

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.781.217 - RS (2018/0311195-0)

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
RECORRENTE : LUAN DA SILVA DE MOURA
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - DEFENSOR PÚBLICO - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. ROUBO. EMPREGO DE ARMA BRANCA. CONSIDERAÇÃO PARA ATRIBUIR DESVALOR ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. ART. 617 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. JULGAMENTO DE RECURSO DA DEFESA. ALTERAÇÃO DE FUNDAMENTOS. INEXISTÊNCIA DE MUDANÇA NA SITUAÇÃO DO RECORRENTE. *REFORMATIO IN PEJUS*. NÃO CONFIGURADA. PRECEDENTES. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. SÚMULA N.º 83 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por LUAN DA SILVA DE MOURA, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Apelação n.º 70075354829 – CNJ n.º 0299597-55.2017.8.21.7000).

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o Recorrente à pena de **5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado**, e 15 (quinze) dias-multa, como incurso no art. 157, § 2.º, inciso I, do Código Penal (fl. 69).

Irresignada, a Defesa interpôs apelação, à qual a Corte de origem deu parcial provimento para afastar a majorante do emprego de arma, dando o Recorrente como incurso nas sanções do artigo 157, *caput*, do Código Penal; redimensionar sua pena privativa de liberdade para **4 (quatro) anos, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão**; e modificar o **regime inicial para o semiaberto** (fl. 145).

Sustenta a Defesa, nas razões do recurso especial, além da existência de dissídio pretoriano, contrariedade ao art. 617 do Código de Processo Penal, bem como

Superior Tribunal de Justiça

aos arts. 2.º, parágrafo único, e 59 do Código Penal (fl. 180).

Alega que o Tribunal *a quo*, sem recurso ministerial e a despeito de ter afastado a causa de aumento atinente ao uso de arma branca, exasperou a pena-base com esteio no desvalor atribuído às circunstâncias do crime com base no mesmo elemento (arma branca), sendo certo que tal vetor havia sido considerado neutro pelo Juiz primevo (fls. 180-181).

Contrarrazões às fls. 193-201.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, opinando pelo desprovemento do recurso especial, em parecer que recebeu a seguinte ementa (fl. 223):

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO COM USO DE ARMA BRANCA. LEI 13.654/18. REGIME INICIAL FECHADO. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. ACÓRDÃO QUE APLICOU O AFASTAMENTO DA MAJORANTE DO USO DE ARMA, PORÉM, AUMENTOU A PENA-BASE. REFORMATIO IN PEJUS. INOCORRÊNCIA. PENA DEFINITIVA E REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA FIXADO NO ACÓRDÃO SÃO MAIS FAVORÁVEIS AO RÉU. PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL."

É o relatório. Decido.

Para exame da controvérsia, de início, esta Corte possui orientação no sentido de que 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.

No mesmo sentido:

"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.

[...]

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).*

Superior Tribunal de Justiça

[...]

5. *Agravo regimental desprovido.*" (AgRg no AREsp 1.340.032/PI, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/10/2018, DJe 23/10/2018.)

No que diz respeito à individualização da pena, a sentença primeva apresenta os seguintes fundamentos (fl. 69; sem grifos no original):

*"Passo à dosimetria da pena. Atendendo às circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, quanto à culpabilidade, verifica-se que o réu é imputável, perfeitamente capaz de entender o caráter ilícito de sua conduta e abster-se de praticá-la, estando, portanto, a culpabilidade bem determinada. **O réu registra antecedentes, tendo condenação transitada em julgado pela mesma prática delitiva - 063/2.15.0000670-3 (fls. 47/50).** Nada consta dos autos acerca de sua personalidade. Quanto à conduta social do réu, nada foi apurado. Os motivos foram comuns à espécie, ou seja, o ganho fácil, que é inerente ao tipo penal. Quanto às circunstâncias, são as inerentes ao tipo penal. As consequências do fato também foram comuns ao delito. A vítima em nada contribuiu para a ocorrência do evento.*

Em face das circunstâncias judiciais acima, fixo a pena-base em 04 (quatro) anos, 04 (meses) meses e 15 (quinze) dias de reclusão.

Considerando que a agravante prevista no art. 61, inc. I, do Código Penal (reincidência), já restou analisada na primeira fase de aplicação da pena, tem-se por aplicar a atenuante prevista no art. 65, inc. I, do Código Penal, vez que o agente era menor de 21 anos na data dos fatos, razão pela qual diminuo em 04 (quatro) meses e 15 (dias) a sanção, fixando a pena provisória em 04 (quatro) anos de reclusão.

Presente a causa de aumento pelo emprego de arma branca, majoro a pena em 1/3, tornando-a definitiva em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão."

No tocante ao mesmo tema, o acórdão recorrido, na parte que interessa, está calcado nas seguintes razões de decidir (fl. 164-167; sem grifos no original):

"No que concerne ao emprego da arma (canivete), sua utilização ficou plenamente delineada, nos autos, pela palavra da vítima, em sede investigativa e em juízo, indicando que o agente a utilizou para reforçar a grave ameaça, quando do anúncio do assalto, intensificando o temor sobre o lesado. Entretanto, considerando recente alteração legislativa, com a entrada em vigor, em 24 de abril de 2018, da Lei nº 13.654, que revogou o inciso I do §2º do artigo 157 do Código Penal, mantendo, na atual redação, conforme inciso I do §2º-A do mesmo dispositivo legal, apenas a majoração da pena pelo emprego, especificamente, de arma de fogo, faz-se necessário o afastamento da majorante, pois relativa, in casu, ao emprego de arma branca. Lei posterior mais benéfica – novatio legis in melius ou lex mitior – que deve retroagir para beneficiar o réu – art. 5º, XL, da CF e art. 2º, parágrafo único, do CP.

Superior Tribunal de Justiça

Destarte, afastada a majorante do emprego de arma, infringiu o réu o artigo 157, caput, do Código Penal, impondo-se a condenação, agora nestes termos.

[...]

Na primeira fase, à vista da análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, a pena base foi estabelecida, na sentença, em 04 (quatro) anos, 04 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, quatro meses e quinze dias acima do mínimo legal, por considerar negativos os antecedentes ('O réu registra antecedentes, tendo condenação transitada em julgado pela mesma prática delitiva - 063/2.15.0000670-3 (fls. 47/50).

Com efeito, LUAN ostenta uma condenação definitiva, transitada em julgado posteriormente ao presente fato (Processo nº 063/2.15.0000670-3), por crime de mesma espécie, conforme certidão de antecedentes acostada à contracapa dos autos, devendo ser mantida a valoração negativa do vetor.

De outro lado, a utilização de um canivete, instrumento de alta potencialidade lesiva, deve repercutir na basilar. E, muito embora não haja apelo ministerial no ponto – até porque anterior à alteração legislativa, que não mais permite a utilização da arma branca como majorante - é necessário o tísne negativo do vetor, não se considerando reformatio in pejus, porque se mantém a intenção do juízo em aumentar a pena considerando o emprego do artefato.

Assim, tendo em vista, agora, a valoração negativa das circunstâncias, recrudesço a basilar em 04 (quatro) meses e 15 (quinze) dias, fixando-a em 04 (quatro) anos e 09 (nove) meses de reclusão.

Na segunda fase, ainda que a defesa tenha pleiteado o afastamento da agravante da reincidência, não conheço do pedido, uma vez que sequer foi aplicada pela ilustre magistrada a quo – destacando que a sentença foi clara no sentido de fazer constar que foi utilizada somente na fixação da basilar, primeira fase do apenamento.

*De outra sorte, reconhecida a atenuante da menoridade, prevista no art. 65, I, do Código Penal, a pena foi reduzida em 04 (quatro) meses e 15 (quinze) dias, de modo que se tornou provisória, agora, em **04 (quatro) anos, 04 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, perfazendo-se definitiva neste patamar**, porque ausentes outras causas moduladoras.*

*Por fim, o regime inicial de cumprimento da pena fixado na origem foi o fechado, considerando a reincidência do réu. Com efeito, nesta instância, pela pena aqui aplicada, à vista do regramento do Código Penal, bem como pela ausência de recidiva de LUAN – já que a sua condenação definitiva, embora se trate de delito efetuado em data anterior ao presente fato, somente transitou em julgado posteriormente, motivo pelo qual possivelmente a condenação somente foi utilizada para redimensionar a basilar e não na segunda fase do apenamento – **o regime inicial de cumprimento da reprimenda vai alterado para o semiaberto**, conforme disposto no art. 33, §2º, alínea 'b', do Código Penal.*

Superior Tribunal de Justiça

Pois bem, o Tribunal de origem, ao julgar o apelo defensivo, afastou a majoração pelo emprego do canivete na terceira fase da dosimetria, considerando a nova lei mais benéfica (Lei n.º 13.654/2018), e valorou essa circunstância na pena base, contudo, sem agravar a situação final do Recorrente, pois reduziu o *quantum* (para 4 anos e 15 dias de reclusão) e fixou regime menos severo (semiaberto), não havendo, portanto, falar em *reformatio in pejus*.

Com efeito, [d]iante da novatio legis in melius, *é adequada a nova dosimetria da pena, não constituindo reformatio in pejus a exclusão da arma branca de qualificadora para admiti-la como causa de exasperação da pena-base, sem acréscimo da pena resultante*" (AgRg no HC 514.076/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/09/2019, DJe 10/09/2019).

No mesmo sentido:

"HABEAS CORPUS. PENAL. ART. 33, CAPUT, DA LEI N.º 11.343/2006. RECONHECIMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE (612,6G DE MACONHA) ALIADA ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DA APREENSÃO. FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

[...]

3. Reiteradamente esta Corte tem se manifestado no sentido de que 'o efeito devolutivo da apelação autoriza o Tribunal local, quando instado a se manifestar sobre a dosimetria da pena e fixação do regime prisional, a realizar nova ponderação dos fatos e 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' (HC 417.219/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 13/11/2017).

[...]

5. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para modificar o regime inicial de cumprimento da pena para o semiaberto." (HC 461.650/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 22/02/2019.)

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ART. 89 DA LEI N. 8.666/1993. DISPENSA DE LICITAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO ART. 619 DO CPP. INEXISTÊNCIA. ACÓRDÃO FUNDAMENTADO. OFENSA AO ART. 617, PARTE FINAL, DO CPP NÃO CONFIGURADA. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS.

Superior Tribunal de Justiça

DOLO ESPECÍFICO E DANO AO ERÁRIO EFETIVAMENTE CONSTATADOS. ELEMENTOS CONCRETOS APONTADOS PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REVISÃO DA CONCLUSÃO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

[...]

2. O princípio do ne reformatio in pejus não obsta que o Tribunal de origem, exercendo sua soberania para dizer o direito, adote, no julgamento da apelação defensiva, fundamentos diversos daqueles apresentados em primeira instância, desde que respeitada a imputação deduzida pelo órgão de acusação, bem como as circunstâncias fáticas delineadas na sentença e o limite da pena imposta no Juízo de origem, hipótese dos autos.

[...]

4. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 1.660.765/MA, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 06/06/2018.)

No tocante à alegada divergência jurisprudencial, esclareço que, conforme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *"estando o acórdão recorrido em harmonia com a jurisprudência desta Corte, incabível o acolhimento do recurso especial pela divergência, a teor do disposto no enunciado n. 83 da Súmula do STJ"* (AgRg nos EDcl no AREsp 260.556/SC, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD, Desembargadora Convocada do TJ/SE, Quinta Turma, julgado em 18/06/2013, DJe 24/06/2013.)

No mesmo sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANIFESTAMENTE INADMISSÍVEL E IMPROCEDENTE. ORIENTAÇÃO DA CORTE DE ORIGEM. SIMETRIA COM O ENTENDIMENTO DO STJ. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. RESTRIÇÃO ÀS HIPÓTESES LEGAIS. EXISTÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE AVALIAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. ÓBICES DAS SÚMULAS N. 83 E 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A teor da Súmula n. 83 do STJ, 'não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida', ainda que interposto com fulcro na alínea 'a' do permissivo constitucional. Precedentes.

[...]

4. Agravo regimental não provido." (AgRg no REsp 1.269.823/ES, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 02/02/2016.)

Ante o exposto, CONHEÇO PARCIALMENTE do recurso especial e, nessa extensão, **NEGO-LHE PROVIMENTO**.

Superior Tribunal de Justiça

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 08 de outubro de 2019.

Ministra LAURITA VAZ
Relatora

