



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 528.119 - RJ (2014/0139004-7)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
AGRAVANTE : MARCO BENIKES
ADVOGADOS : ANA PAULA DE ALMEIDA ROSSI
ROSA MARIA CARDOSO DA CUNHA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. NÃO ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. JULGADO PROFERIDO POR MAIORIA. NÃO INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS INFRINGENTES. SÚMULA 207/STJ. OFENSA AO ART. 59 DO CP. CONDENAÇÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO ANTERIOR A 5 ANOS E CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. MATÉRIA DEBATIDA APENAS NO VOTO VENCIDO. SÚMULA 320/STJ. MALFERIMENTO DO ART. 386, V, DO CPP. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 157, § 2º, I, DO CP. ROUBO. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO DE ACORDO COM O ENTENDIMENTO DO STJ. SÚMULA 83/STJ. AGRADO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. "É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem". Súmula nº 207/STJ.
2. A questão discutida apenas nas razões do voto vencido não tem o condão de caracterizar o indispensável prequestionamento. Súmula nº 320/STJ.
3. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático probatório para embasar a condenação ou absolvição, porquanto é vedado, na via eleita, o reexame de provas, conforme disciplina o enunciado nº 7 da Súmula desta Corte.
4. Consoante entendimento firmado pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, "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. Min. CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Rel. p/ Acórdão Min. GILSON DIPP, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 06/04/2011).
5. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 19 de agosto de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 528.119 - RJ (2014/0139004-7)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
AGRAVANTE : MARCO BENIKES
ADVOGADOS : ANA PAULA DE ALMEIDA ROSSI
ROSA MARIA CARDOSO DA CUNHA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de agravo regimental interposto por MARCO BENIKES, contra decisão monocrática, de minha lavra, que negou provimento ao agravo em recurso especial, nos seguintes termos (fl. 537):

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. NÃO ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. JULGADO PROFERIDO POR MAIORIA. NÃO INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS INFRINGENTES. SÚMULA 207/STJ. OFENSA AO ART. 59 DO CP. CONDENAÇÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO ANTERIOR A 5 ANOS E CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. MATÉRIA DEBATIDA APENAS NO VOTO VENCIDO. SÚMULA 320/STJ. MALFERIMENTO DO ART. 386, V, DO CPP. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 157, § 2º, I, DO CP. ROUBO. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO DE ACORDO CO ENTENDIMENTO DO STJ. SÚMULA 83/STJ. AGRADO A QUE SE NEGA PROVIMENTO".

Sustenta o recorrente, às fls. 548/559, quanto ao não esgotamento da instância que "a despeito de o voto vencido ter afastado a incidência da majorante relativa ao emprego da arma de fogo, diminuiu a pena base em proporção menor, tornando-o desfavorável em relação ao voto majoritário" (fl. 551).

Outrossim, quanto à ausência de prequestionamento o agravante afirma que a matéria restou prequestionada, embora não tenha sido amplamente discutida. No que concerne à incidência da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça, aduz que não requer o reexame de provas, mas apenas a sua reavaliação.

Por fim, em relação a aplicação da Súmula nº 83 desta Corte Superior de Justiça, assevera que o "Superior Tribunal de Justiça já se orientou diversamente do acórdão recorrido" (fl. 555).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 528.119 - RJ (2014/0139004-7)

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NÃO ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. JULGADO PROFERIDO POR MAIORIA. NÃO INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS INFRINGENTES. SÚMULA 207/STJ. OFENSA AO ART. 59 DO CP. CONDENAÇÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO ANTERIOR A 5 ANOS E CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. MATÉRIA DEBATIDA APENAS NO VOTO VENCIDO. SÚMULA 320/STJ. MALFERIMENTO DO ART. 386, V, DO CPP. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 157, § 2º, I, DO CP. ROUBO. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO DE ACORDO COM O ENTENDIMENTO DO STJ. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. "É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem". Súmula nº 207/STJ.
2. A questão discutida apenas nas razões do voto vencido não tem o condão de caracterizar o indispensável prequestionamento. Súmula nº 320/STJ.
3. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático probatório para embasar a condenação ou absolvição, porquanto é vedado, na via eleita, o reexame de provas, conforme disciplina o enunciado nº 7 da Súmula desta Corte.
4. Consoante entendimento firmado pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, "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. Min. CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Rel. p/ Acórdão Min. GILSON DIPP, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 06/04/2011).
5. Agravo regimental a que se nega provimento.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

A insurgência não merece prosperar.

Com efeito, conforme se explicitou na decisão agravada, constata-se que a interposição do recurso especial, *in casu*, mostra-se prematura, ante o não esgotamento da instância ordinária.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com efeito, o recorrente deixou de ingressar com o recurso de embargos infringentes, com o objetivo de tentar fazer prevalecer o voto vencido, transcrito às fls. 356/362, o qual foi proferido em seu favor, no sentido de reduzir a pena base e afastar a causa de aumento de pena referente ao emprego de arma de fogo. Dessarte, incide, *in casu*, o enunciado 207 da Súmula desta Corte, *verbis*: "É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem".

Nesse sentido, confirmam-se os precedentes a seguir:

"PENAL. RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO JULGADO POR MAIORIA. AUSÊNCIA DE OPOSIÇÃO DE EMBARGOS INFRINGENTES PELA DEFESA. SUMULA 207/STJ. NÃO CONHECIMENTO.

I. Hipótese em que a defesa não logrou opor embargos infringentes contra acórdão não unânime do Tribunal *a quo*.

II. Incidência da Súmula 207/STJ, segundo a qual é inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no Tribunal de origem.

III. Recurso não conhecido".

(REsp 1172611/RS, Rel. Min. GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe 16/05/2011).

"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. JULGADO PROFERIDO POR MAIORIA. CABIMENTO DE EMBARGOS INFRINGENTES. ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. INEXISTÊNCIA. SÚMULA Nº 207/STJ. DECISÃO MANTIDA POR SEU PRÓPRIO FUNDAMENTO.

1. 'É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem'. (Súmula nº 207/STJ)

2. (...)

3. Agravo a que se nega provimento".

(AgRg no Ag 619.737/RJ, Rel. Min. PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, DJ 12/11/2007).

"AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSO CIVIL. PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE. VIAS RECURSAIS ORDINÁRIAS NÃO EXAURIDAS. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO Nº 207 DA SÚMULA DO STJ. AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO CONHECIDO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem (Súmula do STJ, Enunciado nº 207).

2. Agravo regimental improvido".

(AgRg no Ag 520.534/RN, Rel. Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, SEXTA TURMA, DJ 06/02/2006).

"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. SÚMULA 7/STJ. SÚMULA 207/STJ.

(...)

'É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

contra o acórdão proferido no tribunal de origem'.

Agravo desprovido".

(AgRg no Ag 406.212/SP, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJ 04/03/2002).

Outrossim, nos termos do *decisum* agravado, ainda que se pudesse ultrapassar o óbice constante no enunciado 207 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, como requer o agravante, ainda assim, a insurgência não lograria êxito. Senão vejamos.

No que tange à sustentada negativa de vigência ao artigo 59 do Código Penal, ao argumento de que condenações anteriores com trânsito em julgado desconsideradas para efeito de reincidência em razão do período depurador de 5 (cinco) anos não podem ser consideradas para efeitos de maus antecedentes, constata-se a ausência de prequestionamento, uma vez que nos termos da Súmula nº 320 do Superior Tribunal de Justiça "a questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento".

Nesse sentido, confirmam os seguintes precedente desta Corte:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. MATÉRIA DEBATIDA APENAS NO VOTO VENCIDO. SÚMULA 320/STJ. HIPÓTESES. OCORRÊNCIA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ.

1. O voto vencedor proferido no acórdão recorrido discutiu a questão da ocorrência de erro de tipo. Entretanto, não cuidou expressamente da questão referente à possibilidade de absolvição sumária nessa hipótese, tampouco do conteúdo dos artigos indicados como violados. Tal debate ocorreu apenas no voto vencido, razão pela qual está ausente o necessário prequestionamento, nos termos da Súmula 320/STF.

2. (...)

3. Agravo regimental improvido".

(AgRg no REsp 1.214.845/ES, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, Julgado em 18/03/2014, DJe 07/04/2014).

"ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO MILITAR. NULIDADE DO ATO DE EXCLUSÃO. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. QUESTÃO VENTILADA APENAS NO VOTO-VENCIDO NÃO CARACTERIZA O PREQUESTIONAMENTO. RETORNO DOS AUTOS. NECESSIDADE.

