

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.836.087 - SP (2019/0263785-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
RECORRENTE : **PAULO CESAR DOS SANTOS**
ADVOGADOS : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
GABRIELA GALETTI PIMENTA - DEFENSORA PÚBLICA -
SP310845
RECORRIDO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por PAULO CESAR DOS SANTOS, fundamentado na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que o recorrente foi sentenciado como incurso nas sanções do artigo 157, § 2º, I e II, (por três vezes), n/f do art. 70, ambos do CP, à pena de 10 anos, 7 meses e 1 dia de reclusão, em regime fechado, e 24 dias-multa. O Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao recurso da defesa para reformar a pena-base e aplicar a reprimenda definitiva em 9 anos, 7 meses e 14 dias de reclusão, em regime fechado, e 22 dias-multa.

A propósito, confira-se a ementa (e-STJ fls. 615):

*ROUBO MAJORADO AUTORIA DELITIVA PROVADA
CONDENAÇÃO BEM LANÇADA. Suficientes os elementos
probatórios a demonstrar a subtração de coisas alheias móveis
pelos réus, mediante grave ameaça exercida com emprego de
arma de fogo e em concurso de agentes, de rigor o édito
condenatório.*

*DOSIMETRIA DAS PENAS REDUÇÃO DA PENA-BASE
POSSIBILIDADE. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.*

Nas razões do recurso especial, afirma a parte recorrente violação do artigo 157, §2º, inciso I, do CP, alegando que "a arma supostamente empregada no delito foi apreendida apenas 2 meses após os fatos e não foi periciada. No mais, negou vigência ao dispositivo também porque perpetrou aumento acima do mínimo previsto no dispositivo apenas em decorrência do número de majorantes."(e-STJ fl. 752)

Superior Tribunal de Justiça

Sustenta que "ainda que se trate da mesma arma, ela não foi periciada, de modo que não foi comprovada a sua potencialidade lesiva. E, ainda que tivesse sido periciada, não haveria como saber se ela estava municiada no momento do delito."(e-STJ fl. 753)

Alega que, "a Lei 13.654/18 revogou essa disposição: "Art. 4º Revoga-se o inciso 1 do § 2º do art. 157 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 dezembro de 1940 (Código Penal). " Portanto, ocorreu uma mudança legislativa mais favorável ao réu. E, de acordo com o artigo 5º, XL da CF e o artigo 2º, p. único, do Código Penal, ela retroage em seu benefício. Por conseguinte, se hoje inexistente o aumento em virtude do emprego de arma, ele surte efeito também para fatos anteriores à entrada em vigor na nova lei. Vale ressaltar que nenhuma arma pode gerar o aumento, inclusive de fogo."(e-STJ fl. 754)

Afirma que "(...) Nesse sentido, no caso do roubo, se no tipo revogado constava que era crime subtrair mediante ameaça com emprego de arma, e no tipo trazido pela nova lei o crime é subtrair mediante ameaça com arma de fogo, constata-se que foi inserido um elemento especializador (e não apenas especificador), qual seja "de fogo", o qual provoca a abolição."(e-STJ fl. 755)

Aponta que "ausente fundamentação idônea, deve ser redimensionado o aumento aplicado, para que o seja em seu patamar mínimo legal."(e-STJ fl. 756)

Requer o provimento do recurso para que seja afastada a majorante de emprego de arma e reduzido o aumento feito na 3ª fase de dosimetria da pena para o mínimo legal.

Contrarrazoada a insurgência (e-STJ fls. 767/774), o recurso foi admitido (e-STJ fls. 788/790), manifestando-se o Ministério Público Federal pelo desprovimento do recurso especial, nos seguintes termos (e-STJ fl. 801):

Recurso especial. Roubo circunstanciado (artigo 157-§2º-I e II do Código Penal). Prescindibilidade da apreensão e perícia da

Superior Tribunal de Justiça

arma de fogo. Precedentes. Lei 13.654/2018. Inexistência de novatio legis in melius em relação aos crimes cometidos mediante emprego de arma de fogo. Aumento acima do mínimo legal justificado.

– Promoção pelo desprovimento do recurso especial.

É o relatório. **Decido.**

O recurso é cabível e tempestivo e a matéria foi devidamente prequestionada.

