

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.788.677 - SP (2018/0336939-6)**

**RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO**  
**RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**RECORRIDO : R S DOS S (PRESO)**  
**ADVOGADOS : VOLNEY SANTOS TEIXEIRA - DEFENSOR PÚBLICO**  
**DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**DECISÃO**

Trata-se de recurso especial interposto em face de acórdão que deu parcial provimento ao recurso de apelação, reduzindo a pena imposta ao réu.

Sustenta o recorrente violação dos arts. 59 e 61, I, do Código Penal, ao argumento de que, *havendo duas ou mais condenações definitivas geradoras da reincidência, uma delas pode ser usada como maus antecedentes e a outra como agravante genérica*.

Requer o provimento do recurso para que seja restabelecida a sentença que valorou negativamente a circunstância judicial dos antecedentes criminais, com a consequente exasperação da pena-base.

Contrarrazoado e admitido na origem, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Decido.

A matéria, objeto de divergência, trazida no presente recurso, diz respeito à possibilidade de utilização de condenações anteriores para a valoração negativa dos antecedentes criminais.

Manifestou-se o Tribunal *a quo*, acerca da questão, nos seguintes termos (fl. 246):

Afasta-se o acréscimo da pena, em razão dos maus antecedentes criminais, eis que as condenações pretéritas transitaram em julgado, em data anterior aos fatos em questão. Configuram a circunstância agravante da reincidência, devendo incidir, na segunda fase da graduação da pena (fls. 110, 117/119, 139/140, 141/142).

O sistema trifásico não permite que uma delas seja escolhida para agravar a pena a título de maus antecedentes, outra, a título de circunstância agravante da reincidência.

Para que estejam configurados os maus antecedentes criminais, necessário que sentença condenatória, por conduta delituosa, cometida em data anterior, tenha transitado em julgado, no curso do processo, que apura novo delito. Hipótese que não ocorreu, no presente caso.

Assim, fixada a pena-base, em quatro anos de reclusão e dez dias-multa, mantida a compensação do aumento da circunstância agravante da reincidência pela circunstância atenuante da confissão, bem como o aumento

de um sexto em razão da agravante referente a idade da vítima, resulta a pena de quatro anos e oito meses de reclusão, e onze dias-multa, mantido o regime inicial fechado em razão da reincidência.

Como se vê, o acórdão recorrido está em desacordo com o entendimento firmado por esta Corte, no sentido de se admitir condenações anteriores transitadas em julgado para fundamentar o aumento da pena-base pelo desvalor dos antecedentes criminais, sendo apenas vedado o *bis in idem*, o que foi respeitado no presente caso. A propósito:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INTERESTADUALIDADE DO DELITO. FRAÇÃO DE AUMENTO. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. A natureza e a elevada quantidade de drogas apreendidas - 1.546, 0g (um quilo, quinhentos e quarenta e seis gramas) de crack - justificam maior reprimenda na primeira fase da dosimetria, a teor do que estabelecido no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. **Uma vez existente condenação transitada em julgado por fato anterior ao cometimento do delito sub examine, mostra-se correta a conclusão pela existência de maus antecedentes.**

[...] (HC 399.029/PE, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 03/08/2018).

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO. DOSIMETRIA. AUMENTO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. DUAS CONDENAÇÕES ANTERIORES. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. COMPENSAÇÃO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Ausência de ilegalidade no aumento da pena-base, tendo-se utilizado de uma condenação anterior, já extinta pelo cumprimento, como maus antecedentes e outra para o aumento pela reincidência.

Ausente qualquer referência à utilização de condenação sem o devido trânsito em julgado. A ilegalidade apontada nos autos de habeas corpus, de cognição sumária, deve estar demonstrada de plano, não se admitindo dilação probatória.

[...]

3. Agravo regimental improvido (AgRg no HC 415.804/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 29/05/2018).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para restabelecer a sentença condenatória.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 18 de fevereiro de 2019.

**MINISTRO NEFI CORDEIRO**

Relator

