

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.833.101 - RJ (2019/0248582-4)**

**RELATOR** : **MINISTRO JORGE MUSSI**  
**RECORRENTE** : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**  
**RECORRIDO** : **EDUARDO CARVALHO COSTA DURAES (PRESO)**  
**ADVOGADO** : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**DECISÃO**

Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, fundamentado na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça local que deu parcial provimento a apelação da defesa.

Depreende-se dos autos que o réu foi denunciado como incurso nas sanções dos arts. 157, § 2º, I, do Código Penal, sem as alterações da Lei n. 13.654/2018, sob a acusação de ter, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, subtraído para si o veículo GM Meriva, placas DJB-8254, licenciado para a atividade de táxi, bem como documentos pessoais, dois aparelhos de telefonia celular e R\$ 180,00 (cento e oitenta reais) pertencentes à vítima Jardel Gonçalves Lobato – e-STJ fls. 2-4.

Julgada procedente a ação penal, o réu foi condenado às penas de 8 (oito) anos, 3 (três) meses e 16 (dezesesseis) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e de 20 (vinte) dias-multa, à razão do valor unitário mínimo – e-STJ fls. 148-156.

Em grau de apelação, o Tribunal de origem acolheu parcialmente a pretensão recursal defensiva para excluir a valoração negativa dos antecedentes penais do réu, na primeira fase dosimétrica, bem como para afastar a causa de aumento do emprego de arma de fogo, redimensionando a reprimenda final para o mínimo legal, isto é, 4 (quatro) anos de reclusão, no regime inicial semiaberto, e 10 (dez) dias-multa, à proporção mínima – e-STJ fls. 209-220.

Nas razões do recurso especial (e-STJ fls. 234-273), o Ministério Público reputa contrariados os arts. 59, 61, I, e 157, § 2º, I, do Código Penal, bem como os arts. 155, 158, 167 e 564, III, *b*, do Código de Processo Penal.

Sustenta, em primeira análise, que, verificada a existência de dois registros de reincidência criminal, é possível valorar um como maus antecedentes na primeira fase dosimétrica e o outro como circunstância agravante no segundo estágio de aplicação da pena.

Acrescenta, ainda, que a condenação por fato anterior, cujo trânsito em julgado tenha ocorrido após a prática do novo crime, apesar de não configurar a reincidência, deve ser considerada na valoração dos antecedentes penais para efeito de fixação da pena-base.

Por fim, defende que a ausência de apreensão e perícia da arma de fogo utilizada na prática do crime de roubo não afasta o reconhecimento da majorante do inciso I do § 2º do art. 157 do CP, com a redação anterior à Lei n. 13.654/2018, se por outras fontes probatórias for possível aferir a circunstância prevista pelo legislador ordinário.

Sem contrarrazões (e-STJ fl. 278), após o juízo prévio de admissibilidade (e-STJ fls. 280-284), os autos ascenderam ao Superior Tribunal de Justiça.

O Ministério Público Federal, na condição de *custos legis*, manifestou-se

pelo provimento do recurso (e-STJ fls. 298-301).

É o relatório.

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

A pretensão recursal merece parcial provimento.

Com relação à causa de aumento pelo emprego de arma de fogo no roubo, o Tribunal *a quo* observou os seguintes critérios antes de afastá-la do caso concreto (e-STJ fls. 215-216):

*Correto se apresentou o juízo de censura alcançado, mercê da satisfatória comprovação da ocorrência do fato e de que foi o Recorrente o seu autor, segundo o teor das declarações judicialmente prestadas pela vítima, o motorista de táxi, JARDEL GONÇALVES LOBATO (fls. 99), além do seu firme reconhecimento, pessoal e positivo, em desfavor daquele, quem ingressou no veículo, após sinalizar para a sua parada, prosseguindo com a determinação a este da entrega do automóvel, do numerário e dos aparelhos de telefonia celular, **no que foi atendido em razão da respectiva empunhadura de algo que lhe pareceu ser uma arma de fogo, mas que o implicado identificou como sendo um mero simulacro daquele**, mas vindo a reconhecer o cometimento do restante da imputação, em sede de exercício de autodefesa (fls. 100) e o que se constitui em cenário infenso ao acolhimento da pretensão recursal absolutória. Observe-se que, uma vez não tendo sido apreendida e subseqüentemente submetida à perícia a pretendida arma de fogo, de modo a se estabelecer com a devida certeza a respectiva natureza como artefato vulnerante, não se mostrou suficiente à manutenção da correspondente circunstanciadora do emprego daquela, **a mera, genérica e lacônica assertiva da vítima de que teve contra si empunhado algo que por ela foi identificado como sendo um objeto que ostentava tais características diferenciadoras**. Destarte, descarta-se, no caso concreto, a incidência de tal exacerbadora. (Original sem destaques.)*

Ao que se nota, para a instância de origem, a versão trazida aos autos pela vítima do crime patrimonial não se apresenta segura o suficiente para suprir a ausência de apreensão e de perícia da arma de fogo supostamente empregada no exercício da grave ameaça.

Com efeito, sem olvidar a jurisprudência desta Corte Superior, segundo a qual, em certas hipóteses, é possível excepcionar a apreensão e a perícia da arma de fogo para fazer incidir a regra do inciso I do § 2º do art. 157 do CP, em sua antiga versão, no caso concreto, o Tribunal de apelação, após examinar o acervo fático-probatório disponível,

concluiu que os elementos constantes dos autos não comprovam a circunstância correlata à referida causa de aumento, fazendo referência, inclusive, ao grau de incerteza extraído do depoimento da vítima.

Por esse prisma, inviável o acolhimento da pretensão acusatória, nesta parte, haja vista a necessidade do revolvimento de provas, o que, no âmbito do recurso especial, constitui medida vedada pelo óbice da Súmula n. 7/STJ.

Por outro lado, no tocante à dosimetria penal, sobretudo quanto à delimitação da pena-base, mostra-se com razão o recorrente.

No ponto, colhe-se do voto condutor do acórdão recorrido (e-STJ fl. 216):

*A dosimetria desafia reparos, mas o que não se resume ao descarte da majorante do emprego de arma, porquanto as duas anotações sentencialmente eleitas a figurarem como caracterizadoras de maus antecedentes não se mostram aptas para tanto, seja porque a primeira delas, em verdade, vem a ser uma reincidência, e ainda específica, (anotação n° 02 da F.A.C. de fls. 66/72), mas cuja fungibilidade de condições entre fases dosimétricas é inadmitida, por literal ofensa do princípio da legalidade estrita, seja porque a segunda das mesmas (anotação n° 03 da F.A.C. de fls. 66/72), por ostentar data de trânsito em julgado posterior ao avento deste processo, perfila-se como autêntico indifferente penal, motivos pelos quais a pena base retorna ao seu mínimo legal, ou seja, a 04 (quatro) anos de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias multa, estes fixados no seu mínimo valor legal. (Original sem destaques.)*

O entendimento fixado pelo Tribunal de origem destoa da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em dois momentos. Primeiro, quando assenta a impossibilidade do uso do registro de reincidência excedente para figurar como maus antecedentes e, depois, quando assevera que a condenação por fato anterior, cujo trânsito em julgado se deu posteriormente ao delito apurado nestes autos, não deve ser considerada em desabono à vetorial dos antecedentes penais.

Com efeito, prevalece nesta Corte Superior o entendimento de que "em se tratando de acusado multirreincidente, as condenações pretéritas, desde que distintas, podem ser utilizadas para justificar o aumento da pena-base ante a consideração desfavorável da circunstância judicial dos antecedentes, bem como para aumentar a pena na segunda fase em vista da reincidência, não havendo que se falar em bis in idem" (AgRg no AREsp 1573086/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/11/2019, DJe 22/11/2019).

Na mesma linha:

*HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO INAUGURADA A COMPETÊNCIA DO STJ. INADMISSIBILIDADE. FRAUDE EM LICITAÇÃO (ART. 90 DA*

LEI N. 8.666/1993). PRESCRIÇÃO. INEXISTÊNCIA. DOSIMETRIA. MANIFESTA ILEGALIDADE. PERDA DO CARGO PÚBLICO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO, PARA REFAZER A DOSIMETRIA E AFASTAR A PERDA DO CARGO PÚBLICO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DECLARADA.

[...]

5. É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base (Súmula 444/STJ). A jurisprudência desta Corte tem consolidado entendimento na linha de que eventuais condenações criminais do réu transitadas em julgado e não utilizadas para caracterizar a reincidência somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo a sua utilização também para desvalorar a personalidade ou a conduta social do agente. Precedentes

[...]

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir as penas, pela prática do crime previsto no art. 90 da Lei n. 8.666/1993, das pacientes Vera Lúcia Rodrigues Freitas e Sandra Maria Diresta Galão e dos corréus Teófilo Rodrigues Teles e Luiz Henrique Milaré de Carvalho para 2 anos de reclusão, no regime inicial aberto, além do pagamento de 10 dias-multa, afastada, ainda, a determinação de perda do cargo público efetivo das pacientes. Feita a redução da pena, declarada extinta a punibilidade de Vera Lúcia Rodrigues Freitas, Sandra Maria Diresta Galão, Teófilo Rodrigues Teles e Luiz Henrique Milaré de Carvalho, como incursos no art. 90 da Lei n. 8.666/1993, pela prescrição da pretensão punitiva.

(HC 482.458/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 22/10/2019, DJe 05/11/2019)

Não bastasse, ainda de acordo com a jurisprudência deste Tribunal Superior, "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" (HC n. 337.068/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 28/6/2016)

A propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. ANÁLISE NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME, QUANTIDADE DROGA, CULPABILIDADE E MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. DISCRICIONARIEDADE JURIDICAMENTE VINCULADA. CASO CONCRETO E MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06 AFASTADA COM BASE EM

# *Superior Tribunal de Justiça*

*AÇÕES PENAIS EM CURSO. CABIMENTO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. PRECEDENTES. CONDENAÇÃO POR FATO ANTERIOR COM TRÂNSITO JULGADO POSTERIOR AO DELITO EM ANÁLISE. MAUS ANTECEDENTES CONFIGURADOS. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

*[...]*

*V - Esta Corte tem entendimento reiterado de que a condenação definitiva por fato anterior ao crime descrito na denúncia, mas com trânsito em julgado posterior à data do ilícito penal, ainda que não configure a agravante da reincidência, pode caracterizar maus antecedentes, pois diz respeito ao histórico do acusado.*

*Habeas corpus não conhecido.*

*(HC 409.218/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2018, DJe 10/04/2018)*

Portanto, é cabível o restabelecimento da valoração negativa dos antecedentes penais do recorrido, assim como havia realizado o Juízo de primeiro grau.

Passa-se, assim, ao redimensionamento da pena.

No primeiro estágio dosimétrico, deve ser restabelecida a pena-base cominada na sentença penal condenatória, porque antecedida de adequada valoração negativa dos antecedentes penais do recorrido. Fixa-se, assim, a pena básica em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa.

Na segunda fase, mantém-se inalterada a compensação integral entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, de modo que a reprimenda provisória permanece estabelecida em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, **a qual se torna definitiva**, haja vista a ausência de causas de diminuição ou de aumento a serem consideradas no terceiro estágio de aplicação da pena.

O regime prisional deve ser o fechado, não só pela reincidência reconhecida no caso concreto mas também por força dos maus antecedentes do recorrido, conforme prevê o art. 33, §§ 2º e 3º, do CP.

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, inciso II e III, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, **dá-se parcial provimento** ao recurso especial a fim de se redimensionar a pena cominada ao recorrido e recrudesce o regime prisional inicial, nos termos delineados acima.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2019.

Ministro JORGE MUSSI  
Relator