

RECURSO ESPECIAL Nº 1.847.107 - SP (2019/0330935-9)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : ROLÍDIO BRASIL FONTANELA DE SOUZA GAMA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DANIEL MOBLEY GRILLO - DEFENSOR PÚBLICO - RJ134850

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, com fulcro no art. 105, inciso III, alínea c, da Constituição da República, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça local.

A controvérsia tratada nos autos foi devidamente relatada no parecer ministerial às e-STJ fls. 923/924:

Trata-se de recurso especial interposto por MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO contra acórdão do Tribunal de Justiça local, que nos autos da apelação nº 0094908-45.2013.8.26.0050, proferiu a seguinte decisão: 'por maioria de votos, deram provimento parcial aos apelos de Rolídio Brasil Fontanela de Souza Gama e José Brito Barreto de Mattos para **reduzir a pena, de cada um dos apelantes, para oito anos, três meses e dezesseis dias de reclusão, e dezesseis dias-multa, mantido o regime inicial fechado**, vencido revisor, que mantinha a majorante do uso de arma, sem reflexo na pena.', de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão.' (fl. 803).

Em síntese, o recorrente **sustenta que a ausência de laudo pericial não afasta a majorante prevista no inciso I, do § 2º, do artigo 157, do Código Penal, se existem outros elementos nos autos a comprovar a efetiva utilização da arma de fogo pelo agente. Alega que 'ao afastar a majoração da pena -base dos réus ao argumento de que não demonstrados os maus antecedentes porque as anteriores condenações estariam extintas há mais de cinco anos, o acórdão recorrido também negou vigência aos artigos 59, e 64, inciso I, ambos do Código Penal' (fl. 850) – grifei.**

Ao final, o *Parquet* Federal opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Decido.

O recurso merece prosperar parcialmente.

O Tribunal de origem decotou parcialmente a elevação da pena-base pelo entendimento de que condenações pretéritas, acobertadas pelo período depurador a que se refere o art. 64, I, do Código Penal, não configuram nem sequer maus antecedentes. É o que se vê destas transcrições (e-STJ fls. 811/812):

Entretanto, **a pena comporta alteração, afastados que devem ser os maus antecedentes**, ainda que mantido o acréscimo de um terço, em razão da circunstância judicial desfavorável, pois delitos praticados com ação articulada, planejada, mediante pesquisa prévia do funcionamento da agência, assim como, da rotina dos funcionários.

As certidões de fls. 471, 473, 478, 487 e 549 dizem respeito a condenações alcançadas pelo disposto no artigo 64, I, do Código Penal, como reconhecido pela sentença recorrida.

O artigo 64, I, do Código Penal, estabelece expressamente que não prevalece a condenação anterior se, entre a data do cumprimento ou extinção da pena, e a infração posterior, tiver decorrido tempo superior a cinco anos, computado período de provas da suspensão da pena, se não tiver ocorrido revogação.

Se a condenação anterior não pode gerar efeitos para caracterizar a reincidência, com maior razão, não pode incidir para comprometer os antecedentes do acusado. (Grifei.)

Ao assim decidir, o Tribunal de origem o fez em harmonia com o recente entendimento adotado nesta Corte segundo o qual, *"quando os registros da folha de antecedentes do réu são muito antigos, como no presente caso, admite-se o afastamento de sua análise desfavorável, em aplicação à teoria do direito ao esquecimento. Não se pode tornar perpétua a valoração negativa dos antecedentes, nem perenizar o estigma de criminoso para fins de aplicação da reprimenda, pois a transitoriedade é consectário natural da ordem das coisas. Se o transcurso do tempo impede que condenações anteriores configurem reincidência, esse mesmo fundamento - o lapso temporal - deve ser sopesado na análise das condenações geradoras, em tese, de maus antecedentes"* (REsp n. 1707948/RJ, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/4/2018, DJe 16/4/2018).

Por oportuno, ressalto que tal inteligência também foi legitimada em recente

julgamento do HC n. 162305/SP, pelo relator Ministro GILMAR MENDES (Dje de 1º/10/2018), afirmando que *"a possibilidade de sopesarem-se negativamente antecedentes criminais, sem qualquer limitação temporal, ad aeternum, em verdade, mostra-se pena de caráter perpétuo revestida de legalidade. Dessa forma, entendo que, decorridos mais de 5 anos desde a extinção da pena da condenação anterior (CP, art. 64, I), não é possível alargar a interpretação de modo a permitir o reconhecimento dos maus antecedentes."*

Dessa forma, o decote da negatificação do antecedentes deve ser mantido.

Quanto a majorante da arma de fogo, segundo a orientação firmada na Terceira Seção desta Corte Superior, originada a partir do julgamento do EREsp n. 961.863/RS, para a incidência prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, não há necessidade de apreensão da arma nem da sua submissão à perícia, quando comprovada a sua utilização por outros meios de prova.

Confirmam-se:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **ROUBO MAJORADO. I) AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL QUE NÃO ATACOU OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ. II) VIOLAÇÃO DO ART. 93, IX, DA CRFB/1988. NÃO CABIMENTO. OFENSA A DISPOSITIVOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO ENSEJA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL. III) MALFERIMENTO DO ART. 155 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO BASEADA TAMBÉM EM PROVAS JUDICIALIZADAS. PLEITO ABSOLUTÓRIO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. IV) NEGATIVA DE VIGÊNCIA DO ART. 157, § 2º, I, DO CP. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO DE ACORDO CO ENTENDIMENTO DO STJ. SÚMULA Nº 568/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.**

[...]

4. "Para a caracterização da majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, prescinde-se da apreensão e realização de perícia em arma utilizada na prática do crime de roubo, se por outros meios de prova restar evidenciado o seu emprego. Precedentes do STF" (EREsp 961.863/RS, Rel.

Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Rel. p/ Acórdão Ministro GILSON DIPP, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/12/2010, DJe 06/04/2011).

5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 1.286.741/PI, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 02/08/2018, grifei.)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INEXISTÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7 DO STJ. **ARMA DE FOGO. PERÍCIA. AUSÊNCIA. UTILIZAÇÃO COMPROVADA POR OUTROS MEIOS. EXECUÇÃO IMEDIATA DA PENA. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.**

[...]

3. São prescindíveis a apreensão e a perícia na arma de fogo, para a incidência da majorante do § 2º, I, do art. 157 do CP, quando existirem nos autos outros elementos de prova que comprovem a sua utilização no roubo. Precedentes.

[...]

5. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1.284.510/MS, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 01/08/2018, grifei.)

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.

[...]

5. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1.712.795/AM, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 12/06/2018, grifei.)

No caso, pelo menos duas das três vítimas foram uníssonas ao afirmar o uso de arma de fogo pelos recorrentes (e-STJ fl. 807)

No ponto, portanto, o acórdão recorrido encontra-se em desarmonia com a jurisprudência desta Corte Superior, devendo ser revista a individualização das penas dos recorridos para fazer incidir a majorante da arma de fogo.

Ante o exposto, **dou parcial provimento** ao recurso especial apenas para fazer incidir a majorante da arma de fogo e determino que a Corte local proceda à nova particularização das reprimendas.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 29 de novembro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator