

RECURSO ESPECIAL Nº 1.865.126 - RJ (2020/0053606-1)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
RECORRIDO : RENATO RODRIGUES LOUREIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DECISÃO

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro interpõe recurso especial contra acórdão do Tribunal de Justiça, que, à unanimidade de votos, proveu, em parte, apelação, para, reformada sentença absolutória, condenar RENATO RODRIGUES LOUREIRO à pena de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 11 (onze) dias-multa, por infração ao art. 157, *caput*, do Código Penal. É esta a ementa do r. acórdão (e-STJ, fls. 285/286):

APELAÇÃO CRIMINAL. PENAL. PROCESSO PENAL. CRIME DE ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. DECRETO ABSOLUTÓRIO. INSURGÊNCIA MINISTERIAL QUE BUSCA A PROCEDÊNCIA DE PRETENSÃO PUNITIVA.

1 - Recurso ministerial acolhido em parte. Devida a condenação do ora apelante pelo delito de roubo simples. In casu, verifica-se que a materialidade e autoria do crime contra o patrimônio encontram-se inconcussas com as provas coligidas aos autos, não apenas como registro de ocorrência e auto de reconhecimento de pessoa, mas, também, com o depoimento da vítima produzido em juízo sob o manto das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Lesada que, embora não tenha reconhecido o réu em juízo, foi categórica em afirmar que não teve dúvidas em fazer o seu reconhecimento em sede policial. Ou seja, ratificou judicialmente àquele levado a efeito na fase da inquisição. Neste aspecto, ressalte-se que o esquecimento da real fisionomia do roubador é absolutamente natural, principalmente, no caso em comento, em que, além de a vítima ser pessoa idosa que se diz extremamente traumatizada com o evento criminoso, entre a data dos fatos e a audiência em que o acusado lhe foi apresentado já transcorreu o interregno nada módico de 01 (um) ano e 04 (quatro) meses. Desta feita, ante a segurança do depoimento prestado pela lesada, inclusive quanto ao reconhecimento operado em sede policial, julga-se não subsistir dúvida quanto a autoria delitiva que recai sobre o

apelante.

2 - Arma não apreendida. Exclusão da causa de aumento de pena relativa ao uso de arma de fogo. Muito embora, em vários julgados, tenha-se firmado entendimento quanto à incidência da majorante do emprego de arma de fogo mesmo quando a arma não foi apreendida e periciada, hoje, em razão das alterações trazidas pela Lei 13.654/2018, que revogou o inciso I do §2º, e acrescentou como majorante o parágrafo 2º-A do art. 157 do Código Penal, necessário revisitar a matéria com nova compreensão. Como cediço, este Colegiado passou a adotar a teoria objetiva, que entende necessária à configuração da majorante do emprego de arma a existência de perigo real à vida da vítima. *Precedente: 0010949-81.2017.8.19.0067 - APELAÇÃO Des (a). JOAQUIM DOMINGOS DE ALMEIDA NETO - Julgamento: 17/07/2018 - SÉTIMA CÂMARA CRIMINAL.*

3 - Dosimetria. Pena base que se fixa no mínimo legal. A despeito de haver outras anotações na FAC do acusado, apenas uma pode ser considerada em seu desfavor para efeito de reincidência. **Observância do art. 33, §2º, "a" e §3º do Código Penal.** Pena superior a quatro anos e réu reincidente. **Regime fechado.**

4 - RECURSO MINISTERIAL A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.

Nas razões do especial, fulcrado na alínea "a" do permissivo constitucional, alega o representante do *Parquet* negativa de vigência aos arts. 157, § 2º, I, do Código Penal e 155, 158, 167 e 564, III, b, todos do Código de Processo Penal.

Sustenta, em síntese, que "não há que se falar em imprescindibilidade da apreensão e perícia da arma que venha a ser utilizada pelo agente na prática do crime de roubo para caracterizar a majorante do artigo 157, §2º, inciso I, do Código Penal." (e-STJ, fl. 321)

Argumenta que "após a edição da Lei n. 13.654/2018, que revogou o inciso I do §2º, e acrescentou como qualificadora o parágrafo 2º-A, do art. 157 do Código Penal, não houve qualquer alteração no entendimento, já sedimentado na jurisprudência pátria, da desnecessidade de apreensão e perícia

da arma de fogo, para fins da incidência da causa de aumento de pena". (e-STJ, fl. 321)

E conclui, que, no caso sob análise, **restou demonstrado, de forma incontroversa, que o acusado efetivamente empregou arma de fogo para ameaçar a vítima**" (e-STJ, fl. 327)

Pugna, ao final, pelo provimento do recurso, reconhecendo a presença da referida majorante, com o recrudesimento da reprimenda.

Contra-arrazado (e-STJ, fls. 335/343) e admitido (e-STJ, fls. 346/349), manifestou-se o Ministério Público Federal, nesta instância, pelo seu desprovimento, em parecer assim ementado (e-STJ, fl. 365):

RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. NÃO REALIZAÇÃO DE PERÍCIA NA ARMA UTILIZADA NO CRIME. AUSÊNCIA DE CERTEZA SOBRE A EFICÁCIA DO INSTRUMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE, NESTE CONTEXTO, APLICAR A CAUSA DE AUMENTO DA PENA PREVISTA NO ARTIGO 157, §2º, I, DO CÓDIGO PENAL. PARECER PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO.

É o relatório. Decido.

O recurso é tempestivo e a matéria foi devidamente prequestionada.

Razão assiste ao Ministério Público.

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência 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 do acórdão condenatório (e-STJ, fls. 289/290):

Por outro lado, no que concerne à utilização da arma de fogo, a pretensão ministerial não merece acolhida.

Certo é que vinha entendendo pela prescindibilidade da apreensão e perícia da arma quando existissem outros elementos probatórios que levassem a concluir pela sua utilização no crime.

No entanto, com o advento da Lei 13.654/2018, que revogou o inciso I do §2º, e acrescentou como qualificadora o parágrafo 2º-A, do art. 157 do Código Penal, restou necessária revisão sobre tal entendimento.

Isso porque ao estabelecer que a majorante se corporifica no emprego de "arma de fogo", no lugar de meramente "arma", indubitavelmente tornou-se indispensável a prova dessa qualidade, qual seja, da capacidade de arremessar projéteis, de forma a demandar a necessária apreensão e perícia do artefato bélico ou uma prova inequívoca dessa qualidade, tal como o efetivo emprego da arma durante a ação criminosa, por meio de disparos ou troca de tiros.

Desta feita, no presente caso, em que pese o depoimento da vítima, não houve apreensão e nem perícia da arma, tampouco quedou-se provado tratar-se de uma efetiva arma de fogo, com aptidão para efetuar disparo, razão pela qual cabível o seu afastamento.

Impõe-se, assim, a inclusão da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal na condenação do recorrido.

A propósito do tema, vale destacar os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PENAL. INCIDÊNCIA DE MAJORANTE. ART. 157, § 2º, I, DO CP. EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE DIANTE DE OUTROS MEIOS DE PROVA. INCURSÃO EM MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA POR SEUS FUNDAMENTOS.

Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 503.874/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 06/06/2019, DJe 18/06/2019)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. NÃO CONHECIMENTO. ROUBO TRIPLAMENTE MAJORADO E ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO EM CONCURSO FORMAL. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO DA IMPUTAÇÃO DA PRÁTICA DO CRIME DO ART. 288,

PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP. NECESSIDADE DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. DOSIMETRIA. CONFISSÃO PARCIAL. AUSÊNCIA DE INFLUÊNCIA NO QUANTUM DA PENA IMPOSTA. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. RECONHECIMENTO DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO DO ARTEFATO BÉLICO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. ADMISSÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. FRAÇÃO DE AUMENTO PELAS MAJORANTES. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA O INCREMENTO MAIOR DO QUE 1/3. SÚMULA 443/STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- A instância a quo, soberana em matéria de fatos, após o exame minucioso do acervo probatório amealhado aos autos, notadamente dos depoimentos testemunhais, firmou o entendimento de que estaria demonstrada a existência de associação criminosa de cunho permanente, integrada pelos ora pacientes e outros corréus, e voltada para a prática de roubos, especialmente de caminhões. A reforma desse juízo de fato, para absolver os pacientes, é medida que não tem lugar nesta via estreita, de cognição sumária, do habeas corpus, pois demandaria reexame vertical dos fatos e provas.

- "Nos casos em que a confissão do acusado servir como um dos fundamentos para a condenação, deve ser aplicada a atenuante em questão, pouco importando se a confissão foi espontânea ou não, se foi total ou parcial, ou mesmo se foi realizada só na fase policial com posterior retratação em juízo" (AgRg no REsp 1412043/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 10/3/2015, DJe 19/3/2015).

- Na hipótese, foi reconhecida a existência da confissão relativamente a ambos os réus, apenas quanto ao segundo roubo (vítima VALCI), mas não foi aplicada a atenuante por haverem os julgadores considerado a confissão parcial e insincera.

- De todo modo, no tópico, há falta de interesse de agir dos pacientes, de nada lhes servindo a concessão da ordem, de ofício, para o reconhecimento da atenuante da confissão quanto ao segundo roubo, porque, como destacou o acórdão impugnado, a pena do segundo roubo não influiu na reprimenda final do acusado, uma vez que a aplicação da regra do concurso formal entre os roubos levou à consideração apenas da sanção mais grave, relativa ao primeiro roubo, triplamente majorado.

- A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, 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 (antiga redação), prescinde de apreensão e perícia quando existirem outros elementos de prova que evidenciem a sua utilização no roubo.

- No caso, embora a arma de fogo não tenha sido apreendida e periciada, tendo a instância ordinária, com base no acervo probatório, concluído pela sua efetiva utilização, na primeira empreitada criminosa, afigura-se legal a incidência da respectiva majorante.

- Em se tratando de roubo circunstanciado, a majoração da pena, na terceira fase da dosimetria, acima da fração mínima de 1/3, requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo.

- O acórdão reprochado conferiu legalidade à escolha da fração superior à mínima, pois ofertou motivação concreta, consubstanciada nas circunstâncias em que o delito ocorreu, agravadas pelo fato de dele haverem participado pelo menos 4 agentes e de a vítima ter ficado por mais de 3 horas em poder dos bandidos, o que demonstra a maior reprovabilidade da conduta, a ensejar um maior rigor penal.

- Habeas corpus não conhecido. (HC 481.016/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2019, DJe 14/02/2019)

Passo, então, ao redimensionamento da pena.

Para o delito de roubo, na primeira fase da dosimetria, mantenho a pena-base em 4 (quatro) anos de reclusão, mais 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, diante da reincidência, aumento a pena para 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, mais 11 (onze) dias-multa.

Na terceira fase, presente a causa de aumento do art. 157, §2º, I, do Código Penal, aumento a pena em 1/3 (um terço), chegando-se a pena definitiva de 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais 14 (quatorze) dias-multa.

Mantenho o regime fechado para o início do cumprimento da pena e os demais termos do acórdão condenatório.

Superior Tribunal de Justiça

Diante do exposto, com fulcro no art. 932, VIII, do CPC, c/c art. 255, §4º, III, do RISTJ, **dou provimento** ao recurso especial, para, reconhecida a incidência da majorante do art. 157, §2º, I, do Código Penal (uso de arma de fogo), fixar a pena do recorrido em 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais 14 (quatorze) dias-multa.

Intimem-se.

Brasília, 23 de março de 2020.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator