

RECURSO ESPECIAL Nº 1.503.580 - SP (2014/0343232-6)

RELATOR : **MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
RECORRIDO : **DENIS BARBOSA MARQUES**
ADVOGADO : **JOSE AUGUSTO LEOMIL JUNIOR**

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 do Tribunal de Justiça local, ementado nos seguintes termos (fl. 266):

ROUBO - Autoria e materialidade delitiva perfeitamente demonstradas - Prova robusta a admitir a condenação do réu - Afastar maus antecedentes por inadequação de certidão - Aplicação do artigo 33, § 2º, letra do Código Penal para a fixação do regime inicial do cumprimento de pena privativa de liberdade - Readequação das penas e do regime prisional - Recurso parcialmente provido.

Nas razões do recurso especial, o recorrente alega, além de dissídio jurisprudencial, violação do art. 59 do Código Penal. Sustenta, em suma, que as condenações transitadas em julgado no curso da ação penal podem ser utilizadas para aferir a conduta social do agente.

Contrarrazoado (fls. 340/344), o recurso foi admitido na origem (fl. 351). Nesta instância, manifestou-se o Ministério Público pelo seu provimento (fls. 363/367).

É o relatório. Decido.

A irresignação merece prosperar.

No caso, a Corte local reformou a sentença de piso para afastar a causa de aumento da pena-base na forma seguinte:

Com efeito, o MM. Juízo de primeiro grau, para aumentar a pena-base do réu, reconheceu que o apelante possui maus antecedentes, considerando a certidão constante a fls. 112. Todavia, o documento com base no qual afirmados os maus antecedentes do acusado, para tanto não se presta, posto tratar-se de certidão cujo trânsito em julgado ocorreu posteriormente aos fatos em questão, o que inviabiliza sua utilização para o reconhecimento de desabonadores do apelante, devendo, portanto, ser afastado o aumento aplicado à pena-base, restando, assim, fixada a pena para o acusado no seu mínimo legal, ou seja, 04 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, cada um deles no mínimo

legal, sendo certo que, seja em face do seu "quantum" seja em face da primariedade do réu, a pena privativa de liberdade há de se cumprir, na forma prevista pelo artigo 33, § 2º, letra 'b', do Código Penal, no regime semiaberto, certo que o crime praticado foi comum e inerente ao tipo penal em questão.

Com efeito, o posicionamento exarado pela Corte local encontra-se em desacordo com o entendimento firmado por este Tribunal, que entende ser possível considerar como circunstância judicial negativa, para fins de antecedentes criminais, condenação por crime ocorrido anteriormente ao fato em análise, cujo trânsito em julgado se deu ao longo da instrução penal. Nesse sentido, confirmam-se:

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. WRIT SUBSTITUTIVO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA PERSONALIDADE DO AGENTE COM FUNDAMENTO EM AÇÕES PENAIS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. NECESSIDADE DE TRÂNSITO EM JULGADO EM DATA ANTERIOR AO CRIME EM ANÁLISE. ILEGALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. É pacífico nesta Corte o entendimento de que inquéritos e ações penais em curso não podem evidenciar a personalidade desfavorável do agente, sob pena de malferimento ao princípio da não culpabilidade.

2. A condenação definitiva por fato anterior ao crime descrito na denúncia, mas com trânsito em julgado posterior, diz respeito ao histórico do acusado e pode caracterizar maus antecedentes.

3. O reconhecimento da reincidência com fundamento em condenação prévia e definitiva já considerada na primeira etapa da dosimetria caracteriza ofensa ao princípio do *ne bis in idem*.

4. Somente se verifica a reincidência quando o agente comete novo crime depois de transitar em julgado a sentença que o tenha condenado por crime anterior, o que não ocorreu na hipótese.

5. Ordem não conhecida. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para reduzir a pena-base, afastar a reincidência e redimensionar a pena final da paciente para 5 anos e 4 meses de reclusão, além de 13 dias-multa.

(HC 145.443/DF, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/10/2014, DJe 10/11/2014).

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO NAS IMEDIAÇÕES DE ESTÁDIO DE FUTEBOL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA (ART. 109, IV, DO CÓDIGO PENAL). PENA DE 4 (QUATRO) ANOS DE

RECLUSÃO. PACIENTES MENORES DE 21 (VINTE E UM) ANOS NA DATA DA SENTENÇA (ART. 115 DO CÓDIGO PENAL). PRESCRIÇÃO EM 4 (QUATRO) ANOS. OCORRÊNCIA. 3. DOSIMETRIA EM RELAÇÃO AOS DEMAIS CORRÉUS. CONDENAÇÕES POR FATOS POSTERIORES AO DELITO EM JULGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE SEREM UTILIZADAS PARA AGRAVAR A PENA-BASE. CONDENAÇÕES POR FATOS ANTERIORES AO DELITO, MAS COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR. POSSIBILIDADE DE VALORAÇÃO NEGATIVA A TÍTULO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS 4. PREPONDERÂNCIA DA ATENUANTE DE MENORIDADE SOBRE A AGRAVANTE DO ART. 62, I, DO CÓDIGO PENAL (LIDERANÇA DO GRUPO). 5. CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 18, IV, DA LEI Nº 6.368/1976. LEI POSTERIOR MAIS BENÉFICA (ART. 40, III, DA LEI Nº 11.343/2006). FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO QUE JUSTIFICA APLICAÇÃO EM PERCENTUAL MAIOR QUE O MÍNIMO. 6. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA RECONHECER A PRESCRIÇÃO EM RELAÇÃO A ALGUNS PACIENTES E PARA AJUSTAR A DOSIMETRIA DA PENA EM RELAÇÃO AOS DEMAIS.

[...]

2. Tendo a sentença condenatória sido publicada em 27/2/2007, considerando-se que a pena aplicada foi de 4 (quatro) anos e sendo reconhecido pela sentença, nos termos do art. 115 do Código Penal, que alguns dos pacientes possuíam menos de 21 (vinte e um) anos à data de sua expedição, tem-se, pois, que a prescrição se daria em 4 (quatro) anos, tempo já atingido entre a respectiva publicação e o julgamento dos embargos de declaração que ocorreu em 24/5/2011.

3. No cálculo da pena-base, é impossível a consideração de condenação transitada em julgado correspondente a fato posterior ao narrado na denúncia para valorar negativamente os maus antecedentes, a personalidade ou a conduta social do agente. Já a condenação por fato anterior ao delito que aqui se julga, mas com trânsito em julgado posterior, pode ser utilizada como circunstância judicial negativa, a título de antecedente criminal.

4. A atenuante de menoridade prepondera sobre a agravante prevista no art. 62, I, do Código Penal (liderança do grupo). Precedente. Todavia, sendo a pena-base fixada no mínimo legal, não pode ser aplicada a referida dedução (Súmula 231/STJ).

5. Em que pese seja a Lei nº 11.343/2006 mais benéfica do que a Lei nº 6.368/1976 quanto ao mínimo de aumento de pena a ser aplicado por ter sido o crime praticado nas imediações de estádio de futebol, tenho que a fixação da referida majorante em 1/3 (um terço) está bem fundamentada na circunstância de integrarem os pacientes "uma gigantesca organização criminosa comandada pela facção 'Comando Vermelho', que se utilizava de armamentos como fuzis, pistolas, granadas, metralhadoras, para o tráfico de entorpecentes".

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para declarar a prescrição da pretensão punitiva em favor de alguns


Superior Tribunal de Justiça

pacientes e para adequar a dosimetria da pena em relação aos demais.
(HC 210.787/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE,
QUINTA TURMA, julgado em 10/09/2013, DJe 16/09/2013).

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, dou provimento ao recurso especial para cassar o acórdão recorrido a fim de restabelecer a r. sentença (fls. 208/2014).

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 11 de março de 2015.



MINISTRO ERICSON MARANHO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
Relator