

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.779.795 - SP (2018/0302348-8)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : ALEXANDRE ANDRADE DA SILVA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FELIPE AUGUSTO PERES PENTEADO - DEFENSOR PÚBLICO
- SP0273113

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (EMPREGO DE ARMA DE FOGO E RESTRIÇÃO DE LIBERDADE DA VÍTIMA). PLEITO RECURSAL DE RECONHECIMENTO DOS MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO ALCANÇADA PELO PERÍODO DEPURADOR DE 5 ANOS AFASTA OS EFEITOS DA REINCIDÊNCIA, MAS NÃO IMPEDE A CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES, RESSALVADA CONSTATAÇÃO CASUÍSTICA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça daquela Unidade Federativa na Apelação Criminal n.º 0000851-90.2016.8.26.0224.

Segundo os autos, o Juízo de primeiro grau condenou o Recorrido às penas de 11 (onze) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 27 (vinte e sete) dias-multa, como incurso no art. 157, § 2.º, incisos I e IV, do Código Penal (roubo com emprego de arma de fogo e restrição de liberdade da vítima).

Irresignada, a Defesa interpôs apelação, à qual a Corte de origem deu parcial provimento para reduzir as penas para 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, e 16 (dezesesseis) dias-multa, tendo afastado as circunstâncias judiciais negativamente valoradas (maus antecedentes, personalidade, conduta social e circunstâncias do delito); estabelecido nova fração (1/5) para reincidência e aplicado o Enunciado n.º 443 desta Corte (fls. 353-358).

Sustenta a Acusação, nas razões do recurso especial, contrariedade aos

Superior Tribunal de Justiça

arts. 59, *caput*, e 64, inciso I, ambos do Código Penal (fl. 394), ao argumento basilar de que, ao contrário do consignado no aresto atacado, o período depurador da reincidência (5 anos) não alcança os maus antecedentes (fl. 399).

Ao final, pede a reforma do acórdão recorrido para restabelecer os maus antecedentes pela condenação transitada em julgado alcançada pelo período depurador da reincidência (fl. 428).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 452-464).

O recurso especial foi admitido (fl. 444).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento da impugnação especial, em parecer que recebeu a seguinte ementa (fls. 482-483; sem grifos no original):

"RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO COM FUNDAMENTO NO ART. 105, III, a e c, DA CF. ALEGAÇÃO DE NEGATIVA DE VIGÊNCIA AOS ARTS. 59 E 64, I, AMBOS DO CP E ARGUIÇÃO DE DISSÍDIO PRETORIANO. RECLAMO NOBRE QUE REGISTRA INCONFORMISMO COM O AFASTAMENTO DOS MAUS ANTECEDENTES DO RÉU, COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PROCEDÊNCIA DA TESE RECURSAL. POSSIBILIDADE DE QUE CONDENAÇÕES ANTERIORES NÃO CONSIDERADAS PARA EFEITO DE REINCIDÊNCIA, UMA VEZ TRANSCORRIDO O PERÍODO DEPURATIVO DO ART. 64 DO CP, SIRVAM PARA EXASPERAR A PENA-BASE, A TÍTULO DE MAUS ANTECEDENTES. PRECEDENTES DO STJ. PARECER PELO CONHECIMENTO E PELO PROVIMENTO DO RECLAMO NOBRE."

É o relatório.

Decido.

O recurso especial comporta conhecimento e provimento, por ambas as alíneas.

A questão jurídica devolvida está adstrita a saber se condenações com a punibilidade extinta há mais de 5 (cinco) anos configura ou não maus antecedentes, para fins de valorar negativamente a respectiva circunstância judicial constante no art. 59, *caput*, do Código Penal.

A respeito da extensão do conceito de maus antecedentes, assim decidiu a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça:

Superior Tribunal de Justiça

"[o] conceito de maus antecedentes, por ser mais amplo do que o da reincidência, abrange as condenações definitivas, por fato anterior ao delito, atingidas pelo período depurador, ressalvada casuística constatação do decurso de considerável lapso temporal ou de pequena gravidade do fato prévio (HC 360.738/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe 29/08/2017)" (AgInt no REsp 1.668.020/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 26/02/2018; sem grifos no original.)

As Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça têm firme orientação de que o período depurador previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, afasta a configuração da agravante da reincidência, **mas não constitui óbice à avaliação negativa da circunstância judicial dos antecedentes.**

Nesse sentido: HC 453.871/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2018, DJe de 13/11/2018; AgRg no AREsp 1.356.824/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/10/2018, DJe de 13/11/2018.

Sem embargo, no âmbito da Sexta Turma, há julgados de relatoria do Exmo. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ no sentido de que os maus antecedentes, quando os registros da folha de antecedentes forem muito antigos, **podem sofrer relativização**, admitindo-se o afastamento de sua análise desfavorável, em aplicação à teoria do direito ao esquecimento (REsp 1.707.948/RJ, DJe 16/04/2018). Vale dizer que, ainda assim, reafirmando a jurisprudência deste Tribunal Superior, assim registrou o Relator no voto condutor:

"[...] não estou afirmando que o mero decurso do período depurador da reincidência seja suficiente para, por si só, impedir toda e qualquer valoração sobre os antecedentes, até porque a hipótese prevista no art. 64, I, do Código Penal trata tão somente da reincidência. Da mesma forma, não estou, simplesmente, descuidando de observar o entendimento desta Corte de que condenações prévias, com trânsito em julgado há mais de cinco anos, apesar de não ensejarem reincidência, podem servir de alicerce para valoração desfavorável dos antecedentes."

Não há dúvidas quanto à estabilidade da jurisprudência desta Corte Superior, no ponto, embora possa ser realizada casuística constatação do decurso de considerável lapso temporal ou de pequena gravidade do fato prévio.

Superior Tribunal de Justiça

No caso, constato à fl. 191, na certidão de objeto e pé, **a existência de condenação pela prática do crime mediante emprego de arma e concurso de agentes, com trânsito em julgado no dia 09/02/2004, e arquivado apenas em 16/07/2007 (após indeferimento de revisão criminal).**

A Corte local, por sua vez, consignou que o registro criminal alcançado pelo período depurador da reincidência (5 anos) não se presta a caracterizar os maus antecedentes (fl. 356), assim, decidiu em dissonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Logo, a par do período depurador da reincidência não afastar a valoração negativa dos antecedentes e de, ao meu juízo, não ser cabível a relativização em aplicação à teoria do direito ao esquecimento na espécie, em que se trata de reiteração no delito de roubo circunstanciado, sob pena de ofensa ao princípio da individualização da pena, **a circunstância judicial dos maus antecedentes deve ser restabelecida.**

Em consequência, **passo à dosimetria da pena.** Para tanto, trago à colação trecho do acórdão recorrido quanto à individualização da pena (fls. 359-360):

"[...] a base deve retornar ao mínimo legal, ou seja, 04 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa.

De rigor, também, a redução do aumento por conta da reincidência para 1/5 (um quinto), considerando-se tratar-se de duas condenações aptas à caracterização da agravante (fls. 171/17 e 192).

De rigor, ainda, a redução do aumento por conta das majorantes com relação ao crime de roubo.

No caso, percebe-se que o julgador singular aplicou o aumento de 3/8 (três oitavos) apenas em razão da quantidade de qualificadoras, sem, contudo, justificar os motivos da exasperação além do mínimo.

A jurisprudência dominante posiciona-se no sentido de que o simples número de causas de aumento (critério quantitativo), é insuficiente para majorar a pena acima do patamar mínimo de 1/3 (um terço), posto que necessária fundamentação qualitativa em relação a cada uma delas, sob pena de violação ao princípio constitucional de individualização da pena previsto no art. 5º, inciso XLIV, na Constituição Federal.

Não bastasse isso, a Súmula nº 443 do STJ pacificou o assunto, no sentido de que O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para sua exasperação a mera indicação do número de majorantes.

Assim, o aumento acima do mínimo legal reserva-se para situações especiais de criminalidade mais intensa e violenta.

Superior Tribunal de Justiça

[...]

Assim, refeitos os cálculos, restam para cumprimento as penas de 06 (seis) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão e pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa.

A reincidência do apelante em crime contra o patrimônio recomenda a manutenção do regime inicial fechado."

Na primeira fase da dosimetria, exaspero a pena-base em 1/6 (um sexto) em razão da condenação anterior (por roubo circunstanciado), alcançando 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

Na segunda fase, mantendo a fração de 1/5 (um quinto) para duas condenações a título de reincidência, a pena intermediária fica em 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão e 13 (treze) dias-multa.

Na terceira etapa, mantendo a majoração na fração de 1/3 (um terço) em razão do emprego de arma de fogo e da restrição de liberdade da Vítima, a pena privativa de liberdade do Recorrido fica quantificada definitivamente em **7 (sete) anos, 5 (cinco) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão** e a pecuniária em **17 (dezesete) dias-multa, no valor mínimo legal, mantido o regime inicial fechado.**

Ante o exposto, CONHEÇO e DOU PROVIMENTO ao recurso especial para, reconhecendo a possibilidade de atribuição de desvalor aos antecedentes ante a existência de condenação com trânsito em julgado ocorrido em período superior a 5 (cinco) anos, readequar a pena aplicada para **7 (sete) anos, 5 (cinco) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, no regime inicial fechado, e pagamento de 17 (dezesete) dias-multa, no valor mínimo legal.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 08 de outubro de 2019.

Ministra LAURITA VAZ
Relatora