1. A matéria apreciada nas razões do voto vencido não tem o condão de caracterizar o indispensável prequestionamento viabilizador do recurso especial, conforme a Súmula no 320 deste Superior Tribunal de Justiça.

2. Opostos os embargos de declaração visando provocar a manifestação do Tribunal *a quo*, que, ainda assim, se manteve silente, e tendo sido arguida a violação ao art. 535, inciso II, do Código de Processo Civil, o reconhecimento da existência de omissão no acórdão recorrido, com o envio dos autos à Corte de origem, é medida que se impõe.

3. Agravo regimental do desprovido".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(AgRg no Ag 1148498/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 23/11/2009).

Lado outro, nos termos da decisão recorrida, no que concerne à alegada violação do artigo 386, inciso V, do Código de Processo Penal, sob o argumento de que não há provas de que tenha concorrido para a infração, constata-se que o agravante pretende, em verdade, rediscutir as razões que levaram o Tribunal de origem a proferir um decreto condenatório.

É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático probatório para embasar a condenação ou absolvição. Nesse contexto, verifica-se não possuir esta senda eleita espaço para a análise das matérias suscitadas pelo recorrente, cuja missão pacificadora restara exaurida pelas instâncias anteriores.

De fato, para se chegar a conclusão diversa da que chegou o Tribunal de origem, seria inevitável o revolvimento do arcabouço carreado aos autos, procedimento sabidamente inviável na instância especial. Com efeito, não se mostra plausível nova análise do contexto probatório por parte desta Corte Superior, a qual não pode ser considerada uma terceira instância recursal.

Desse modo, não é possível, em sede de recurso especial, acolher a pretensão do recorrente, pois demandaria reexame de fatos e provas, o que é vedado nos termos da Súmula nº 7 do STJ: Superior Tribunal de Justiça pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial".

Nesse sentido, confirmam os seguintes precedentes:

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 59, III, E 61, I, DO CP. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282 E 356/STF E 211/STJ. MALFERIMENTO DO ART. 386, V, CPP. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. (...)

2. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a existência de provas suficientes a embasar o decreto condenatório, ou a ensejar a absolvição, porquanto é vedado, na via eleita, o reexame de provas, conforme disciplina o enunciado 7 da Súmula desta Corte.

3. Agravo regimental a que se nega provimento".

(AgRg no AREsp 442.919/PE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, Julgado em 04/02/2014, DJe 18/02/2014).

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO QUALIFICADO. PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. A alteração das conclusões do acórdão recorrido exige reapreciação do acervo fático-probatório da demanda, o que faz incidir o óbice da Súmula 7, STJ.

2. Agravo regimental não provido".

(AgRg no REsp 1.449.908/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, Julgado em 22/05/2014, DJe 27/05/2014).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. LESÃO CORPORAL. RÉU ABSOLVIDO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. PRETENSÃO RECURSAL QUE ALMEJA A CONDENAÇÃO. INVIABILIDADE. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ.

1. Em recurso especial, é inviável a análise do conteúdo das provas para se aferir se seriam suficientes para a condenação, em razão da vedação contida na Súmula 7/STJ.

2. Agravo regimental improvido".

(AgRg no AREsp 91.759/BA, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, Julgado em 22/10/2013, DJe 14/11/2013).

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. ALEGADA AUSÊNCIA DE PROVAS. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DO ACERVO PROBATÓRIO. VEDAÇÃO DA SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Conforme ressaltado na decisão objurgada, a pretensão recursal de absolvição ou de anulação do processo por insuficiência de provas para condenação não encontra campo na via eleita, dada a necessidade de revolvimento do material probante, procedimento de análise exclusivo das instâncias ordinárias e vedado ao Superior Tribunal de Justiça, a teor da Súmula 7/STJ.

2. (...)

3. Agravo regimental não provido".

(AgRg no AREsp 354.869/CE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, Julgado em 03/10/2013, DJe 09/10/2013).

Por fim, conforme consignado na decisão agravada, quanto à aventada ofensa ao artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, ao fundamento de que para a incidência da causa de aumento de pena referente ao emprego de arma de fogo é necessário a apreensão e a perícia da arma, constata-se que o raciocínio desenvolvido pelo Tribunal de origem guarda fina sintonia com a jurisprudência desta Corte.

