



COORDENADORIA DE RECURSOS AOS TRIBUNAIS SUPERIORES

**EXCELENTÍSSIMA SENHORA JUÍZA CONVOCADA RELATORA STELLA SIMONNE RAMOS;
EMINENTES INTEGRANTES DA COLENDIA CÂMARA ÚNICA.**

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ROUBO MAJORADO. COMPENSAÇÃO INTEGRAL DA AGRAVANTE DA REINICIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE APRECIÇÃO DAS PARTICULARIDADES DO CASO. MULTIRREINICIDÊNCIA E REINICIDÊNCIA ESPECÍFICA.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAPÁ, no uso de suas atribuições constitucionais e legais, por sua Coordenadora de Recursos, Procuradora de Justiça signatária, vem, perante Vossas Excelências, com fundamento nos artigos 619 e 620 do Código de Processo Penal, opor os presentes

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, com efeitos modificativos,

contra acórdão proferido pela Câmara Única do Tribunal de Justiça do Estado do Amapá, nos autos da Apelação Criminal nº 0002434-13.2014.8.03.0001, objetivando sanar omissão, além disso, paralelamente, transpor os óbices das Súmulas nos 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal, bem como da Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça, pelas razões abaixo deduzidas.

1. ADMISSIBILIDADE

A oposição dos presentes embargos, nesta data, é tempestiva, uma vez que interposto dentro do prazo de 02 (dois) dias, nos termos do artigo 619 do Código de Processo Penal; portanto, no dia 21/09/2017 (quinta-feira) os autos deram entrada nesta instituição ministerial, iniciando o prazo no primeiro dia subsequente,



COORDENADORIA DE RECURSOS AOS TRIBUNAIS SUPERIORES

que, no caso, ocorreu em 22/09/2017 (sexta-feira) e finalizando no dia 25/09/2017 (segunda-feira).

Ademais, os presentes embargos atende aos demais requisitos de admissibilidade e condições recursais, na forma que segue.

2. DO ACÓRDÃO EMBARGADO

Adota-se o relatório do acórdão ora atacado (fls. 134-136), para evitar tautologia, acrescentando que a Colenda Câmara Única do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Amapá, por unanimidade, deu provimento ao apelo defensivo, para reduzir a pena privativa de liberdade imposta ao réu Paulo Raylan Marques da Silva para 06 (seis) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em decisão assim ementada:

PENAL E PROCESSO PENAL. ROUBO MAJORADO. MAUS ANTECEDENTES. CONFIGURADOS. CULPABILIDADE. PERSONALIDADE. CONDUITA SOCIAL. CONSEQUÊNCIAS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONCURSO ENTRE ATENUANTE DA CONFISSÃO E AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE PESSOAS. DOSIMETRIA DA PENA. REDUÇÃO. REFORMA DA SENTENÇA. 1) Restam configurados os maus antecedentes sempre que, na data da sentença, o acusado registre condenação definitiva por delito anterior, independentemente do momento do seu trânsito em julgado, se anterior ou posterior ao crime em análise. Precedente do STJ; 2) O modo consciente e agressivo de agir do agente quando da prática do roubo não serve para elevar a pena-base, considerando a culpabilidade circunstância desfavorável, porquanto o uso de violência está relacionado à própria tipicidade do delito; 3) A utilização de argumentos genéricos e vagos para valorar negativamente a conduta social e a personalidade do agente viola o princípio da individualização da pena; 4) A não recuperação da res furtiva e o trauma ocasionado pelo uso de arma



COORDENADORIA DE RECURSOS AOS TRIBUNAIS SUPERIORES

de fogo não podem ser tomadas como circunstância desfavorável, já se tratam de consequências inerentes ao crime do art. 157, §2º, II do CP; 5) É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência. Precedente do STJ; 6) O STJ firmou entendimento de que o aumento, acima da fração mínima de 1/3, em razão da ocorrência de mais de uma causa de aumento, exige motivação baseada em dados concretos, não podendo ser utilizada como justificativa somente a quantidade de majorantes; 7) Pena fixada em quantum além do razoável há que ser reduzida em sede de apelação, para que seja ajustada a seu fim social e adequada ao seu respectivo destinatário, conforme orienta o critério trifásico de dosimetria; 8) Recurso de apelação provido.

Em face dessa respeitável decisão, o Ministério Público do Estado do Amapá opõe os presentes Embargos de Declaração, pelos fundamentos a seguir explicitados.

3. OMISSÃO E NECESSÁRIO EFEITO INFRINGENTE AO ACÓRDÃO EMBARGADO

De início, cabe ressaltar que os embargos de declaração, de acordo com a lei processual, têm como finalidade tornar clara a decisão omissa, contraditória, obscura ou ambígua, bem como sanar possível erro material existente na decisão, sem modificar, em princípio, a sua substância. Todavia, em casos excepcionais, poderá ter efeito modificativo, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

1. É importante salientar que a atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração é possível em hipóteses excepcionais, para corrigir premissa equivocada no julgamento, bem como nos casos em que, sanada a omissão, a contradição ou a obscuridade, a alteração da decisão surja como consequência necessária. Presente essa situação excepcional, é de



COORDENADORIA DE RECURSOS AOS TRIBUNAIS SUPERIORES

acolher os aclaratórios com atribuição de efeitos infringentes como forma de manter a jurisprudência consolidada no STJ.

