



Autos nº 0001010-38.2018.8.07.0015
(Processo antigo nº 2018.01.1.003533-5)

Sentença

Sentenciado(a): EMANOEL FILIPE LIMA DA COSTA

Cuida-se de pedido de aplicação retroativa da Lei nº 13.654/2018 em favor do apenado **EMANOEL FILIPE LIMA DA COSTA**, para que seja afastada a causa de aumento prevista no agora revogado art. 157, §2º, I, do CP, à alegação de que o emprego de arma branca não mais configura causa de aumento.

O Ministério Público manifestou-se regularmente nos autos.

É O BREVE RELATÓRIO. FUNDAMENTO E DECIDO.

O pleito defensivo merece parcial guarida.

Inicialmente, registro que nada obstante diversas decisões do STJ, que aplica integralmente a Lei 13.654/2018, nela não vendo qualquer inconstitucionalidade, em recente decisão o Conselho Especial do TJDFT declarou, na via incidental, a inconstitucionalidade formal da Lei 13.654/2018 (processo 20180020058025ARI), modulando, contudo, os efeitos para definir a inconstitucionalidade *ex nunc*.

Por ter sido proferida em controle incidental, sem efeito vinculante, portanto, alinho-me ao entendimento do STJ, para quem não há o vício formal da Lei nº 13.654/2018, na parte em que revoga o inciso I do §2º do art. 157 do CP.. E o faço pelas razões a seguir:

Com efeito, originou-se a norma em questão do Projeto de Lei do Senado nº 149/2015, de lavra do Senador Otto Alencar, em que se previa sobredita revogação. Durante o regular trâmite legislativo, mencionado Projeto de Lei sofreu uma única **emenda aditiva**, de lavra da Senadora Simone Tebet, que rigorosamente nada dispôs a respeito da previsão revocatória prevista na redação original do Projeto.

Foi assim que, apenas com a emenda aditiva em questão, o PLS 149/2015 foi aprovado na Câmara de Constituição e Justiça do Senado, onde teve por relator o Senador Antônio Anastasia, que inclusive fez menção à revogação em questão no relatório em que opinou pela aprovação do Projeto.

Vê-se, pois, que, ao contrário do que sustentam alguns, a matéria foi sim debatida - e aprovada - pelos congressistas na 49ª reunião ordinária da CCJ do Senado, realizada em 08.11.2017, em que foram aprovados tanto o projeto quando a Emenda nº 1-CCJ.

De fato, houve uma mera irregularidade apenas na publicação ocorrida no Diário do Senado Federal nº 171, de 10.11.2017, que não espelhou o resultado da deliberação noticiada ao omitir a previsão de revogação da causa de aumento em questão. Todavia, por óbvio, tal irregularidade não é suficiente para subverter a efetiva decisão da CCJ do Senado e a votação soberana pelo Plenário daquela Casa.

Saliente-se que jamais houve qualquer proposição no sentido de, modificando o projeto inicial, suprimir a previsão de supressão da causa de aumento ora debatida, que, se o caso, deveria ter sido formulada - e, repito, não o foi - por meio de

emenda supressiva, já que constante na redação original do PSL.

Por outro lado, não prospera a alegação de inconstitucionalidade material por ofensa ao princípio da vedação da proteção deficiente dos bens juridicamente tutelados, na medida em que, como adiante se verá, o labor legislativo não tornou o emprego de arma branca no roubo um irrelevante penal.

Com efeito, mesmo após a novidade legislativa, continua em vigor a previsão legal que impõe ao julgador que leve em conta as circunstâncias do crime na primeira fase da dosimetria. Permite-se-lhe, pois, um incremento de sanção diante da valoração negativa de tal circunstância judicial, assim assegurando a existência de resposta estatal diante do maior risco que foi imposto ao bem jurídico protegido pela lei.

Assentada a constitucionalidade da Lei nº 13.654/2018, passo a enfrentar o mérito do pedido defensivo.

Pleiteia a Defesa a aplicação retroativa da lei para que seja refeita a dosimetria da pena com a simples exclusão da causa de aumento prevista no agora revogado inciso I do §2º do art. 157 do Código Penal, pleito que deve ser parcialmente acolhido.

Com efeito, é indiscutível a insubsistência da causa de aumento relativa ao emprego de arma que não seja de fogo para a consecução do roubo. Resta saber, porém, se tal particularidade da conduta criminosa tornou-se um irrelevante penal, ou, ao reverso, se deve ela ainda repercutir, de alguma forma, na aplicação da reprimenda.

Dentre os dois entendimentos possíveis, o segundo deve ser prestigiado. Explico.

A lei ora em consideração, conquanto tenha implementado modificações nos artigos 155 e 157 do Código Penal, nenhuma repercussão trouxe ao art. 59 do Código Penal, que segue determinando que, na primeira fase da dosimetria, seja considerada, dentre outras, as circunstâncias em que se deu a prática do crime.

Assim, aplicar retroativamente a novidade legislativa passa, necessariamente, pelo refazimento integral da dosimetria, porque, ainda que o emprego de arma branca não mais circunstancie o roubo, dele ele ser tomado como fundamento idôneo para valorar negativamente as circunstâncias do crime.

Vale dizer, o uso de arma branca não se tornou um indiferente penal, na medida em que a sua utilização, apesar de não mais poder ser valorada na terceira fase de dosimetria, representa um maior risco concreto à vítima e facilita a prática do crime, quando comparado ao roubo com emprego de ameaça e, portanto, tal circunstância pode e deve ser valorada na primeira fase de dosimetria de pena.