De fato, quanto à matéria, assim consignou o Tribunal *a quo* (fls. 328/331):

"Na mesma linha de raciocínio, não merece acolhida a pretensão defensiva para afastar a majorante pelo emprego da arma de fogo.

A arma não foi apreendida, porém tal fato não tem o condão de afastar a incidência da majorante, quando o conjunto probatório aponta no sentido de seu emprego na empreitada criminosa, como ocorre no caso em tela.

Ao estudar a questão referente à circunstância qualificadora de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

emprego de arma de fogo, o emérito Professor Weber Martins Batista assim se manifestou:

(...)

Recentemente, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, órgão que reúne a 5ª e a 6ª Turmas, analisou a matéria e chegou à seguinte conclusão:

(...)

Também nesse sentido é a orientação do Supremo Tribunal Federal:

(...)

Cumprе ressaltar que entendimento contrário afrontaria a própria *mens legis*, que visa a majorar a pena daquele que através do emprego de arma de fogo impinge maior temor às suas vítimas".

Dessa forma, constata-se que o entendimento adotado pelo Tribunal de origem não se afasta da jurisprudência consolidada na Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, que por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência nº 961.863/RS, firmou entendimento de que é prescindível a apreensão e a perícia da arma de fogo para a comprovação de seu potencial lesivo, bastando, para a aplicação da causa de aumento, que seja devidamente comprovado o seu emprego para a prática do crime. A título de ilustração, confira-se a ementa do aresto:

"CRIMINAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO. EMPREGO DE ARMA. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE. EMBARGOS CONHECIDOS E REJEITADOS.

I - 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.

II - Os depoimentos do condutor, da vítima, das testemunhas, bem como qualquer meio de captação de imagem, por exemplo, são suficientes para comprovar a utilização de arma na prática delituosa de roubo, sendo desnecessária a apreensão e a realização de perícia para a prova do seu potencial de lesividade e incidência da majorante.

III - A exigência de apreensão e perícia da arma usada na prática do roubo para qualificá-lo constitui exigência que não deflui da lei resultando então em exigência ilegal posto ser a arma por si só desde que demonstrado por qualquer modo a utilização dela - instrumento capaz de qualificar o crime de roubo.

IV - 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.

V - Embargos conhecidos e rejeitados, por maioria".

(REsp 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).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No mesmo sentido, confirmam-se recentes julgados deste Sodalício:

"*HABEAS CORPUS*. ROUBO MAJORADO POR QUATRO VEZES, EM CONTINUIDADE DELITIVA. ARMA BRANCA (FACA). APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. EXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS DE PROVA QUE COMPROVAM O EFETIVO EMPREGO DE ARMA. INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO, QUE SE MOSTRA DEVIDA. TENTATIVA. ALMEJADO RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. POSSE MANSA E PACÍFICA. DESNECESSIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Para a incidência da majorante prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, mostra-se prescindível a apreensão e perícia da arma para a comprovação do seu efetivo poder vulnerante, quando existirem nos autos elementos de prova que atestem o seu emprego na ação criminosa (EREsp n. 961.863/RS). Precedentes.

(...)

3. Ordem denegada".

(HC 217.177/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/09/2012, DJe 17/09/2012).

"CRIMINAL. ROUBO. EMPREGO DE ARMA. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE. AGRAVO DESPROVIDO.

I - Consoante entendimento desta Corte, 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.

II - Agravo interno desprovido".

(AgRg no AREsp 14.117/DF, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 01/08/2012).

Incide, portanto, quanto à alegada violação do artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, a orientação prevista enunciado nº 83 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, a qual se aplica tanto no que concerne aos recursos interpostos com base na alínea "c" quanto com base na alínea "a" do permissivo constitucional, no sentido de que "não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida".

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0139004-7

AgRg no
AREsp 528.119 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 03113788620118190001 201424750339 3113788620118190001

EM MESA

JULGADO: 19/08/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : MARCO BENIKES

ADVOGADOS : ROSA MARIA CARDOSO DA CUNHA
ANA PAULA DE ALMEIDA ROSSI

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MARCO BENIKES

ADVOGADOS : ROSA MARIA CARDOSO DA CUNHA
ANA PAULA DE ALMEIDA ROSSI

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.