

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.845.726 - RS (2019/0323397-4)**

**RELATOR** : **MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**  
**(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**  
**RECORRENTE** : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO**  
**SUL**  
**RECORRIDO** : **ELVIS HENRIQUE RODRIGUES CARDOSO (PRESO)**  
**ADVOGADOS** : **RAFAEL RAPHAELLI - DEFENSOR PÚBLICO - RS032676**  
**DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO**  
**SUL**

**EMENTA**

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL DA DEFESA PROVIDO. DOSIMETRIA REFORMADA PELO TRIBUNAL A **QUO**. AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 157, § 2º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. EMPREGO DE ARMA BRANCA (GARRAFA DE VIDRO). APLICABILIDADE DA LEI N. 13.654/2018. **NOVATIO LEGIS IN MELLIUS**. RECURSO ESPECIAL MINISTERIAL. PLEITO DE VALORAÇÃO NEGATIVA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. IMPOSSIBILIDADE, NO CASO CONCRETO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PENA-BASE INALTERADA. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. RECURSO DESPROVIDO.

**DECISÃO**

Trata-se de recurso especial interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**, com fundamento no art. 103, inciso III, alínea **a** da Constituição da República, contra o acórdão do Tribunal de Justiça daquela unidade da Federação, assim ementado (fl. 339):

*"APELAÇÃO. CÓDIGO PENAL. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. ART. 157, § 22, INC I E II. ROUBO. EMPREGO DE ARMA. CONCURSO DE AGENTES. LEI N.2 8.069/90. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ART. 244-B. CORRUPÇÃO DE MENORES.*

*PRELIMINARES DE INCONSTITUCIONALIDADE, POR VÍCIO FORMAL E MATERIAL.*

*A Lei 13.654/2018, revogou o inc. I, do § 22, do art. 157, do CP, que majorava a pena de roubo também pelo emprego de arma branca. Mas, o único desacerto durante o trâmite do*

*projeto de lei, foi a publicação do Parecer da CCJ do Senado sem o dispositivo que continha a revogação da majorante, em que pese indubitavelmente tenha sido aprovado pela mesma. Com efeito, trata-se de mera irregularidade, não contaminando, tampouco prejudicando a análise da matéria pelas respectivas Casas Legislativas, havendo pleno respeito ao processo legislativo, aos Regimentos Internos e, conseqüentemente, ao sistema Bicameral, razão pela qual não há inconstitucionalidade formal.*

*Quanto à alegação de inconstitucionalidade material, não se pode falar em "proteção deficiente", na medida em que a nova lei apenas revogou a existência de uma causa de aumento, não deixando de manter a tipificação do roubo como crime.*

*Diferente seria se o delito de roubo mediante o emprego de arma deixasse de ser crime ou, ainda, tivesse a pena reduzida a patamar inferior ao delito de furto simples, acabando por ferir, dessa forma, o princípio da proporcionalidade entre as penas.*

*Preliminares de inconstitucionalidade rejeitadas.*

**ART. 226, CPP. ALEGAÇÃO DE NULIDADE.**

*Ainda que não observadas todas as formalidades previstas em lei, o reconhecimento não perde todo o seu valor, servindo como elemento de convicção do juiz, junto com os demais, de acordo com o princípio do livre convencimento motivado. A regra do art. 226 do CPP, constitui mera recomendação e a sua não observância pode ser suprida por outros meios.*

*Preliminar rejeitada.*

**MÉRITO.**

**EXISTÊNCIA DOS FATOS E AUTORIA.**

*Depreende-se do contexto probatório que o réu, juntamente com outra pessoa, abordou a vítima em via pública e, mediante ameaça, subtraiu seu telefone celular. Ainda, importa ressaltar que o denunciado se utilizou de uma garrafa de vidro quebrada para fins de intimidação da ofendida."*

Opostos embargos de declaração pelo **Parquet** estadual, que foram rejeitados, nos termos da ementa **verbis** (fl. 410):

**"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. APELAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 2 13.654/2018.**

