RECURSO ESPECIAL Nº 1.809.075 - SC (2019/0115735-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
RECORRENTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
RECORRIDO	:	C E DOS S R R (PRESO)
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA, fundamentado na alínea *a* e *c* do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça local que deu parcial provimento à apelação da defesa para afastar a majorante do emprego de arma branca no crime de roubo praticado pelo réu, em razão da *novatio legis in mellius* determinada pela Lei n. 13.654/2018.

Depreende-se da análise dos autos que o réu foi denunciado como incurso nas sanções do art. 147, c/c o art. 61, II, *b;* art. 157, § 2º, I, c/c o art. 14, II; e art. 217-A, todos do CP, uma vez que, no dia 5/4/2017, tentou subtrair, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma branca (faca), o aparelho celular pertencente a G N dos S R, quem, apesar de portador de retardo mental e paralisia cerebral, o agressor tentou obrigar, no mesmo contexto fático, a com ele praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal – felação. Consta, ainda, que na mesma situação C E dos S R R ameaçou D R B, por meio de palavras, de causar-lhe mal injusto e grave, com o fim de assegurar a ocultação e impunidade dos dois primeiros crimes.

Julgada procedente a ação penal, o réu foi condenado à 13 (treze) anos, 2 (dois) meses e 1 (um) dia de reclusão, em regime inicial fechado, e 19 (dezenove) dias-multa pelos crimes de estupro de vulnerável e roubo majorado tentado. Foi-lhe imputada, ainda, pena de 1 (um) mês e 10 (dez) dias de detenção, no regime semiaberto, pela prática do crime de ameaça (e-STJ fls. 128-152).

A decisão foi parcialmente reformada pelo Tribunal de origem, apenas no tocante ao crime de roubo, do qual foi afastada a majorante do emprego de arma branca, haja vista a nova redação imposta ao Código Penal pela Lei n. 13.654/2018.

O Ministério Público Estadual opôs embargos de declaração para sanar a omissão do acórdão quanto à possibilidade de migrar a valoração do uso de arma branca para a primeira fase da dosimetria penal (e-STJ fls. 237-246).

O Tribunal *a quo* rejeitou os embargos de declaração (e-STJ fls. 248-253).

Nas razões do recurso especial, o Ministério Público reputa contrariados o art. 619 do Código de Processo Penal e o art. 59 do Código Penal (e-STJ fls. 258-275).

Sustenta, em síntese, que o amplo efeito devolutivo da apelação criminal permite a revisão da dosimetria da pena, ainda que no julgamento de recurso exclusivo da defesa, não havendo se falar em *reformatio in pejus* se não ocorrer o agravamento da situação do réu.

Por outro lado, defende que, embora não mais figure entre as causas majorantes do art. 157 do Código Penal, o emprego de arma branca deve ser considerado na aplicação da pena-base, pois trata de situação relacionada às circunstâncias do crime.

Requer, ao final, o provimento do especial para que seja redimensionada a reprimenda cominada ao crime de roubo com a valoração negativa da circunstância judicial pelo emprego de arma branca.

Contrarrazoada a insurgência (e-STJ fls. 258-275), após o juízo prévio de admissibilidade (e-STJ fls. 297-301), os autos ascenderam ao Superior Tribunal de Justiça.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo provimento do inconformismo (e-STJ fls. 314-318).

É o relatório.

Decido.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, passa-se ao exame recursal.

Acerca do tema trazido à discussão no recurso especial, o Tribunal de origem, ao julgar os embargos de declaração do Ministério Público Estadual, assentou (e-STJ fls. 251-252):

> *O embargante sustenta haver omissão no acórdão porque não houve a migração da majorante do emprego de arma branca para a primeira fase dosimétrica, sustentando que pela gravidade da conduta perpetrada a pena do embargado deveria ser exasperada no vetor "circunstâncias do crime".*
> ***Todavia, em que pese alguns entendimentos jurisprudenciais neste sentido, vislumbra-se inviável tal proceder no presente caso, pois a exasperação de ofício violaria o princípio non reformatio in pejus, considerando que o recurso de apelação foi exclusivo da defesa.*** *(Original sem destaques)*

Ao que se nota, o entendimento fixado pela instância ordinária acerca da inviabilidade de reposicionar a circunstância atinente ao emprego de arma branca no roubo na dosimetria penal, transferindo-a para a primeira fase, contraria a orientação desta Corte Superior, no sentido de que o efeito devolutivo da apelação é amplo a ponto de permitir a revisão dos critérios ligados à individualização da pena, mesmo em recurso exclusivo da defesa, sem importar violação ao art. 617 do CPP quando não agravada a situação do acusado.

Nesse sentido:

> *AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ROUBO SIMPLES. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 59 DO CP E 386, VII, DO CPP. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR CARÊNCIA DE PROVAS. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVADAS. PLEITO DE REDUÇÃO AO MÍNIMO LEGAL. IMPROCEDÊNCIA. NEGATIVAÇÃO DOS ANTECEDENTES AFASTADA PELA CORTE DE ORIGEM E FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DA CULPABILIDADE. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. POSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DA PENA-BASE. EFEITO DEVOLUTIVO PLENO DA APELAÇÃO. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. QUANTUM DA PENA NÃO AGRAVADA. PEDIDO DE AUMENTO DA FRAÇÃO DE*

DIMINUIÇÃO DECORRENTE DA MENORIDADE (ART. 65, I, DO CP). DISCRICIONARIEDADE DO JUÍZO SENTENCIANTE. PROPORCIONALIDADE. VERIFICAÇÃO. OCORRÊNCIA.

[…]

4. Conforme descrito na decisão ora agravada, segundo a jurisprudência dessa Corte Superior, o efeito devolutivo pleno do recurso de apelação possibilita à Corte de origem, mesmo que em recurso exclusivo da defesa, a revisar as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, bem como a alterar os fundamentos para justificar a manutenção ou redução das reprimendas ou do regime inicial; não sendo o caso de apontar reformatio in pejus se a situação do recorrente não foi agravada, como no caso sob análise, em que a pena definitiva imposta na sentença foi preservada.

5. Este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que é possível que o Tribunal, ainda que em recurso exclusivo da defesa, revise a fundamentação apresentada na dosimetria da pena realizada na sentença, desde que não modificada a sanção cominada, sem que tal procedimento caracterize indevida reformatio in pejus. [...] O efeito devolutivo pleno do recurso de apelação autoriza que o Tribunal ad quem, ainda que em recurso exclusivo da defesa, proceda à revisão das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, alterando os fundamentos para justificar a manutenção da pena-base exasperada, não havendo que se falar em reformatio in pejus se a situação do sentenciado não é agravada *(AgRg no AgRg no AREsp n. 690.133/RS, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 17/12/2018).*

[…]

8. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1781652/PA, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 24/05/2019)

No mesmo diapasão:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. EXCLUSÃO DE UMA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL PELO TRIBUNAL A QUO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE INALTERADA. POSSIBILIDADE. REFORMATIO IN PEJUS. INEXISTÊNCIA. NOVA PONDERAÇÃO DOS FATOS E DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CULPABILIDADE. PREMEDITAÇÃO. MAIOR INTENSIDADE DO DOLO. MOTIVOS DO CRIME. GRAVIDADE CONCRETA EVIDENCIADA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[…]

- No caso, inexiste reformatio in pejus, porquanto o amplo efeito devolutivo da apelação autoriza o Tribunal estadual, quando instado a se manifestar sobre a dosimetria da pena, a realizar nova ponderação dos fatos e das circunstâncias em que se deu a conduta criminosa, mesmo em se tratando de recurso exclusivamente

> ***defensivo, sem que se incorra em reformatio in pejus, desde que não seja agravada a situação do réu, como ocorreu na espécie.***
> *[…]*
> *- Habeas corpus não conhecido.*
> *(HC 449.628/PE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 02/10/2018, DJe 11/10/2018)*

Portanto, o caso concreto reclama o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que resolva a omissão apontada pelo Ministério Público Estadual nos embargos de declaração apresentados, ressaltando que, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, "*o emprego de arma branca, embora não configure mais causa de aumento do crime de roubo, poderá ser utilizado para majoração da pena-base quando as circunstâncias do caso concreto assim justificarem*" (HC n. 436.314/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 16/8/2018, DJe 21/8/2018).

A propósito:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO. DOSIMETRIA. CONDENAÇÕES DIVERSAS HÁBEIS A JUSTIFICAREM OS MAUS ANTECEDENTES E A REINCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA COMPENSAÇÃO. INTEGRAL. POSSIBILIDADE. EMPREGO DE ARMA BRANCA (FACA). LEI N. 13.654/18. NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. APLICAÇÃO EM BENEFÍCIO DO RÉU. REGIME FECHADO. ADEQUADO. RÉU PORTADOR DE MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA (ART. 33, §2º E §3º, CP) WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, DE OFÍCIO.*
> *(...)*
> *V - A Lei n. 13.654/18 retirou o emprego de arma branca como circunstância majorante do delito de roubo. Em havendo a superveniência de novatio legis in mellius, ou seja, sendo a nova lei mais benéfica, deve retroagir para beneficiar o réu, nos termos do art. 5º, XL, da CF e do art. 2º, parágrafo único, do CP.*
> ***VI - O emprego de arma branca, embora não configure mais causa de aumento do crime de roubo, poderá ser utilizado para majoração da pena-base, quando as circunstâncias do caso concreto assim justificarem, o que não se verifica no caso em análise.***
> *(...) Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para redimensionar a pena do paciente para 3 (três) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 10 (dez) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação. (HC 476.385/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2018, DJe 14/12/2018)*

Na mesma linha:

> *AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APLICAÇÃO DA LEI N.º 13.654/2018. AUSÊNCIA DE REFLEXO*

CONCRETO NA DOSIMETRIA. CONTRARIEDADE AO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTO IDÔNEO. COMPROVAÇÃO DA REINCIDÊNCIA. NECESSIDADE DE DOCUMENTO HÁBIL E IDÔNEO. ART. 63 DO CÓDIGO PENAL. SISTEMA INFORMATIZADO DOS TRIBUNAIS. DADOS. UTILIZAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. No tocante à alegada aplicação da Lei n.º 13.654/2018 à espécie, ainda que fosse excluída a causa de aumento referente ao emprego de arma branca, nenhum reflexo concreto haveria na reprimenda do Agravante, tendo em vista que a exasperação da pena, na terceira fase, foi fixada no patamar de 1/3, que é o mínimo previsto tanto na redação antiga como na atual do art. 157, § 2.º, do Código Penal.

Além disso, o Tribunal de origem utilizou uma das majorantes para exasperar a pena-base e lançou mão da outra para aplicar a causa de aumento, o que era amplamente admitido pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

2. Mesmo após a edição da Lei n. 13.654/2018, "o emprego de arma branca, embora não configure mais causa de aumento do crime de roubo, poderá ser utilizado para majoração da pena-base, quando as circunstâncias do caso concreto assim justificarem" (HC 436314/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2018, DJe 21/08/2018).

[…]

5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 1340032/PI, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/10/2018, DJe 23/10/2018)

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, inciso III, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, **dá-se provimento** ao recurso especial a fim de se determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que, sanando a omissão apontada nos embargos de declaração do Ministério Público, proceda ao redimensionamento da pena cominada ao recorrido em razão do crime de roubo.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 17 de junho de 2019.

Ministro JORGE MUSSI
Relator