

Superior Tribunal de Justiça

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.450.588 - GO (2019/0050201-8)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
AGRAVANTE : WASHINGTON MOREIRA DUTRA
ADVOGADOS : GABRIEL MARTINS DE CASTRO - GO027308
RIVER FAUSTO MARQUES - GO028312
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS
AGRAVADO : OS MESMOS

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por **WASHINGTON MOREIRA DUTRA** contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, que não admitiu o recurso especial manejado com apoio no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, em oposição a acórdão assim ementado:

"APELAÇÃO CRIMINAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA. *BIS IN IDEM* AFASTADO. PRESENÇA DE TRÊS CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. PERÍODO DEPURADOR. NÃO COMPROVAÇÃO. CONFISSÃO. COMPENSAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPÓREA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. DETRAÇÃO PENAL.

I - Não há como excluir da condenação a agravante da reincidência quando não restar comprovado o esgotamento do período depurador de 05 anos previsto no art. 64, I, do Código Penal.

II - Se o réu detém três condenações com trânsito em julgado, duas delas podem ser utilizadas para elevar a pena-base em face dos maus antecedentes e a outra como agravante genérica (reincidência), não havendo, pois, falar em *bis in idem*, muito menos em exclusão da majorante.

III - No concurso de atenuantes e agravantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes (CP, art. 67). No particular, a agravante da reincidência, também por haver mais de uma condenação, prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual torna-se inviável a compensação pretendida.

IV - Sendo o réu reincidente e portador de maus antecedentes, inviável a substituição da pena corpórea por restritiva de direitos, por expressa vedação do art. 44, II, do Código Penal, o qual demanda observância cumulativa aos seus requisitos.

V - Em conformidade com o enunciado da Súmula 269 do STJ, altera-se o regime de expiação do fechado para o semiaberto, quando o sentenciado, ainda que reincidente, tenha sido apenado em *quantum* inferior a 04 (quatro) anos e as circunstâncias judiciais lhe sejam, em sua maioria, favoráveis.

VI - Quanto à detração paras fins de determinação do regime prisional, trata-se de matéria outrora abordada em sede Embargos de Declaração, ocasião em que a Julgadora destacou a execução de

Superior Tribunal de Justiça

pena pelo réu em razão de processos distintos.
APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO." (e-STJ, fls. 336-338).

A defesa alega, em síntese, que nenhuma das decisões anteriores justificaram o aumento da pena-base pela reincidência, uma vez que não apontaram quais das condenações transitadas em julgado foram utilizadas na operação, nem observaram o período depurativo de 05 (cinco) anos após o trânsito em julgado das condenações.

Sustenta a ocorrência de *bis in idem*, pois uma condenação foi utilizada para caracterizar reincidência e, simultaneamente, maus antecedentes, o que destoia do posicionamento jurisprudencial do STJ sobre a matéria.

Aponta, também, negativa de vigência, ao art. 64, I, do Código Penal, haja vista que não prevalecem, para fins de reincidência, as condenações havidas anteriormente, se entre a data do cumprimento da pena e a data do cometimento do novo crime, tiver transcorrido período de tempo superior a cinco anos.

Afirma, ainda, que o acórdão combatido negou vigência ao artigo 65 do Código Penal, pois não reconheceu a possibilidade de compensação da reincidência com a confissão espontânea.

Por fim, aduz que preenche os requisitos necessários para a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, nos termos do art. 44, § 3º, do CP. (e-STJ, fl. 347-364).

Foram apresentadas as contrarrazões (e-STJ, fls. 390-398).

O recurso foi inadmitido em razão da aplicação do óbice da Súmula 83/STJ (e-STJ, fl. 401-402). Daí este agravo (e-STJ, fls. 430-436).

O Ministério Público Federal opinou "pelo conhecimento do agravo defensivo para conhecer parcialmente do recurso especial, provendo-o em parte, na extensão conhecida, para aplicar a compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência" (e-STJ, fls. 462-468).

É o relatório.

Decido.

A pretensão recursal merece parcial acolhimento.

Consoante se verifica dos autos, o réu foi condenado à pena de 2 anos e 8 meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, pela prática do delito previsto no art. 14, *caput*, da Lei nº 10.826/03 (porte ilegal de arma de fogo de uso permitido).

No que tange à tese de ausência de justificativa para o aumento da sanção básica em razão da reincidência e da ocorrência de *bis in idem*, colhe-se do aresto recorrido:

"Com efeito, não obstante a motivação defensiva extrai-se do caderno processual informação cartorária a respeito de 03 (três) sentenças condenatórias com trânsito em julgado em desfavor do réu (fls. 77/79), uma delas ainda abrangida pelo quinquênio exigível ao cômputo da reincidência, cujo termo inicial corresponde à data de cumprimento da pena ou sua extinção.

Conforme bem registrado pela Ilustre Procuradoria Geral de Justiça, trata-se do expediente instaurado pela prática do crime de tráfico (processo n. 201201951237), ocorrido no dia 19/02/2009 (fls. 79), com sentença transitada em julgado em 19/03/2012 - logo, anterior à incursão do apelante no delito objeto da presente ação penal (04/11/2014) -, servindo aquela data como referência à deflagração

do prazo de 05 (cinco) anos) porque ausente informação sobre o momento em que cumprida a sanção, ou a data em que eventualmente extinta, em todo aso mais benéfica ao apenado.

Assim, transcorridos apenas 02 (dois) anos entre o trânsito em julgado da condenação por fato pretérito e a nova prática delituosa, correta a ponderação acerca da agravante.

Com efeito, não há como excluir da condenação tal circunstância, quando não restar comprovado o exaurimento do período depurador de cinco anos previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal.

Outrossim, não exigido o período depurador no que concerne aos maus antecedentes (processos n. 200201873944 e 200502361365), qual, ao contrário da reincidência, não se submete ao critério da temporariedade.

A propósito, eis a jurisprudência:

(...)

In casu, dada a pluralidade de julgamentos definitivos, afasta-se a alegada nulidade decorrente de *bis in idem*, porquanto não há ilegalidade na utilização de uma das condenações do apelante como agravante (2ª fase) e as outras na fixação da pena-base, como maus antecedentes (1ª fase).

(...)

Nesse contexto, em sendo adequado o acréscimo da pena a título de maus antecedentes, não há que se falar em redução da pena-base imposta apenas 06 (seis) meses acima do mínimo legal cominado, por força de tal vetor." (e-STJ, fl. 328-332).

Conforme se extrai do trecho transcrito, o réu é possuidor de 3 (três) condenações transitadas em julgado, sendo que uma delas não foi atingida pelo período depurador de 5 (cinco) anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal. Nesse contexto, tem-se que essa condenação foi utilizada na segunda etapa da dosimetria como agravante e as outras duas valoradas a título de maus antecedentes.

Registre-se que o entendimento desta Corte é pacífico no sentido de que a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes e, ainda, para exasperar a pena, em razão da agravante da reincidência, não caracteriza *bis in idem*, desde que aquelas que foram utilizadas na primeira fase sejam distintas daquelas valoradas na segunda etapa.

Nesse sentido:

"[...]

1. A jurisprudência desta Corte Superior admite a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, da conduta social e da personalidade do agente, ficando apenas vedado o *bis in idem*.
2. Considerando a existência de três condenações transitadas em julgado não valoradas na segunda etapa da dosimetria a título de reincidência, não se vislumbra ilegalidade na exasperação da pena-base pelos maus antecedentes da ré.
3. Ocorre que o aumento determinado pela instância ordinária a título de maus antecedentes, ainda que levado em consideração tratar-se de três condenações, mostra-se desproporcional. Note-se que, muito

Superior Tribunal de Justiça

embora a lei não estabeleça o patamar mínimo e o máximo para incidência de cada circunstância judicial, sedimentou-se nesta Corte Superior de Justiça a orientação de que o acréscimo superior a 1/6 (um sexto) para cada circunstância judicial desfavorável deve ser devidamente justificado.

4. Assim, havendo três condenações para caracterização dos maus antecedentes, está autorizada a fixação da pena-base em patamar acima do mínimo, mostrando-se adequado e suficiente para reprovação e prevenção do delito o acréscimo em 1/2 (metade) na pena-base pelo reconhecimento dos maus antecedentes (três condenações transitadas).

5. Agravo regimental não provido." (AgRg no AREsp 1116974/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 01/09/2017).

Assim, tem-se que, no caso, Tribunal *a quo*, motivadamente, considerou como desfavoráveis os maus antecedentes do recorrente, por condenação com trânsito em julgado distinta daquela que foi valorada na segunda etapa, a título de reincidência.

Ademais, cumpre registrar que, "o conceito de maus antecedentes, por ser mais amplo, abrange não apenas as condenações definitivas por fatos anteriores cujo trânsito em julgado ocorreu antes da prática do delito em apuração, **mas também aquelas transitadas em julgado no curso da respectiva ação penal**, além das condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos, as quais também não induzem reincidência, mas servem como maus antecedentes" (HC 246.122/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 08/03/2016, DJe 15/03/2016, grifou-se).

Corroborar:

"[...]

1. Embora o STF ainda não haja decidido o mérito do RE n. 593.818 RG/SC - que, em repercussão geral já reconhecida (DJe 3/4/2009), decidirá se existe ou não um prazo limite para se sopesar uma condenação anterior como maus antecedentes -, por ora, **o STJ possui o entendimento consolidado de que "O conceito de maus antecedentes, por ser mais amplo, abrange não apenas as condenações definitivas por fatos anteriores cujo trânsito em julgado ocorreu antes da prática do delito em apuração, mas também aquelas transitadas em julgado no curso da respectiva ação penal, além das condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos, as quais também não induzem reincidência, mas servem como maus antecedentes. Precedentes."** (HC n. 337.068/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 28/6/2016).

2. Segundo a jurisprudência deste Superior Tribunal, decorrido o prazo de cinco anos entre a data do cumprimento ou da extinção da pena e a infração posterior, a condenação anterior, embora não possa prevalecer para fins de reincidência, pode ser, em princípio, sopesada a título de maus antecedentes.

3. O agravante ostenta condenações anteriores transitadas em julgado há mais de 5 anos (18/11/2003 e 7/10/2008). Inequívoca, portanto, a conclusão de que, por ocasião do cometimento do delito objeto deste agravo, ocorrido em 20/9/2014, ele era, sim, possuidor de maus antecedentes.

Superior Tribunal de Justiça

4. Agravo regimental não provido.

(AgInt no REsp 1682361/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/10/2018, DJe 16/11/2018, grifou-se).

"[...]

1. A ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não é uma operação aritmética, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada, devendo o magistrado eleger a sanção que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato-crime praticado, exatamente como realizado na espécie.

2. 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. Agravo parcialmente provido para mitigar o regime inicial para o semiaberto.

(AgRg no AREsp 1065764/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/09/2018, DJe 03/10/2018).

De outra parte, no que tange à possibilidade de compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, o Tribunal *a quo*, consignou o seguinte:

"Noutro passo, nos termos do art. 67 do Estatuto Penal, no concurso de atenuantes e agravantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes. No particular, a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual torna-se inviável a compensação pretendida." (e-STJ, fls. 332-333).

Todavia, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido "de que, ainda que o acusado seja reincidente específico, é possível a compensação integral da agravante da reincidência (específica) com a atenuante da confissão espontânea" (EDcl nos EDcl no AgRg no HC 252.863/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 23/05/2019).

A propósito:

"[...]

IV - A col. Terceira Seção deste eg. Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.341.370/MT (Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 17/4/2013), firmou entendimento segundo o qual "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência."

V - Na hipótese, não obstante seja o paciente reincidente específico, entendo que podem ser compensadas a agravante da reincidência (específica) com a atenuante da confissão espontânea, mormente se considerada a ausência de qualquer ressalva no entendimento firmado por ocasião do julgamento do recurso especial repetitivo sobre o tema.

Superior Tribunal de Justiça

Omissis.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para reconhecer a atenuante da confissão espontânea e compensá-la com a agravante da reincidência, redimensionando a pena do paciente para 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 19 (dezenove) dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação."

(HC 365.963/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/10/2017, DJe 23/11/2017)

Ressalte-se, também, que de acordo com o entendimento deste Pretório a confissão espontânea realizada na fase inquisitorial e expressamente considerada na condenação, como no caso (e-STJ, fls. 228-229), ou mesmo quando retratada em juízo, implica incidência, na segunda fase do critério trifásico, da atenuante de pena, com supedâneo no art. 65, III, "d", do Código Penal.

Por pertinente, veja-se o seguinte julgado:

"[...]

- 'Nos casos em que a confissão do acusado servir como um dos fundamentos para a condenação, deve ser aplicada a atenuante em questão, pouco importando se a confissão foi espontânea ou não, se foi total ou parcial, ou mesmo se foi realizada só na fase policial com posterior retratação em juízo' (AgRg no REsp 1412043/MG, Rel.

Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 10/3/2015, DJe 19/3/2015). Inteligência da Súmula n. 545 desta Corte Superior de Justiça.

- Hipótese em que a confissão extrajudicial do paciente, apesar de retratada em juízo, embasou a condenação, tanto que mencionada no curso da sentença e do voto condutor do acórdão recorrido, circunstância que possui relevância para fins de reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do CP.

- No julgamento dos EREsp n. 1.154.752/RS, ocorrido em 23/5/2012 (DJe 4/9/2012), a Terceira Seção deste Superior Tribunal pacificou o entendimento de que é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal.

- Promovida a compensação entre a confissão e a reincidência, reduziu-se a pena do paciente para 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, mantido o regime inicial fechado, ante a reincidência do paciente, nos termos do art. 33, § 3º, do CP.

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida *ex officio*, apenas para reduzir a pena do paciente, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 345.634/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJe 16/03/2016)

Desse modo, passa-se ao redimensionamento da pena:

Na primeira fase, uma vez preservada a valoração negativa dos antecedentes do acusado, a pena-base mantém no patamar fixado pela instância

antecedente, qual seja 02 anos e 06 meses de reclusão.

Na fase intermediária, compensa-se integralmente a reincidência com a confissão espontânea, ficando a pena a pena estabelecida 02 anos e 06 meses de reclusão, a qual torno definitiva ante a inexistência de causas de aumento e diminuição.

No que toca à questão amparada no art. 44, § 3º, do CP, verifica-se que não é possível substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direito, tendo em vista a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis – maus antecedentes e reincidência.

A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes, nos quais a existência de circunstância judicial desfavorável impediu a aplicação do regime aberto e a substituição da pena corporal por restritivas de direitos:

"[...] 3. Considerando a existência de circunstância judicial negativa, revela-se adequada a fixação do regime inicial semiaberto e o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. Precedentes.

Omissis.

5. Agravo regimental não provido." (AgRg no REsp 1412510/AC, de minha Relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 25/04/2018, grifou-se).

"[...]

6. Mostra-se devida a fixação do regime inicial semiaberto ao condenado à pena inferior a 4 anos de reclusão quando presentes circunstâncias judiciais desfavoráveis. Inteligência do art. 33, § 3º, do Código Penal.

7. Inviável proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto, não obstante o paciente tenha sido definitivamente condenado à reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, tem-se a desfavorabilidade de duas circunstâncias judiciais, elemento que evidencia que a substituição pretendida não se mostrará suficiente para a prevenção e repressão do delito perpetrado, a teor do disposto no art. 44, III, do Código Penal.

8. Ordem parcialmente concedida apenas para reduzir a pena-base imposta ao paciente, tornando sua reprimenda definitiva em 2 anos e 4 meses de reclusão." (HC 170.719/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2011, DJe 14/12/2011, grifou-se).

Por fim, cumpre ressaltar que, em razão do provimento do recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Goiás às fls. 365-373 (e-STJ), o regime inicial estabelecido para o resgate da reprimenda passa a ser o fechado.

Ante o exposto, a teor do art. 932, VIII, do Código de Processo Civil de 2015, c/c art. 253, parágrafo único, II, "c", do RISTJ, conheço do agravo para dar parcial provimento ao recurso especial, a fim de compensar agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea e reduzir a pena do recorrente, nos termos da fundamentação.

Publique-se. Intimem-se.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília, 08 de outubro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator

