmite "às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das conseqüências diretas de seus atos e fatos à luz da liberdade reconhecida".*
>
> *E, independente da ausência de efeito vinculante na espécie, penso ser necessária a aplicação do entendimento sumulado pela Corte Superior, tendo em vista que cabe aos Tribunais Estaduais de Justiça zelar pela estabilidade jurisdicional, sendo a adoção de orientações sumuladas mecanismo fundamental para que se preserve, no âmbito jurisdicional, a igualmente perante o direito.*
>
> *Demais disso, especificamente quanto à Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, tenho como adequado o seu entendimento, que visa impedir a imposição de sanção insuficiente ao fato criminoso praticado. Fosse possível a redução da carcerária aquém do piso indicado pelo legislador, a responsabilização criminal de um indivíduo não se pautaria por critérios igualitários, curvando-se, em última análise, ao subjetivismo e à discricionariedade de cada julgador, que poderia se valer das atenuantes, quiçá da modalidade inominada, inclusive quando possuísse entendimento pessoal contrário à existência da norma incriminadora ou considerasse*

excessivamente rigorosa a repressão estatal imposta para uma conduta especifica.

O apenamento mínimo pensado para cada infração nasce do cotejo da reprovabilidade social que aquela conduta merece, das motivações que geralmente fomentam um determinado e dos danos que a conduta costumeiramente impõe à vítima e à sociedade, conjunto de circunstâncias judicias, de avaliação global, que permitem a imposição de uma sanção mínima que tome possível a efetiva repressão e prevenção do crime.

O critério inicial de dosagem da pena, entretanto, deve ser aplicado quando se estiver diante de circunstâncias ordinárias e de agentes que, por seu comportamento social, personalidade e antecedentes, não necessitem de maior repressão estatal, pois, quando presentes circunstâncias que demonstrem a insuficiência do pilar mínimo estabelecido, eleito pelo legislador em razão da consideração da própria infração praticada, deverá o magistrado, com ponderação, proceder à elevação da sanção, atento ao limite legal estabelecido.

Fosse a intenção do legislador a de tornar possível que a menoridade relativa ou a confissão espontânea conduzissem a sanção aquém dos critérios mínimos, ou que a reincidência determinasse a elevação acima do pilar máximo, teria lhes outorgado natureza de causa de aumento ou de diminuição, o que não o fez, justamente porque estes fatores devem ser sopesados dentre os limites legalmente estabelecidos para cada infração.

Assim, obrou com acerto o magistrado ao ter deixado de recuar a sanção carcerária aquém do piso normativo, ainda que tenha reconhecido, de modo expresso, a presença da atenuante da confissão.

É entendimento sumulado por esta Corte no enunciado n. 231, segundo o qual a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

Confiram-se:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. MENORIDADE E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ATENUANTES DO ART. 65, INCISOS I e III, "D", DO CÓDIGO PENAL - CP. FIXAÇÃO DA PENA EM PATAMAR

ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Nos termos do enunciado n. 231 da Súmula do STJ, é inviável a aplicação das atenuantes da menoridade e da confissão espontânea, previstas no art. 65 do Código Penal - CP, para fins de redução da pena a patamar aquém do mínimo legal.

2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 1408530/MS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 20/05/2019)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. FURTO SIMPLES, RECEPTAÇÃO, ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR VEÍCULO AUTOMOTOR. DOSIMETRIA. PLEITO DE FIXAÇÃO DA PENA, NA FASE INTERMEDIÁRIA, AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL PELO RECONHECIMENTO DA CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. ÓBICE DA SÚMULA N. 231 DESTA CORTE SUPERIOR. REGIME SEMIABERTO. ADEQUADO. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. RÉU PRIMÁRIO. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL (ART. 33, § 2º, B, CP). WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

III - O posicionamento perfilhado pela r. sentença condenatório (fl. 23), mantido pelo v. acórdão impugnado, está em consonância com o entendimento pacificado nesta Corte, conforme o teor da Súmula 231/STJ, in litteris: "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal."

IV - Considerando o quantum da pena (5 anos de reclusão), a primariedade do agente e a inexistência de circunstância judicial desfavorável, é adequado o modo semiaberto para o início da expiação, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido. (HC 489.770/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 09/04/2019, DJe 12/04/2019)

Ante o exposto, conheço do agravo para negar provimento ao

recurso especial.

Intimem-se.

Brasília, 11 de junho de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator