RECURSO ESPECIAL Nº 1.799.660 - RJ (2019/0056991-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
RECORRENTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
RECORRIDO	:	DANIEL BARBOSA (PRESO)
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO TENTADO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA. DOSIMETRIA DA PENA. PLEITO MINISTERIAL. VALORAÇÃO NEGATIVA DOS MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES DISTINTAS TRANSITADAS EM JULGADOS ANALISADAS SEPARADAMENTE NA PRIMEIRA FASE E NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE **BIS IN IDEM**. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição da República, contra o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal de Justiça daquele Estado, assim ementado (fls. 224-225):

> *"Roubo com emprego de faca. Sentença condenatória com reconhecimento da forma tentada. apelo ministerial com a pretensão de reconhecimento da consumação e agravamento das penas-base. apelo defensivo com pleito de redução máxima pela tentativa e regime semiaberto. recursos providos em parte.*
>
> *Fica mantida a condenação pelo crime de roubo, mas na forma consumada. O réu se assenhoreou do telefone da vitima, após ameaçá-la com uma faca e, posteriormente, foi abordado por policiais que sequer sabiam do roubo que tinha praticado. Em seu poder, além do telefone, estava a faca.*
>
> *É vedado pelo ordenamento jurídico-penal desmembrar duas condenações anteriores para que uma interfira na primeira fase e outra, na segunda. É que o Código Penal, por adotar, em seu art. 68, o sistema trifásico determina que, em primeiro lugar, se considerem as circunstâncias judiciais, inconfundíveis com as circunstâncias atenuantes e com as*

agravantes, as quais devem ser consideradas na fase seguinte. Por fim, vem as causas de redução e as de aumento.

Dessa forma, é indisfarçável que o desmembramento de condenações anteriores e definitivas, configuradoras da reincidência, acarreta indevida migração, para a primeira fase, de uma circunstância agravante.

Ademais, o art. 61 do Código Penal aponta os dois únicos casos em que a circunstância agravante perde tal natureza: quando é elemento do tipo ou qualificadora.

Por conseguinte, no particular, o pleito ministerial se põe em desarmonia com o princípio da reserva legal das penas.

E, apesar de se tratar de um reincidente especifico, o regime inicial do regime de cumprimento da pena privativa de liberdade passa a ser o semiaberto, em razão do tempo em que o réu está preso, sendo certo, ademais, que, no juízo da execução, já se encontra no referido regime.

Afastamento do emprego de arma, por força da Lei nº 13.654/2018. Recursos parcialmente providos: o ministerial para reconhecer a modalidade consumada e o defensivo para afastar a arma e estabelecer o regime inicial semiaberto."

Nas razões do recurso especial, o **Parquet** sustenta a violação ao art. 59 do Código Penal, ao argumento de que havendo duas condenações transitadas em julgados, uma deveria ter sido considerada como maus antecedentes e a outra como agravante da pena pela reincidência da réu.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 259-264), o recurso foi admitido na origem e os autos ascenderam a esta eg. Corte de Justiça.

O Ministério Público Federal apresentou parecer pelo **provimento** do recurso especial (fls. 280-285).

É o relatório.

Decido.

O recurso merece prosperar.

Consta dos autos que a parte recorrida foi condenada às penas de **04 (quatro) anos e 05 (cinco) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e de pagamento de 17 (dezessete) dias-multa**, pela prática do delito previsto

no art. 157, § 2º, inciso I, na forma do art, 14, inciso II, ambos do Código Penal.

Em segunda instância, o eg. Tribunal **a quo** deu parcial provimento ao apelo interposto pelo ora recorrente, para reconhecer a forma consumada e parcial provimento ao recurso da Defesa para afastar o emprego da arma, tornando a reprimenda em **04 (quatro) anos, 09 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão no regime semiaberto e 12 (doze) dias-multa.**

Sobreveio o presente recurso especial, no qual, consoante relatado, pretende-se o redimensionamento da reprimenda pelo reconhecimento da valoração negativa da circunstância judicial referente aos antecedentes penais.

Pois bem.

O v. acórdão impugnado está fundamentado nos seguintes termos (fl. 228-229, grifei):

"Agora, as penas. A pretensão do Ministério Público, no sentido de que as penas-base sejam exasperadas e de que, para tanto, se use uma das duas condenações anteriores como circunstância judicial não pode ser acolhida.

Explico.

Tal operação é vedada pelo ordenamento jurídico-penal. É que o Código Penal, por adotar, em seu art. 68, o sistema trifásico determina que, em primeiro lugar, se considerem as circunstâncias judiciais, inconfundíveis com as circunstâncias atenuantes e com as agravantes, as quais devem ser consideradas na fase seguinte. Por fim, vêm as causas de redução e as de aumento.

Dessa forma, permissa venia, ***é indisfarçável que o desmembramento de condenações anteriores e definitivas, configuradoras da reincidência, acarreta indevida migração, para a primeira fase, como circunstância judicial negativa, de uma circunstância agravante****.*

Ademais, ***o art. 61 do Código Penal aponta os dois únicos casos em que circunstância agravante perde tal natureza: quando é elemento do tipo ou qualificador****.*

Por conseguinte, no particular, o pleito ministerial se põe em desarmonia com o princípio da reserva legal das penas.

Assim, as penas-base devem ser mantidas no mínimo legal. Porém o apelado é reincidente específico, eis que, além de uma condenação por ***furto simples a um ano de reclusão, com sursis por dois anos, que se tornou definitiva em 16 de março de 2006****, conforme a segunda anotação de sua folha de antecedentes criminais, pasta 59, também foi condenado, em virtude*

*de **roubo com emprego de arma, a dois anos e dez meses de reclusão por sentença transitada em julgado em 1º de abril de 2011**, como se vê na quinta anotação em sua folha penal.*

E, por ser reincidente específico, elevo suas penas a 04 (quatro) anos, 09 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão e 12 (doze) dias-multa.

Em atendimento ao pleito defensivo, fixo o regime semiaberto, não só em razão do tempo em que está preso, como também porque, em consulta eletrônica ao processo de execução nº 024149-50.2010.8.19.0001, constatei que se encontra no regime ora estabelecido.

Todavia, deve ser afastado o emprego de arma, tendo em vista o advento da Lei n° 13.654/2018."

Com efeito, as condenações alcançadas pelo período depurador de 5 (cinco) anos, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem a configuração de maus antecedentes, permitindo a exasperação da pena-base.

No presente caso, verifico que o v. acórdão recorrido destoa da jurisprudência deste Sodalício, a qual possui entendimento assente no sentido de que a presença de duas condenações transitadas em julgado - uma utilizada para elevar a pena-base e outra servindo de sustentação ao reconhecimento da reincidência - afasta a alegação de **bis in idem**. Ou seja, não há falar que o desmembramento de condenações anteriores transitadas e julgado acarreta indevida migração, para a primeira fase, como circunstância judicial negativa.

A propósito, os seguintes precedentes deste Superior Tribunal de Justiça:

> *"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 619 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. PLEITO ABSOLUTÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. CULPABILIDADE E MAUS ANTECEDENTES. PENAS-BASE DEVIDAMENTE EXASPERADAS. CONTINUIDADE DELITIVA. AFASTAMENTO. INVIABILIDADE. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL PRATICADOS EM VÁRIAS OCASIÕES.*

[...]

V - No que tange aos maus antecedentes, melhor sorte não assiste à parte recorrente, eis que, da análise do julgado, ***das duas ações penais transitadas em julgado uma foi utilizada na primeira fase para exasperar a pena-base e a outra como agravante na segunda fase, a título de reincidência, procedimento em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior****. [...]*

Agravo regimental desprovido." (AgRg nos EDcl no AREsp 1147225/MG, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJe 15/08/2018, grifei).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MOEDA FALSA (ART. 289, § 1º, DO CP). DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES ALCANÇADAS PELO PERÍODO DEPURADOR. ILEGALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Consoante orientação sedimentada nesta Corte Superior, condenações passadas em julgado, atingidas pelo período depurador previsto em lei, embora não sirvam para atestar a reincidência do réu, podem ser consideradas como maus antecedentes para exasperar a pena-base.

2. Na hipótese, não se verifica ilegalidade a ser sanada na via eleita, porquanto a recorrente possui 4 condenações transitadas em julgado, das quais 2 foram utilizadas para aplicação da agravante da reincidência em 1/6 (um sexto) e as outras 2 foram corretamente valoradas como maus antecedentes para exasperar a pena-base na mesma fração.

3. Agravo a que se nega provimento." (AgRg no AREsp 875.012/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe 25/04/2018).

"RECURSO ESPECIAL. ROUBO. MOMENTO CONSUMATIVO. INVERSÃO DA POSSE DO BEM. MAUS ANTECEDENTES. CONFIGURAÇÃO. RECURSO PROVIDO.

[...]

2. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que, existentes duas condenações transitadas em julgado contra o acusado, por fatos anteriores ao delito em exame, não há ilegalidade na utilização de uma delas para valorar negativamente os antecedentes do réu - e exasperar a pena-base - e de outra para reconhecer a incidência da agravante da reincidência.

3. Recurso provido para afastar a tentativa, reconhecer a valoração negativa dos antecedentes criminais do

recorrido e, nesses termos, restabelecer a sentença proferida pelo Juízo de primeiro grau." (REsp 1351255/RJ, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogerio Schietti Cruz**, DJe 03/12/2015).

Dessa feita, estando o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal **a quo** em desconformidade com o entendimento desta Corte de Justiça quanto ao tema, incide, no caso o enunciado da Súmula n. 568/STJ, **in verbis**: "*O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema*."

Considerando a fundamentação exposta, imperioso **revisar a dosimetria** da pena:

Na primeira fase, reconhecida a valoração negativa da circunstância judicial (antecedentes), fixo a pena-base 1/6 acima do mínimo legal, em 04 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa. Na segunda fase, elevou-se as pena em 09 (nove) meses, 18 (dezoito) dias e 2 (dois) dias-multa, pela agravante da reincidência (fl. 229), resultando em **05 (cinco) anos, 05 (cinco) meses e 18 (dezoito) dias, além do pagamento de 13 (treze) dias multa**. Na terceira fase, não há circunstâncias a serem consideradas, torno, portanto, definitivas as penas em **05 (cinco) anos, 05 (cinco) meses e 18 (dezoito) dias, além do pagamento de 13 (treze) dias multa.**

Ante o exposto, com fulcro no art. 255, § 4º, inciso III, do Regimento Interno do STJ, **dou provimento** ao recurso especial, nos termos da fundamentação supra.

P. e I.

Brasília (DF), 15 de abril de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator