

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL nº 1821150 - SP (2019/0178167-2)

RELATOR : MIN. NEFI CORDEIRO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RECORRIDO : WESLEY CAMPOS CORREA DA SILVA (PRESO)

ADVOGADO : DIEGO RODRIGUES - SP391264

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto em face de acórdão que deu parcial provimento ao apelo defensivo, a fim de afastar a causa especial referente ao emprego de arma de fogo e, por conseguinte, reduzir a pena do recorrente.

Sustenta o Ministério Público, além da divergência jurisprudencial, violação do art. 157, § 2º, I, do CP, ao argumento de não ser necessária a apreensão da arma ou a realização de exame pericial para fins de incidência da majorante.

Requer o provimento do recurso, para que *seja restabelecida a decisão de primeiro grau com o consequente reconhecimento da causa especial de aumento de pena do emprego de arma de fogo, readequando-se as penas impostas* (fl. 424).

Contrarrazoado e admitido na origem, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo provimento do recurso.

É o relatório.

DECIDO.

O recorrente foi condenado pela prática do delito previsto no art. 157, § 2º, I, do CP, às penas de 6 anos, 7 meses e 10 dias de reclusão, em regime fechado, e 16 dias-multa. Interposta apelação defensiva, o Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao recurso para afastar a incidência da qualificadora do emprego de arma de fogo, redimensionando a pena do acusado ao patamar de 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão e 15 dias-multa.

O voto condutor do acórdão recorrido assim decidiu (fls. 370-371):

[...] O concurso de agentes e a privação de liberdade também ficaram comprovados com as declarações das vítimas. Ressalta-se, nesse ponto, que a majorante prevista no inciso V do § 2º, do artigo 157 do Código Penal, demanda, tão-somente, para sua incidência, a restrição da liberdade, certo que o referido dispositivo não faz qualquer menção ao lapso necessário de tal restrição. O que basta para a sua caracterização é a efetiva privação da liberdade, necessária ao êxito do delito de roubo, como ocorreu, indubitavelmente, no caso em exame.

Por outro lado, em relação ao emprego de arma de fogo, entendo que não obstante o artefato utilizado na empreitada criminosa não tivesse

Superior Tribunal de Justiça

sido apreendido, as vítimas deram conta de sua utilização.

E no caso, considerando-se a prisão do réu, horas após os fatos, circunstância que possibilitou a ocultação da peça, a prova da sua existência fica autorizada através de prova indireta, ou seja, testemunhal.

Contudo, a maioria da Turma Julgadora manifesta-se no sentido de ser imprescindível a apreensão e perícia da arma, a fim de fazer incidir o aumento decorrente do seu emprego, o que impõe, no presente caso, por conta da não apreensão da arma que se alega ter sido utilizada no roubo, o afastamento do aumento correspondente.

Sob outro vértice, o concurso formal de delitos é patente. Praticando uma única conduta, o réu e os comparsas subtraíram o veículo da vítima Alex, bem como o anel de ouro e diversos outros objetos de Nelson.

Passa-se, agora, à análise da dosimetria.

Nas duas primeiras fases não há reparo a ser feito, eis que fixadas no raso.

Na terceira etapa, em razão da existência de duas causas específicas de aumento, estabelece-se a exasperação mínima (1/3). A propósito, "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" (Súmula 443 do STJ).

Ainda no último estágio, era mesmo de rigor a elevação de mais um sexto, visto que o réu mediante uma conduta violenta subtraiu o patrimônio de duas vítimas (artigo 70 do Código Penal).

Assim sendo, recalculadas, as penas concretizam 06 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão e 15 dias-multa, no piso.

Quanto ao regime prisional, mesmo observado o § 2º do artigo 387 do Código de Processo Penal, de rigor a manutenção do inicial fechado, pois conforme bem anotou o nobre Juiz "a quo", as circunstâncias e natureza do crime impõem o mais rígido.

Anote-se, por derradeiro, que recentemente o réu foi promovido para o regime semiaberto, conforme documento encartado a fls. 359/360.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso a fim de afastar a causa especial referente ao emprego de arma de fogo e, por conseguinte, reduzir as penas do apelante para 06 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão e 15 dias -multa, no piso, mantida, no mais, a r. sentença recorrida.

Na hipótese, o Tribunal de origem, mesmo considerando os depoimentos das vítimas do delito, afastou o aumento pelo uso de arma de fogo no crime de roubo, por reputar imprescindível a apreensão e perícia da arma.

Não obstante, esta Corte Superior entende ser prescindível, para fins de caracterização da majorante do art. 157, § 2º, I, do CP, a apreensão e a perícia da arma, desde que existam outros elementos de prova que permitam concluir pelo efetivo uso quando do cometimento do delito, tal como ocorrido na espécie. A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 59, 68, E 157, § 2º, I, TODOS

DO CP, E 381 DO CPP. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO. EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE QUANDO ATESTADA A PRESENÇA DE OUTROS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO. CONFISSÃO DO AGRAVANTE QUANTO À UTILIZAÇÃO DO ARTEFATO. PRECEDENTES DO STJ. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE POTENCIALIDADE LESIVA. ÔNUS DA DEFESA.

1. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firme de que é prescindível a apreensão e a perícia da arma para a incidência da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, quando existirem nos autos outros elementos de prova capazes de comprovar a sua utilização no delito, como no caso concreto, em que demonstrado pela própria Corte de origem que por meio do depoimento da vítima e do corréu, que o apelante com o corréu praticaram o roubo utilizando arma de fogo.

2. O uso de arma de fogo foi objeto de confissão pelo agravante, razão pela qual não há que se falar em afastamento da causa de aumento de pena. Precedentes.

3. A jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que a utilização de arma carente de potencial lesivo, como forma de intimidar a vítima do delito de roubo, caracteriza o emprego de violência, porém não permite o reconhecimento da majorante de pena, em face da sua ineficácia para a realização de disparos. No entanto, [...] cabe ao imputado demonstrar que a arma é desprovida de potencial lesivo, como na hipótese de utilização de arma de brinquedo, arma defeituosa ou arma incapaz de produzir lesão (REsp n. 961.863/RS, Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP), Rel. p/ Acórdão Ministro Gilson Dipp, Terceira Seção, DJe 6/4/2011).

4. 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. (AgRg no Ag no REsp n. 1.561.836/SP, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 25/4/2018).

5. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1712795/AM, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 12/06/2018).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. AFASTAMENTO DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. COMPREENSÃO FIRMADA NA TERCEIRA SEÇÃO (RESP N. 961.863/RS). MAJORANTE DE RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DA VÍTIMA. TEMPO JURIDICAMENTE RELEVANTE. MAJORANTE MANTIDA. REEXAME DE PROVAS. REGIME INICIAL FECHADO. PENA SUPERIOR A 8 (OITO) ANOS DE RECLUSÃO. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 2º, A, DO CÓDIGO PENAL - CP. PEDIDO PREJUDICADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS

Superior Tribunal de Justiça

CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

2. A Terceira Seção do STJ, no julgamento do EREsp n. 961.863/RS, pacificou o entendimento no sentido de que a incidência da majorante do emprego de arma prescinde de apreensão e perícia da arma, notadamente quando comprovada sua utilização por outros meios de prova. No caso em apreço, as instâncias ordinárias concluíram pela incidência da majorante em razão da prova oral colhida nos autos (depoimento das vítimas), que foram enfáticas e unânimes quanto à utilização de arma de fogo, o que afasta a necessidade de apreensão e perícia da arma.

[...]

Habeas corpus não conhecido (HC 428.617/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 01/08/2018).

Merece, portanto, reforma o acórdão recorrido, a fim de se ajustar ao entendimento firmado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

De todo modo, quanto ao pretendido redimensionamento da pena, constata-se falta de interesse de agir, na medida em que não há, na espécie, na via do especial, como aumentar a fração mínima de 1/3, fixada pela Corte *a quo*, na terceira fase da dosimetria, apenas com base na presença de mais uma majorante, nos termos da Súmula 443/STJ.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso especial apenas para reconhecer a incidência da causa de aumento de pena do emprego de arma de fogo sem reflexos na pena aplicada.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 17 de setembro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator

(*) Republicado por haver saído com incorreção no DJE/STJ de 18/09/2019.