Primeiramente, a defesa sustenta que não estaria configurada a causa de aumento do art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal (na antiga redação desse dispositivo), já que não houve a comprovação, na hipótese, do potencial lesivo do instrumento bélico supostamente utilizado, devido à falta de perícia, bem como a apreensão ter sido feita cerca de dois meses após os fatos.

No caso, veja como o Tribunal *a quo* tratou o tema a respeito da apreensão tardia da arma de fogo (e-STJ fl. 728):

(...)

*No caso, com meridiana clareza verifica-se que o acórdão se pronunciou acerca da manutenção da **causa de aumento do emprego de arma de fogo**, diante dos relatos uníssomos das vítimas, as quais afirmaram que os réus utilizaram o artefato para ameaçá-las e mantê-las rendidas, circunstância que é suficiente para configurar a majorante, independentemente da perícia do artefato, que, aliás, foi apreendido e reconhecido pelos ofendidos.*

*Todavia, de rigor esclarecer, até mesmo para que não se alegue cerceamento de defesa, que **a ausência de apreensão da arma utilizada no crime não diminuiu a gravidade da ação nem determina o afastamento da causa de aumento.***

Com efeito, "a materialidade do roubo independe da apreensão de qualquer instrumento, assim como a prova da autoria pode ser concretizada pela simples, mas verossímil, palavra da vítima. Por isso, igualmente, para a configuração da causa de aumento (utilização de arma), bastam elementos convincentes extraídos dos autos, ainda que a arma não seja apreendida" (Guilherme Nucci, Código Penal Comentado, RT, 10a ed., p. 763).

Superior Tribunal de Justiça

(...)

Como é cediço, "a Terceira Seção pacificou o entendimento no sentido da desnecessidade de apreensão e perícia da arma de fogo para que seja configurada a causa de aumento prevista no art. 157, § 2.º, I, do Código Penal, desde que os demais elementos probatórios demonstrem sua utilização na prática do delito" (HC n. 338.126/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 5/11/2015, DJe 23/11/2015).

No mesmo sentido:

PENAL. HC SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. MAUS ANTECEDENTES E PERSONALIDADE DO RÉU. BIS IN IDEM NÃO EVIDENCIADO. MULTIRREINCIDÊNCIA. CULPABILIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SANÇÃO CORPORAL MANTIDA. PROPORCIONALIDADE OBSERVADA. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA. USO DO ARTEFATO COMPROVADO POR OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

8. 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, inc. 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. Precedentes.

9. Writ não conhecido (HC 358.620/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 23/08/2016).

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO

Superior Tribunal de Justiça

REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO. [...] ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ARTIGO 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL). EMPREGO DE ARMA. POTENCIALIDADE LESIVA. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E DE EXAME PERICIAL. DESNECESSIDADE. EXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS DE PROVA A ATESTAR O EFETIVO EMPREGO DO OBJETO. LESIVIDADE QUE INTEGRA A PRÓPRIA NATUREZA. PROVA EM SENTIDO CONTRÁRIO. ÔNUS DA DEFESA. PRECEDENTE DA TERCEIRA SEÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AFASTADO. MANUTENÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DO INCISO I DO § 2º DO ART. 157 DO CP. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

1. Consoante entendimento firmado pela Terceira Seção deste Tribunal Superior, para o reconhecimento da causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, mostra-se dispensável a apreensão do objeto 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).

[...]

3. Habeas corpus não conhecido (HC 336.545/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 9/8/2016).

Por sua vez, a Lei n. 13.654/2018 revogou o inciso I, do § 2º, do art. 157 do Código Penal, que previa como majorante o emprego de arma, mas incluiu o § 2º-A, inciso I, que trata da majoração da pena, em maior extensão, pelo emprego de arma de fogo. Assim, não há falar em abolição da causa de aumento do emprego de arma de fogo, mas sim em superveniência legislativa mais gravosa, que não comporta retroatividade, o que impõe a ultratividade da lei penal mais benigna, que prevê o aumento da pena entre 1/3 até metade, conforme a pretérita redação do art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal. Nesse sentido, segue a jurisprudência desta Corte:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO MAJORADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. LEI N. 13.654/2018.

Superior Tribunal de Justiça

INEXISTÊNCIA DE NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. WRIT NÃO CONHECIDO. [...] 2. Com o advento da Lei n. 13.654/2018 apenas afastou o aumento da pena pelo emprego de arma imprópria - o que passou a caracterizar tão somente a grave ameaça e a violência típicas do art. 157, caput, do CP - ficando, porém, mantido o incremento da reprimenda pelo uso de arma de fogo, conforme se depreende da nova redação do art. 157, § 2º-A, do CP. 3. Conquanto não seja possível operar o aumento de 2/3, dado o óbice à retroatividade da lei penal mais gravosa, trata-se de continuidade normativa, por ter sido mantido o aumento previsto no dispositivo revogado, ainda que tenha havido alteração topográfica, sendo descabido falar em decote da causa de aumento do emprego de arma de fogo. 4. Writ não conhecido. (HC 533.256/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 25/10/2019).

Portanto, havendo a prova da utilização de armas de fogo na empreitada criminosa, impõe-se a manutenção de tal circunstância para efeito de majorar a pena do recorrente, tal como procederam as instâncias ordinárias.

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que o critério para a majoração da pena, em razão da incidência de causas de aumento no crime de roubo, não deve ser apenas matemático, mas subjetivo, a ser evidenciado pelas circunstâncias do caso concreto. Esse entendimento foi consolidado no enunciado da Súmula n. 443/STJ, *in verbis*:

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.

O Tribunal *a quo* tratou do tema da seguinte forma (e-STJ fl. 728):

(...)

Ademais, o decisor se manifestou sobre o acerto do juízo a quo em exasperar a pena na fração de 3/8 diante das causas de aumento do emprego de arma e do concurso de agentes, visto que, no caso concreto, se mostraram determinantes para a gravidade delitiva.

Superior Tribunal de Justiça

Se a solução não foi do agrado do recorrente, não significa que as questões deixaram de ser examinadas.

(...)

No caso, não se verifica constrangimento ilegal na opção pela fração de aumento em 3/8 da pena do recorrente, considerando a discricionariedade do magistrado sentenciante que fundamentou tal aumento no emprego da arma de fogo e no concurso de agentes, além do que as três vítimas ficaram rendidas por volta de 1h15min com uma arma apontada para elas, mediante grave ameaça de morte. (e-STJ fl. 441) Não tendo se baseado em critério meramente quantitativo a escolha do patamar de incremento punitivo, deve ele ser mantido, por melhor se adequar à gravidade concreta do delito. Sobre o tema:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE E DAS CONSEQUÊNCIAS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. LEGALIDADE. REGIME FECHADO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. SÚMULAS N. 440 DO STJ E 718 E 719, AMBAS DO STF. OBSERVÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. [...] 4. 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 n. 443 do STJ. 5. As instâncias de origem apontaram dados fáticos suficientes a indicar a gravidade concreta do crime - na espécie, eram três agentes, os quais eram policiais militares, com emprego de armas de fogo e restrição da liberdade da vítima. [...] 7. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 492.393/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 3/9/2019, DJe 9/9/2019)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAJORAÇÃO DEVIDAMENTE JUSTIFICADA PELAS CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. QUANTUM DE AUMENTO IMPLEMENTADO NA PRIMEIRA FASE. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO MAGISTRADO. USO DE ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E PERÍCIA. ELEMENTOS PROBATÓRIOS DIVERSOS.

Superior Tribunal de Justiça

ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 3/8 (TRÊS OITAVOS). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME PRISIONAL FECHADO. CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. [...] 5. A Corte de origem manteve o acréscimo de 3/8 (três oitavos) em razão das duas majorantes do delito de roubo (emprego de arma de fogo e concurso de agentes), com fundamentação concreta, tendo em vista a pluralidade de agentes - pelo menos três comparsas - e a utilização de, no mínimo, duas armas de fogo, o que demonstra a idoneidade da majoração, conforme firmado no Verbete Sumular n.º 443 do Superior Tribunal de Justiça. [...] 7. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 516.188/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, julgado em 20/8/2019, DJe 2/9/2019)

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, inciso III, do RISTJ, **nego provimento** ao recurso especial.

Intimem-se.

Brasília (DF), 22 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator