

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0810428-25.2015.8.05.0080 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: DILSON FERREIRA DE OLIVEIRA Advogado (s): ANTONIO CARLOS ANDRADE LEAL APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. TENTATIVA DE ROUBO MAJORADO (ART. 157, § 2º, INCISOS I, II E V, C/C O ART. 70 E ART. 14, II, AMBOS DO CP). MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. ALEGAÇÃO DE COAÇÃO MORAL RESISTÍVEL. IMPERTINENTE. AUSÊNCIA DE PROVA A DEMONSTRAR A COAÇÃO. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. INVIABILIDADE. PRÁTICA DOS ATOS NUCLEARES. AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA DO EMPREGO DE ARMA. DESCABIDO. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA. MODIFICAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. Demonstrada de forma inequívoca a autoria e materialidade do crime de tentativa de roubo majorado, impossível cogitar-se a absolvição. Se a defesa não se incumbiu do ônus previsto no art. 156 do CPP, de comprovar que o apelante tenha suportado qualquer tipo de coação, inviável o reconhecimento da atenuante da coação moral resistível. Inexiste menor importância quando a conduta do Acusado teve relevante atuação no crime, praticando os atos nucleares do tipo penal. São prescindíveis a apreensão da arma e a realização de exame pericial para que incida o aumento na pena por uso de arma, no crime de roubo, quando existirem nos autos outros elementos probatórios capazes de concluir pela sua efetiva utilização no delito. Não preenchidos os requisitos objetivos, previstos no art. 44 do CP, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Em respeito ao art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, o regime de pena estabelecido para o Apelante deve permanecer no semiaberto, considerando o quantum da pena fixada. ACÓRDÃO Relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0810428-25.2015.8.05.0080 da Comarca de FEIRA DE SANTANA/BA, sendo Apelante, DILSON FERREIRA DE OLIVEIRA, e Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em CONHECER E NEGAR PROVIMENTO, na forma do Relatório e do Voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Salvador, . PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Unanimidade Salvador, 3 de Agosto de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0810428-25.2015.8.05.0080 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: DILSON FERREIRA DE OLIVEIRA Advogado (s): ANTONIO CARLOS ANDRADE LEAL APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Trata-se de Recurso de Apelação interposto pelo Acusado DILSON FERREIRA DE OLIVEIRA, tendo em vista sua irresignação com a sentença condenatória, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Crime da Comarca de FEIRA DE SANTANA/BA, que julgou procedente a denúncia ofertada pelo Ministério Público, para o fim de condená-lo nas sanções do artigo art. 157, § 2º, incisos I, II e V, c/c o art. 70 e art. 14, II, todos do Código Penal, sendo aplicada a pena de 04 (quatro) anos, 05 (cinco) meses e 09 (nove) dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, associada ao pagamento de 13 (treze) dias-multa. Ao final, concedeu o direito de recorrer em liberdade. Em suas razões recursais, a Defesa requereu a absolvição, por suposta fragilidade do conjunto probatório.

Eventualmente, pugnou pelo afastamento da majorante referente ao emprego de arma, por entender que não restou comprovada a sua utilização, bem como o reconhecimento da atenuante da coação moral e da causa de diminuição de pena da participação de menor importância. Ao final, pleiteou a fixação do regime de cumprimento de pena no aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (ID 47153856). Em contrarrazões, o Parquet aduziu que o acervo probatório coligido nos autos é seguro ao apontar a prática do crime. Ao final, requereu a manutenção in totum da decisão condenatória (ID. 47153920). Abriu-se vista à Procuradoria de Justiça que se manifestou pelo conhecimento e desprovimento do recurso de apelação (ID 4746895977). É o Relatório. Salvador/BA, 18 de julho de 2023. Des. Nágila Maria Sales Brito Relatora PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0810428-25.2015.8.05.0080 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: DILSON FERREIRA DE OLIVEIRA Advogado (s): ANTONIO CARLOS ANDRADE LEAL APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO 1. PRESSUPOSTOS RECURSAIS DEVIDAMENTE CONFIGURADOS. Do exame dos autos, percebe-se que a sentença condenatória foi disponibilizada no DJE em 27.04.2023. O Acusado teve ciência no dia 12.06.2023, sendo interposto recurso no dia 13.05.2023. Levando-se em conta o prazo previsto pelo artigo 593 do Código de Processo Penal, resulta evidente a tempestividade da apelação, a qual veio a cumprir os requisitos necessários para a sua regular tramitação, ensejando o correspondente conhecimento. 2. DO MÉRITO – DA AUTORIA E MATERIALIDADE. A douta autoridade sentenciante, com acerto, reconheceu que o Acusado perpetrou o delito sub judice, incidindo no tipo penal que lhe foi imputado, porém sua Defesa se insurge contra a condenação. Ab initio, compulsando detidamente os fólios, constata-se que a autoria e a materialidade delitivas revelam-se incontestes, devendo ser afastada a irresignação da Defesa, uma vez que o decisio obliterado encontra respaldo no arcabouço probatório colacionado. A materialidade dos delitos está provada com os Autos de Prisão em Flagrante (fls. 02/03 do ID 47153150) e de Exibição e Apreensão (fls. 12 do ID 47153150), bem como declarações das vítimas, confissão do réu e depoimentos coligidos na instrução e na fase do inquérito policial. No que toca à autoria atribuída ao Acusado, as provas contidas nos autos demonstram que, no dia 14 de novembro de 2015, por volta das 23h45min, o Apelante e Antônio Jeferson Carvalho de Oliveira, conhecido como “Xandu”, invadiram uma residência localizada na Rua Lauro de Freitas, nº 605, bairro Novo Horizonte, escalando o muro, uma vez que previamente sabiam que não estava funcionando a cerca elétrica. Nesse momento, mediante violência e grave ameaça e, com o emprego de arma de fogo, eles renderam Pedro José Ferreira da Costa, Gilvana Portugal de Souza Costa, Hyago Portugal de Souza Costa e Yasmin Portugal de Souza Costa, e subtraíram diversos pertences, incluindo dinheiro, celulares e joias. Em suas declarações em juízo a vítima Pedro José Ferreira Costa, relatou com riqueza de detalhes como ocorreu o delito, destacando a participação do apelante no crime. Veja-se: “(...) Estava com a sua esposa e seus filhos dentro de casa na área da piscina, aguardando a chegada de um amigo; a esposa se assustou com a chegada de um indivíduo verbalizando “deita, deita”; logo em seguida surgiu o réu portando uma faca na mão; o indivíduo que o ordenou que deitasse portava um revólver; o réu portava uma arma branca; o sujeito que portava o revólver sinalizou que havia outro envolvido, não o tendo encontrado; após deitar no chão, obedecendo ao outro envolvido, ambos invadiram a sua residência; mantiveram a sua

filha de 15 (quinze) anos no interior da casa; ainda levaram o seu filho de 22 (vinte e dois) anos como refém; ameaçaram e empurraram seu filho para que deitasse, tendo em vista que ele era meio forte; os indivíduos apontavam a arma para eles e chegaram a machucar as costas do seu filho com a ponta da faca; os acusados perguntavam "onde ficava o cofre" achando que na casa tinha dinheiro ; tentaram quebrar as câmeras de segurança da casa; achavam que as vítimas tinham R\$ 100.000,00 (cem mil) reais dentro de casa; colocaram todos os seus familiares no quarto da sua filha; subtraíram relógios, celulares e notebooks; ameaçaram sequestrar sua filha; ambos puxaram a sua filha pelo braço e, nesse momento, discutiu com o outro envolvido; o indivíduo que portava o revólver apontou a arma para a vítima e deflagrou um disparo; no momento do disparo, a vítima conseguiu bater no braço do sujeito tendo o tiro acertado a parede; após, a vítima deu um soco neste indivíduo; nessa ocasião, o filho da vítima conseguiu tomar o revólver; o réu fugiu da casa nesta oportunidade; na fuga o acusado deixou a faca cair; que os pertences subtraídos na empreitada caíram durante a escapatória; conhecem os acusados, sendo eles residentes próximos do local; o outro envolvido já faleceu; ao final , nada foi subtraído da sua casa; seu filho sofreu uma lesão nas costas oriunda da faca do acusado; o ocorrido lhe trouxe sequelas psicológicas, tendo que sair do local; a restrição da liberdade cominada com as pressões psicológicas duraram aproximadamente 01 (uma) hora; comunicou a polícia sobre o fato, oportunidade que prenderam o antigo acusado; o réu foi preso no dia seguinte pela polícia. Questionado pela defesa acerca de quem ameaçou sequestrar a filha da vítima, respondeu que os dois envolvidos ameaçaram. (...)" (Declarações da Vítima, em juízo PJE-MÍDIAS) – grifos nossos. A importância das declarações das vítimas no caso em tela mostra-se ainda mais evidente pelo fato de ela ter reconhecido o Acusado logo após o crime e em juízo como sendo os autores do fato. Ademais, a vítima relatou a existência de uma tatuagem na barriga do acusado, o que foi confirmado, em juízo, quando foi-lhe solicitado que tirasse a camisa, podendo, então, visualizar-se uma tatuagem. Com relação às declarações prestadas pelas vítimas, importante mencionar que o Supremo Tribunal Federal atribui valor especial na hipótese de crime patrimonial, in verbis: Trata-se de agravo contra decisão que negou seguimento a recurso extraordinário interposto em face de acórdão que possui a seguinte ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO MAJORADO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELAÇÃO 1. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE DEMONSTRADAS. PALAVRA DA VÍTIMA DE EXTREMA IMPORTÂNCIA NOS CRIMES PATRIMONIAIS. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. APELAÇÃO 2. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO, IMPROCEDÊNCIA. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE DEMONSTRADAS. PALAVRA DA VÍTIMA DE EXTREMA IMPORTÂNCIA NOS CRIMES PATRIMONIAIS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÕES CORPORAIS. NÃO CABIMENTO. SUBTRAÇÃO DOS BENS DEVIDAMENTE CARACTERIZADA. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 'O reconhecimento dos réus operado de maneira firme e inequívoca pelas vítimas dos crimes de roubo e furto constitui prova robusta e suficiente para a confirmação do decreto prisional' (pág. 15 do documento eletrônico 3). [...]. Isso posto, nego seguimento ao recurso (art. 21, § 1º, do RISTF). Publique-se. Brasília, 30 de abril de 2020. Ministro Ricardo Lewandowski Relator (STF – ARE: 1241929 PR – PARANÁ 0000362-76.2002.8.16.0174, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 30/04/2020, Data de Publicação: DJe-109 05/05/2020). Ocorre

que não apenas as declarações das vítimas, mas também a prova testemunhal produzida em juízo apresenta-se como importante elemento de convicção. Nesse sentido, a versão trazida pelas vítimas converge com o depoimento, em juízo, prestado pelo policial Diego Souza de Sena, um dos responsáveis pela prisão do Apelante. “(...) Perguntado pela promotora acerca dos fatos, narrou que a guarnição da 66ª CIPM recebeu informações por populares de que indivíduos haviam acabado de manter uma família em cárcere privado em uma chácara; que se deslocaram até o local, onde fora franqueada a entrada; que realizaram busca pessoal no acusado e o conduziram à DEPOL; que acredita que tenha sido apreendida uma arma branca em poder do acusado; que Dilson teria confessado informalmente à guarnição a participação na empreitada criminosa; que não se recorda de ter apreendido objetos subtraídos em poder do acusado; que não se recorda se a abordagem ao acusado foi realizada logo após a prática do crime, mas que algumas equipes teriam empreendido buscas ininterruptas a fim de efetuar a prisão do acusado; que os envolvidos no crime teriam ameaçado e restringido a liberdade das vítimas na chácara; que não tem certeza se houve subtração de pertences da família; que a arma supostamente pertencente ao acusado estava escondida em um matagal próximo à residência, indicado pelo acusado; que reconhece o réu na audiência como sendo a pessoa presa no dia dos fatos; que não teve contato com as vítimas do crime (Depoimento do policial, em juízo, registrado na plataforma PJE Mídias). Grifos nossos Ademais, observa-se a existência de provas suficientes acerca da autoria delitiva, obtidas a partir dos depoimentos prestados pelos policiais, salientando a inexistência de qualquer elemento hábil a desconstituir a narrativa das testemunhas. É esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – PENAL E PROCESSUAL PENAL – TRÁFICO DE DROGAS – DEPOIMENTOS POLICIAIS FIRMES E SEGUROS – INEXISTÊNCIA DE CONTRADIÇÕES RELEVANTES – PROVA VÁLIDA – CONDENAÇÃO MANTIDA – INCIDÊNCIA DO BENEFÍCIO PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 – IMPOSSIBILIDADE – DEDICAÇÃO A PRÁTICA CRIMINOSA – REGIME FECHADO – MANUTENÇÃO – QUANTIDADE E VARIEDADE DO TÓXICO APREENDIDO – RECURSO NÃO PROVIDO. – Inexistindo contradições relevantes nos depoimentos dos policiais, e não demonstrado suposto interesse destes no deslinde da ação, não há porque desprezar o relato dos militares. – Se o autor é apontado pelo envolvimento pretérito rio tráfico de drogas, tratando-se da apreensão de crack, maconha e cocaína, não há falar em incidência do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, tampouco em abrandamento do regime. (STJ – REsp: 1530270 MG 2015/0105412-2, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Publicação: DJ 08/06/2017). (Grifei). Ademais, o Acusado, em juízo, confessou a prática do delito. “(...) que os fatos são verdadeiros (...) Narrou que não se recorda de muita coisa; que foi convidado pelo outro envolvido para praticar o delito; que portava uma faca; que o outro envolvido trazia consigo um revólver calibre 38, de propriedade deste sujeito; que a faca que o réu portava lhe foi emprestada para esse crime; que provavelmente o outro acusado conhecia previamente as vítimas e já tinha esse intento; que ele não verbalizava muito no momento da ação; que ficou mais na parte externa da residência; que no imóvel estavam o casal e dois filhos, sendo uma adolescente aparentemente com 15 (quinze) anos; que não conseguiram subtrair nenhum pertence das vítimas; que o dono da casa conseguiu impedir a ação; que o outro envolvido foi contido pela vítima; que pulou o muro e foi para sua casa; que foi preso no dia seguinte no período da manhã; que no momento do disparo encontrava-se fora da residência; que quando ouviu o

disparo, fugiu; que a ideia de assaltar a família foi de Antônio Jeferson; que na época dos fatos usava drogas e tinha pouco discernimento, e que por isso resolveu participar do crime. respondeu que trabalhava, mas que devido à pandemia ficou desempregado; que já vai retornar ao trabalho de jardineiro; que desde a época dos fatos não se envolveu mais em práticas criminosas; que não integra organização criminosa. (...)" grifos nossos

Então, pelo raciocínio lógico aqui desenvolvido, a tese de ausência de provas quanto à autoria não tem consistência perante os elementos trazidos aos autos, que são suficientes e seguros para ensejar o decreto condenatório da exata maneira ocorrida na sentença guerreada, pois há comprovação da autoria delitiva.

3. DA DOSIMETRIA 3.1 DA PENA-BASE

Analizando as diretrizes traçadas pelo artigo 59 do Código Penal, o Magistrado a quo deve fixar a pena-base no mínimo legal quando todas as circunstâncias judiciais forem favoráveis ao Réu ou não existirem elementos de aferição. No caso em tela, o Juiz sentenciante considerou como desfavorável o vetor das Circunstâncias do Crime aumentando a pena-base do crime de roubo em 06 (seis) meses de reclusão. Veja-se: "(...) À análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, verifica-se: Culpabilidade proporcional a espécie, nada tendo a se valorar; não há antecedentes criminais; conduta social sem máculas; os motivos são condenáveis, porém atinentes ao próprio tipo penal; as circunstâncias são graves, tendo em vista que o acusado praticou o delito em concurso de agentes e restringindo a liberdade das vítimas, o que eleva o grau de coerção para o sucesso da prática delitiva; as consequências são inerentes ao delito, não implicando, por isso, em exasperação da pena; as vítimas não contribuíram de forma alguma para a prática criminosa. Sopesando essas circunstâncias, fixo a pena-base em 04 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, além de multa fixada no valor de 12 (doze) dias-multa sobre 1/30 (um trinta avos) do valor do salário mínimo, levando-se em consideração, ainda, a situação econômica do réu. (...) (grifos nossos)

O vetor Circunstâncias do crime "devem ser entendidas como os aspectos objetivos e subjetivos de natureza incidental que envolvem o fato delituoso" (STJ, HC 301754/SP). Segundo Ricardo Augusto Schmitt[1] "[...] Trata-se da avaliação do modus operandi empregado pelo agente na prática do delito (crime ou contravenção penal). São elementos que não compõem a infração penal, mas que influenciam em sua gravidade, tais como o estado de ânimo do agente, o local da ação delituosa, o tempo de sua duração, as condições e o modo de agir, o objeto utilizado, a atitude assumida pelo autor no decorrer da realização do fato, o relacionamento existente entre o autor e a vítima, entre outros." Nota-se dos autos, que o Magistrado se utilizou da majorante do concurso de agentes para elevar a pena-base, o que é amplamente aceito na jurisprudência. Nesse sentido, a jurisprudência do STJ.

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DECISÃO MONOCRÁTICA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO USO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES. DOSIMETRIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. INCREMENTO NA PRIMEIRA FASE COM BASE NO CONCURSO DE AGENTE E UTILIZAÇÃO DA OUTRA CAUSA DE AUMENTO PARA MAJORAR A PENA NA TERCEIRA FASE. POSSIBILIDADE. PRESENÇA DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO. PRECEDENTES. QUANTUM DE AUMENTO DA PENA-BASE PROPORCIONAL E FUNDAMENTADO. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. COMPROVAÇÃO DA SUA UTILIZAÇÃO NA AÇÃO CRIMINOSA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. I – E assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente

firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos. II – Na hipótese, verifica-se que as instâncias ordinárias fixaram a pena-base do paciente acima do mínimo legal, tendo em vista que a majorante do concurso de agentes foi utilizada como circunstância judicial desfavorável (art. 157, § 2º, inciso II, Código Penal). Tal majoração, entretanto, é legítima, uma vez que a inclusão da majorante sobejante (concurso de agente) como vetorial gravosa na pena-base é prática majoritariamente admitida nesta Corte. III – (...) (STJ – AgRg no HC: 642042 SP 2021/0025965-9, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 09/03/2021, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/03/2021) Dessa forma, descabido o pleito defensivo, verifica-se ter o Magistrado de primeiro grau decidido a questão acertadamente. Portanto, nesta primeira fase da dosimetria, a pena-base deve permanecer em 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão. 3.2. DA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. Na segunda fase da dosimetria, o Juiz sentenciante reconheceu as atenuantes da confissão espontânea e menoridade, fixando a pena no mínimo legal, porém a Defesa pugnou pelo reconhecimento também da atenuante da coação moral. A incidência da referida circunstância atenuante requer a existência de prova indubitosa, cujo ônus incumbe ao Réu, o que não se deu no caso concreto. Ademais, em seu interrogatório judicial o Apelante disse que foi “convidado” para prática do delito. Logo, impossível o reconhecimento da atenuante prevista no artigo 65, III, 'c', do Código Penal – crime que teria sido praticado sob o domínio de efetiva ameaça, suportado pelo acusado, diante da ausência de qualquer prova neste sentido. 3.3 DA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. Na terceira fase da dosimetria devem incidir as causas de aumento e de diminuição de pena. No caso em tela, o Juiz verificou a existência da causa de aumento pelo uso de arma fogo (art. 157, 2º, inciso II, do CP – redação anterior) aumentando a pena em 1/3. Nesta etapa, o sentenciante, também aplicou a causa de diminuição da tentativa em seu percentual mínimo, qual seja, 1/3 (um terço), porém a Defesa pugnou pelo afastamento da referida majoração, bem como o reconhecimento da causa de diminuição da participação de menor importância. DO USO DE ARMA A Defesa pugnou pelo afastamento da majorante relativo ao uso de arma. Inicialmente, cumpre salientar que o fundamento da causa de aumento é o poder intimidatório que a arma exerce sobre a vítima, reduzindo-lhe ou até mesmo anulando-lhe a capacidade de resistir às investidas do agente. Por tal razão, filio-me à corrente que entende não importar a potencialidade lesiva da arma, bastando que ela seja apta a provocar um maior temor à vítima e com isso reduzir-lhe o poder de resistência. Daí poder-se concluir que, sendo desnecessária a prova da potencialidade lesiva da arma, faz-se dispensável também a realização de perícia e, consequentemente, torna-se prescindível a sua apreensão, desde que, no último caso, exista a prova de que o agente utilizou-se do armamento para praticar o delito, cabendo à Defesa, conforme o art. 156 do CPP, demonstrar que o artefato é desprovido de potencial lesivo, uma vez que o poder vulnerante integra a própria natureza do objeto. Consabido que Doutrina e Jurisprudência, de forma pacífica, entendem que, para a incidência da aludida majorante, não é necessária a apreensão da arma e, menos ainda, a existência de laudo pericial atestando a potencialidade lesiva do artefato. Veja-se, a propósito os seguintes precedentes dos Tribunais Superiores: PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA DE FOGO. PRESCINDIBILIDADE. COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS DE PROVA. POSSIBILIDADE. REVALORAÇÃO JURÍDICA DE MOLDURA FÁTICA

EXPRESSAMENTE DELINEADA NO ACÓRDÃO. SÚMULA N. 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A Terceira Seção deste Tribunal Superior, no julgamento do EREsp n. 961.863/RS, consolidou o entendimento de que a configuração da majorante atinente ao emprego de arma de fogo prescinde de apreensão da arma utilizada no crime e de realização de exame pericial para atestar a sua potencialidade lesiva, quando presentes outros elementos probatórios que atestem o seu efetivo emprego na prática delitiva, tal como na hipótese dos autos, em que o uso do artefato foi evidenciado pela palavra da vítima. 2. Ao contrário do que alega o agravante, o conhecimento e provimento do recurso especial interposto pelo órgão ministerial prescindiui de reexame de fatos e provas, na medida em que a questão suscitada demandou tão somente a reavaliação jurídica da moldura fática já expressamente delineada no acórdão da apelação, não incidindo, portanto, o óbice da Súmula n. 7/STJ. Precedentes. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1916225/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/06/2021, DJe 21/06/2021. (Grifo nosso). AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPUGNAÇÃO AO FUNDAMENTO DA DECISÃO ATACADA. CONHECIMENTO DO AGRAVO. ROUBO. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. CONFIGURAÇÃO COM BASE NA PROVA TESTEMUNHAL. FUNDAMENTO VÁLIDO. REPARAÇÃO MÍNIMA DE DANOS CAUSADOS. EXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO E PROVA DOS DANOS SOFRIDOS. ART. 387, IV, DO CPP. ALTERAÇÃO DO MONTANTE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO PARA CONHECER DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL MAS LHE NEGAR PROVIMENTO. 1. Reconhecida a impugnação a todos os fundamentos da decisão atacada, deve ser conhecido o agravo em recurso especial. 2. É entendimento desta Corte ser prescindível a apreensão da arma de fogo empregada no crime de roubo, desde que outros elementos de prova, tais como a prova testemunhal, permitam concluir pelo efetivo uso quando do cometimento do delito, tal como ocorrido na espécie. 3. A pretendida alteração do quantum indenizatório fixado na origem demanda necessariamente o revolvimento fático-probatório, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ. 4. Agravo regimental provido para conhecer do agravo em recurso especial mas lhe negar provimento. (AgRg no AREsp 1660264/TO, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2020, DJe 07/08/2020) Sobre o tema, assevera Fernando Capez[1]: "Para a caracterização do crime de roubo simples basta tão somente o relato da vítima ou a prova testemunhal no sentido de que o agente portava arma de fogo, pouco importando a sua eficácia, pois exige-se apenas a prova da grave ameaça. Dúvidas surgem quanto à caracterização da agravante do emprego de arma. Para aqueles que entendem que o roubo será agravado, ainda que a arma não tenha potencialidade lesiva (arma de brinquedo, defeituosa ou desmuniada), prescinde-se da apreensão da arma de fogo e posterior confecção de laudo pericial para constatação da eficácia do meio empregado, pois não importa para a incidência da causa de aumento de pena se o meio empregado tem ou não poder vulnerante. Desta feita, basta o relato da vítima ou a prova testemunhal para que a majorante incida. (...)" No caso em comento, a vítima narrou em juízo que os Autores estavam portando um revólver e uma faca. Por tais razões, mesmo não apreendida arma de fogo com o Apelante, não restam dúvidas quanto à sua efetiva utilização para a prática do crime, logo deve ser mantida a causa de aumento DA PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA Requer a Defesa do Apelante que seja reconhecida sua participação de menor importância. Neste ponto, os depoimentos da vítima, em ambas as fases do processo, foram de clareza solar, informando a participação ativa do Acusado no delito. In casu, note-se que o Apelante foi autor do crime, e não mero partícipe,

pois restou comprovado que ele e o corréu invadiram a residência e fizeram as vítimas de reféns, ao passo que ameaçavam e empurravam o filho do ofendido, inclusive machucando-o nas costas, com a ponta de uma faca, arma utilizado por este. Saliente-se que esta causa de diminuição é aplicada nos casos em que o partícipe colabora de forma mínima para o deslinde da empreitada criminosa, tendo sua ação pouca ou menor relevância. Nessa empreitada criminal, porém, o recorrente teve importante atuação, sendo impossível a aplicação de tal causa de diminuição. Nesse sentido, o professor Cesar Roberto Bitencourt[2]: “coautoria é a realização conjunta, por mais de uma pessoa, de uma mesma infração penal. Coautoria é, em última análise, a própria autoria. É desnecessário um acordo prévio, como exigia a antiga doutrina, bastando a consciência de cooperar na ação comum. É a atuação consciente de estar contribuindo na realização comum de uma infração penal. Essa consciência constitui o liame psicológico que une a ação de todos dando o caráter de crime único. Todos participam da realização do comportamento típico, sendo desnecessário que todos pratiquem o mesmo ato executivo”. Sobre partícipe, na mesma obra, o mencionado autor continua dizendo que “realiza uma atividade secundária que contribui, estimula ou favorece a execução da conduta proibida”.

Conforme demonstrado, a atuação do Apelante foi essencial para a execução. 4. DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA Em respeito ao art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, o regime de pena estabelecido para o Apelante deve permanecer no semiaberto, tendo em vista ser o regime mais adequado para o caso concreto, considerando o quantum da pena fixada.

5. DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. Do exame da pena aplicada, percebe-se a inviabilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Vale examinar os requisitos apontados pela doutrina para que seja autorizada a conversão, consoante leciona Guilherme de Souza Nucci[3]: São três requisitos objetivos e um subjetivo, decomposto em vários itens (art. 44, CP): objetivos: a) aplicação de pena privativa de liberdade não superior a quatro anos, quando se tratar de crime doloso; b) crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa; c) réu não reincidente em crime doloso; subjetivo: condições pessoais favoráveis: d1) culpabilidade; d2) antecedentes; d3) conduta social; d4) personalidade; d5) motivos; d6) circunstâncias (...). Não merece amparo o requerimento da substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos na hipótese em tela. O Apelante não preenche as condições previstas no artigo 44 do Código Penal, em razão, de o crime ter sido cometido com violência e grave ameaça à pessoa. CONCLUSÃO Ante o exposto, impõe-se o CONHECIMENTO e o DESPROVIMENTO DO RECURSO, mantendo-se a sentença condenatória in totum.

[1] CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Vol. 2. Parte especial : dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212). 14ª. ed. São Paulo : Saraiva, 2014, p. 346. [2] BITENCOURT, Cesar Robert. Código Penal Comentado. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 188/189. [3] NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 410. Salvador/BA, 18 de julho de 2023. Desa. Nágila Maria Sales Brito – 2ª Câmara Crime 2ª Turma Relator