*Com o advento da Lei nº 13.654, de 23 de abril de 2018, foi revogado o inciso I do artigo 157 do Código Penal que previa majoração da privativa de liberdade na terceira fase da*

*dosimetria da pena em razão do emprego de arma branca. Como é uma lei mais benéfica, deve retroagir, exatamente como foi feito quando do julgamento da apelação. Não há omissão no julgado, nem motivo para discussão da matéria, uma vez que a inconstitucionalidade não foi sequer suscitada.*

**EMBARGOS REJEITADOS. UNÂNIME."**

Nas razões do recurso especial, o **Parquet** local sustenta negativa de vigência ao art. 59 do Código Penal.

Para tanto afirma que o Tribunal de origem, **verbis** (fls. 472-474):

*"[...] ao analisar a dosimetria da pena, entendeu que "o emprego da garrafa quebrada até poderia ser considerado como circunstância judicial desfavorável, pois evidente que potencializou a conduta, na medida em que maior a capacidade de intimidação da vítima, e isto ficou bem claro no curso da instrução."(fl. 271).) Entretanto, não obstante tal reconhecimento, o Tribunal a quo, deixou de fixar o quantum referente a negatização deste vetorial, entendendo que "a diferença final é mínima, desprezada maior discussão"(fl. 271).*

*Ocorre que, ao sufragar tal entendimento, o acórdão impugnado negou vigência ao disposto no artigo 59 do Código Penal, pois, uma vez negatizada determinada vetorial, no caso as circunstâncias do delito, a fixação do quantum é obrigatória.*

*Com efeito, eventual pouca expressão no acréscimo da pena não é argumento jurídico válido para não fixação do quantum de aumento da circunstância judicial negativa. Aliás, mesmo que com pouca repercussão no total da sanção, a existência de circunstância negativa devidamente quantificada possui outros reflexos jurídicos, como por exemplo, na fixação do regime inicial de cumprimento da pena.*

*Lembra-se, ademais, que a dosimetria da pena é regrada pela discricionariedade vinculada, não permitindo o mero arbítrio do julgador. [...]*

*Assim, o Desembargador Relator deveria ter aumentado a pena - base, uma vez que observada circunstância judicial desfavorável (emprego de garrafa quebrada), restringindo-se a discricionariedade ao quantum de exasperação.*

*Dessa maneira, ao deixar de fixar o quantum da mencionada circunstância na primeira fase da operação aritmética da carcerária, a Corte estadual negou vigência ao artigo 59 do Código Penal, impondo-se a reforma do acórdão combatido."*

Pleiteia-se que seja provido o apelo nobre para que seja determinado o retorno dos autos ao Tribunal **a quo**, para que fixe a quantidade de sanção

correspondente ao vetorial considerado negativo pelo acórdão recorrido (fl. 474).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 481-485), o recurso especial foi admitido na origem (fls. 487-492), e os autos ascenderam a esta eg. Corte Superior de Justiça.

O Ministério Público Federal apresentou parecer pelo **desprovimento** do recurso (fls. 507-508).

Eis o relatório.

**Decido.**

Consta dos autos que o recorrido foi condenado, em primeiro grau, à pena de 6 (seis) anos e 9 (nove) meses de reclusão, em regime semiaberto, pela prática dos crimes descritos no artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal e no artigo 244-B da Lei 8.069/90, na forma do artigo 69 do Código Penal (fls. 257-267).

O Tribunal **a quo** deu parcial provimento à apelação defensiva para, reclassificar a conduta no art. **157, § 2º, inciso II, do Código Penal**, redimensionando a pena para 6 (seis) anos e 7 (sete) meses de reclusão, em regime semiaberto (fls. 338-380).

A questão a ser analisada cinge-se à possibilidade de valoração negativa de circunstâncias judiciais na primeira fase da dosimetria da pena, em virtude do decote da causa de aumento inserta no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal.

Para melhor delimitar a **questio**, reproduzo trecho do v. acórdão de apelação, no **punctum saliens** (fls. 370-375):

*"- ROUBO MAJORADO.*

*Depreende-se do contexto probatório que o réu, juntamente com outra pessoa, abordou a vítima em via pública e, mediante ameaça, subtraiu seu telefone celular.*

*Ainda, importa ressaltar que o denunciado se utilizou de uma garrafa de vidro quebrada para fins de intimidação da ofendida.*

*- EMPREGO DE ARMA.*

*Reza o art. 157 do Código Penal, já com as recentes alterações*

feitas pela Lei n. 13.654/2018:

*"Roubo Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:*

*Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.*

*§ 1º - Na mesma pena incorre quem, logo depois de subtraída a coisa, emprega violência contra pessoa ou grave ameaça, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro.*

*§ 2º A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) até metade: (Redação dada pela Lei nº 13.654, de 2018) / - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.654, de 2018) II - se há o concurso de duas ou mais pessoas;*

*III - se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância.*

*IV - se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior; (Incluído pela Lei nº 9.426, de 1996) V - se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade. (Incluído pela Lei nº 9.426, de 1996) VI - se a subtração for de substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego. (Incluído pela Lei nº 13.654, de 2018) § 22-A A pena aumenta-se de 2/3 (dois terços): (Incluído pela Lei nº 13.654, de 2018) / - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo; (Incluído pela Lei nº 13.654, de 2018) II - se há destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum. (Incluído pela Lei nº 13.654, de 2018) § 3º Se da violência resulta: (Redação dada pela Lei nº 13.654, de 2018) I - lesão corporal grave, a pena é de reclusão de 7 (sete) a 18 (dezoito) anos, e multa; (Incluído pela Lei nº 13.654, de 2018) II - morte, a pena é de reclusão de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 13.654, de 2018) - grifo nosso."*

*Como é possível perceber, a majorante do §2º, inciso I, que previa o aumento da pena do roubo em razão do emprego de arma, foi revogada.*

*Por outro lado, no mesmo artigo foi acrescentado o §2º-A, inciso I, que destaca que a pena será aumentada "se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo".*

*Então, isso significa que o roubo praticado com emprego de arma branca - faca, facão, punhal -, que antes era majorado, a partir da 'novatio legis in melius' passou a ser considerado simples.*

*Assim, ainda que o fato em exame tenha sido praticado antes da entrada em vigor da Lei n. 13.654/2018 (em 31/08/2014), como a nova lei é mais benéfica ao réu, deve ela retroagir.*

*Diante disso, afasto a majorante do emprego de arma prevista no inciso I, do §2º, do artigo 157 do Código Penal."*

Ressalto, inicialmente, que em relação à **dosimetria**, é preciso ter presente que os Tribunais Superiores têm entendido que a atividade de fixação da reprimenda é tarefa adstrita às instâncias ordinárias, a quem compete a apreciação do conjunto probatório e, conforme as peculiaridades de cada situação concreta, estabelecer a quantidade de sanção aplicável de modo a assegurar o respeito aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena.

Sobre esse tema, o eg. Supremo Tribunal Federal tem entendido que *"a dosimetria da pena é questão de mérito da ação penal, estando necessariamente vinculada ao conjunto fático probatório, não sendo possível às instâncias extraordinárias a análise de dados fáticos da causa para redimensionar a pena finalmente aplicada"* (HC n. 137.769/SP, **Primeira Turma**, Rel. Min. **Roberto Barroso**, julgado em 24/10/2016).

O Pretório Excelso também entende não ser possível para as instâncias superiores reexaminar o acervo probatório para a revisão da dosimetria, exceto em circunstâncias excepcionais, já que, ordinariamente, a atividade dos Tribunais Superiores, em geral, e do Supremo, em particular, deve circunscrever-se *"ao controle da legalidade dos critérios utilizados, com a correção de eventuais arbitrariedades"* (HC n. 128.446/PE, **Segunda Turma**, Rel. Min. **Teori Zavascki**, julgado em 15/9/2015).

Na mesma linha, esta Corte tem assentado o entendimento de que a dosimetria da pena é atividade inserida no âmbito da atividade discricionária do julgador, atrelada às particularidades de cada caso concreto.

Não se desconhece o entendimento desta eg. Corte Superior, no sentido de que 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 436.314/SC, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Felix Fischer**, DJe 21/8/2018). No

mesmo sentido, confira-se:

*"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 n. 1.340.032/PI, Sexta Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe de 23/10/2018, grifei).*

*PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO. INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.654/2018. MATÉRIA A SER ANALISADA PELA SUPREMA CORTE. PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INADMISSIBILIDADE. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA. LEI 13.654/2018. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. REDUÇÃO DA PENA. AGRAVO IMPROVIDO.*

*1. Não compete ao STJ, em recurso especial, o exame inaugural da inconstitucionalidade da Lei 13.654/2018, por vício formal, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.*

*[...]*

3. Com o advento da Lei n. 13.654, de 23 de abril de 2018, que revogou o inciso I do artigo 157 do CP, o emprego de arma branca, **embora possa eventualmente ser valorado como circunstância judicial desabonadora**, não se subsume a qualquer uma das majorantes do crime de roubo, impondo-se, portanto, a redução da pena na terceira fase da dosimetria, em observância ao princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, insculpido no art. 5º, XL, da Constituição da República (HC 449.410/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 01/08/2018.) 4. Agravo regimental improvido." (AgInt nos EDcl no REsp n. 1.687.565/MS, **Sexta Turma**, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, DJe de 25/9/2018, grifei)

No presente caso, contudo, diversamente do que pretende o ora recorrente, o eg. Tribunal **a quo**, após o decote da causa de aumento inserta no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal (em virtude da aplicação da redação conferida ao dispositivo pela Lei n. 13.654/2018) logrou fundamentar, de forma idônea, a não exasperação da pena-base, nos termos seguintes (fl. 371).

*"Como é possível perceber, a majorante do §2º, inciso I, que previa o aumento da pena do roubo em razão do emprego de arma, foi revogada.*

*Por outro lado, no mesmo artigo foi acrescido o §2º-A, inciso I, que destaca que a pena será aumentada "se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo".*

*Então, isso significa que o roubo praticado com emprego de arma branca - faca, facão, punhal -, que antes era majorado, a partir da 'novatio legis in mellius' passou a ser considerado simples.*

*Assim, ainda que o fato em exame tenha sido praticado antes da entrada em vigor da Lei n. 13.654/2018 (em 31/08/2014), como a nova lei é mais benéfica ao réu, deve ela retroagir."*

Assim, tendo em vista a modificação promovida pela referida lei, e em observância ao que dispõe o art. 5º, inciso XL, da Constituição da República Federativa do Brasil, era mesmo de rigor a aplicação da **novatio legis in mellius**, excluindo-se, na terceira fase da dosimetria da pena, a referida causa de aumento, sem que, em contrapartida, fosse valorada circunstância judicial antes tida como favorável, pelo eg. Tribunal **a quo**.

De se ressaltar, por oportuno, que o pleito ministerial somente seria



possível "[...] **quando as circunstâncias do caso concreto assim justificarem.**" (HC 436.314/SC, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Felix Fischer**, DJe 21/08/2018), o que não se deu no presente caso, em que quase todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal foram consideradas como favoráveis ao recorrido, porquanto a pena-base foi fixada no mínimo legal.

Merece realce, outrossim, o fato de que tal possibilidade se insere no **âmbito da discricionariedade** motivada do órgão **ad quem**, não cabendo a esta eg. Corte Superior, na via do recurso especial, compelir as instâncias ordinárias no sentido se proceder, como pretende o **Parquet**, à transposição negativa do emprego da arma branca no delito de roubo, para valoração negativa de circunstâncias judiciais na primeira fase da dosimetria da pena.

Dessa forma, estando o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal **a quo** em conformidade com o entendimento desta Corte de Justiça quanto ao tema, incide, no caso o enunciado da Súmula 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.*"

Ante o exposto, com fulcro no art. 255, § 4º, inciso II, do Regimento Interno do STJ, **nego provimento** ao recurso especial.

P. e I.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO  
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)

Relator