Nesse sentido, assim já se decidiu no STJ:

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. 2. Incabível, na via eleita, o exame de violação a dispositivos constitucionais, ainda que para fins de prequestionamento, cuja competência é reservada ao STF, nos termos do art. 102, III, da Constituição 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 1687565/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/09/2018, DJe 25/09/2018)

Entender de maneira diversa seria admitir a criação de uma terceira lei, em que o emprego de arma branca não configura causa de aumento e em que são indiferentes, para o cálculo da pena, as circunstâncias do crime.

Não se vislumbra ofensa à coisa julgada, que, no processo penal, é passível de flexibilização, desde que para beneficiar o acusado. É por esse motivo que a aplicação retroativa ocorrerá se - e apenas se - o novo enquadramento da conduta do sentenciado, globalmente considerado, redundar na aplicação de pena menor.

Não é por outro motivo que se deu a edição da Súmula 501 pelo c. STJ, segundo a qual "é cabível a aplicação retroativa da Lei n. 11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei n. 6.368/1976, sendo vedada a combinação de leis".

Note-se, pois, que, diante de tal entendimento sumular, ao aplicar retroativamente a Lei nº 11.343/2006, deverá o juiz, além de considerar a nova reprimenda abstratamente cominada e a nova causa de diminuição de pena, proceder a novo cálculo da pena-base, considerando, com preponderância sobre as demais circunstâncias judiciais, a natureza e a quantidade da droga (art. 42 da LAD).

Nem se diga que isso implicará em violação da coisa julgada em prejuízo ao sentenciado, uma vez que a retroação de efeitos será aplicada apenas se, ao final, constatar-se que aquele mesmo fato merece sanção menos severa quando considerada, globalmente, a configuração legal existente após o advento da novidade legislativa.

Transportando o raciocínio para o caso em apreço - providência salutar, uma vez que, onde há a mesma razão, aplica-se o mesmo direito -, nota-se que se dará a aplicação retroativa da Lei 13.654/2018 se, ao final, chegar-se a uma pena mais favorável, considerado o emprego de arma branca não mais como causa de aumento, mas sim como circunstância judicial desfavorável (que, repito, segue relevante para a fixação da pena).

Este, aliás, o mesmíssimo raciocínio que se tem empregado na aplicação retroativa da Lei nº 12.015/2009, na parte em que revogou o art. 214 do Código Penal. Muito embora tal novidade legislativa não tenha trazido, em si, qualquer novidade que impusesse modificação na aplicação da pena por eventual crime de estupro praticado no mesmo contexto, prevaleceu na jurisprudência o entendimento de que tal circunstância deverá ser considerada na primeira fase da dosimetria do crime do art. 213 do Código Penal, sem que, por isso, se tenha cogitado de violação da coisa julgada em prejuízo do sentenciado.

Há que se ter em mente, ainda, que um dos principais vetores axiológicos que inspiram o art. 2º, parágrafo único, do Código Penal é a isonomia. De fato, deve-se retroagir a lei para que fatos idênticos sejam julgados com o mesmo rigor legal. Assim, se a nova configuração típica revelar rigor legal atenuado, deverá retroagir para que o sentenciado tenha sua pena recalculada como se tivesse praticado o crime sob a égide do novo regramento legal, recebendo, pois, tratamento igual ao daquele que praticou o delito após a edição da nova lei.

Também por tal motivo não há óbice para que, na aplicação retroativa da lei em questão, se passe a considerar na primeira fase da dosimetria o emprego de arma branca e na terceira etapa o concurso de agentes, ainda que, na sentença ou acórdão condenatório se tenha procedido de maneira inversa, sob pena de admitirmos que uma circunstância que foi e continua a majorar a pena do roubo seja simplesmente desconsiderada por ocasião da dosimetria e, portanto, por via oblíqua, ao menos no caso em tela, a Lei 13.654/2018 acabaria por trazer ao apenado a exclusão de toda e qualquer majorante, ainda que reconhecida no decreto condenatório.

Compulsando os autos, verifico que, além do emprego de arma branca, estava presente outra causa de aumento, que, porém, foi considerada pelo juiz sentenciante na fixação da pena-base. Contudo, restando presente, após a inovação legislativa,

apenas uma causa de aumento, de rigor que, por força do princípio da especialidade, seja ela considerada na terceira fase, passando-se a valorar o emprego da arma na primeira fase.

Considerando que mesmo diante do cenário delineado pela Lei 13.654/2018, mantem-se os fundamentos para as exasperações levadas a cabo na primeira e na terceira fases da dosimetria em idênticos patamares, na medida em que valoro negativamente o emprego de arma branca na primeira fase de dosimetria, pois tal instrumento indubitavelmente representou maior risco à vida e integridade física da vítima. Nada a alterar na segunda fase de dosimetria. Por fim, na terceira fase, mantenho a pena majorada à razão mínima de 1/3, diante da segunda causa de aumento de pena reconhecida expressamente no decreto condenatório.

Ante o exposto, acolho parcialmente o pedido defensivo para aplicar retroativamente a Lei 13.654/2018 para, sem alterar a quantidade de pena e o regime fixados no decreto condenatório, determinar tão somente a retificação da conta de liquidação para excluir da incidência legal a menção ao inciso I do §2º do art. 157 do Código Penal.

Indefiro, por consequência, o pedido de expedição de alvará de soltura.

Encaminhe-se cópia desta decisão à direção do estabelecimento prisional.

Remetam-se os autos à Psicossocial para estudo acerca da idoneidade da proposta particular de emprego apresentada.

Distrito Federal, 27 de Novembro de 2018.

VINICIUS SANTOS SILVA
JUIZ(A) DE DIREITO SUBSTITUTO(A) DO DF