(STJ; EDcl-AgInt-REsp 1.607.315; Proc. 2016/0157522-1; RJ; Segunda Turma; Rel. Min. Herman Benjamin; DJE 17/05/2017).

Sobre o cerne da controvérsia, adianta-se que o eventual suprimento da omissão apontada implicará, por consequência lógica, na alteração da decisão embargada, dando azo à concessão de efeitos infringentes aos aclaratórios que ora estão sendo opostos.

3.1 DA OMISSÃO

Concessa venia, a análise do *decisum* ora embargado revela a existência de omissão quanto ao enfrentamento de aspectos essenciais ao deslinde da questão, aptos a ensejar solução diversa.

A incidência da orientação firmada no bojo do Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.341.370/MT, bem como no EResp nº 1.154.752/RS, deve considerar, como a própria Corte Superior já decidiu, as particularidades do processo: ***“observadas as peculiaridades do caso concreto, é possível, na segunda fase de dosimetria da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal”*** (HC nº 404.110 – SC; Rel. Min. Reynaldo Fonseca; Quinta Turma; DJe: 24/08/2017).

Ou seja, a Corte Superior entende que tanto a reincidência quanto a confissão espontânea são preponderantes e devem ser compensadas, mas isto não significa que haverá compensação integral, o que vai depender das peculiaridades do caso concreto.



COORDENADORIA DE RECURSOS AOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Efetivamente, como reiteradamente decidiu o Tribunal Superior, para fins de compensação devem ser observadas as particularidades do caso concreto e a importância que cada circunstância representou para o feito, como destacou o Ministro Antonio Saldanha Palheiro ao apreciar o AgRg no HC 393.743 / RJ: *“Na espécie, incabível a compensação total entre a atenuante da confissão e a agravante da reincidência, pois, conquanto se reconheça a compensação da confissão espontânea com a reincidência, em se tratando de réu reincidente específico, a compensação integral implicaria **ofensa aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade**, mormente porque a reincidência específica exige maior reprovação, devendo, pois, prevalecer sobre a mencionada atenuante. Todavia, possível a compensação parcial (Precedentes).”* (Sexta Turma; DJe 01/08/2017).

No mesmo sentido, ao negar provimento ao Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 396.868/SC, o Ministro Rogério Schietti Cruz, com propriedade, assentou a forma como deve ser compatibilizado o entendimento da Corte Superior acerca da possibilidade de compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, estabelecendo que *“Consoante recente precedente desta Corte Superior, à evidência, o réu que ostenta condenações com trânsito em julgado anterior ao crime versado nos autos é multirreincidente e possui comportamento mais reprovável que aquele sentenciado por apenas um único fato criminoso anterior, independentemente de a maior parte dessas condenações haver sido sopesada na primeira fase da dosimetria e não na segunda, a viabilizar, assim, a não compensação da reincidência com a confissão.”* (Sexta Turma; DJe: 01/08/2017).

E tal orientação, por certo, reflete a melhor exegese ao artigo 67 do Código Penal, porquanto *“no concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência”*.

COORDENADORIA DE RECURSOS AOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Nesse entendimento, observa-se que o Órgão julgador se olvidou acerca das particularidades do caso que excepcionam a incidência da orientação firmada em recurso repetitivo e afastam a compensação operada.

Confira-se o seguinte excerto do acórdão (fl. 141):

(...) Deveras, após minudente análise da extensa certidão criminal do apelante (fls. 71/76), vejo que constam diversas condenações definitivas, por fatos praticados antes do que ora se apura, o que é suficiente para configurar antecedentes negativos.

Assim, constata-se que o réu registra oito condenações definitivas anteriores por crimes patrimoniais, das quais três foram por estelionato, duas por Roubo, duas por Furto e uma por Apropriação Indébita, evidenciando múltipla reincidência, inclusive específica.

Nessa conformidade, as particularidades do caso, reconhecidas pelo próprio acórdão, determinam a que a compensação entre ambas as circunstâncias não seja de forma integral, visto que se cuida de réu reincidente específico e multirreincidente, o que está de acordo com a exegese do Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido:

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, I E II, E ART. 329, §1º, NA FORMA DO ART. 69, TODOS DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. SEGUNDA FASE. ATENUANTE DA CONFISSÃO E MULTIRREINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. INVIABILIDADE. TERCEIRA FASE. MAJORANTES. QUANTUM DE ACRÉSCIMO. SÚMULA N. 443 DESTA CORTE. ILEGALIDADE MANIFESTA. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE. 1. Inexiste ilegalidade na dosimetria da primeira fase da pena se



COORDENADORIA DE RECURSOS AOS TRIBUNAIS SUPERIORES

instâncias de origem apontam motivos concretos para a fixação das penas no patamar estabelecido. Em sede de habeas corpus não se afere o quantum aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório. **2. À luz dos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, há preponderância da agravante da reincidência com relação à atenuante da confissão espontânea, quando existe mais de uma condenação que revela reincidência. Seria inadequada a compensação pura e simples das referidas circunstâncias, embora ambas envolvam a personalidade do agente, na hipótese de o paciente ser considerado reincidente pela prática de dois ou mais crimes.** 3. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, o acréscimo requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um aumento mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de majorantes presentes. Súmula nº 443 desta Corte. Ilegalidade flagrante. 4. Ordem concedida em parte, a fim de reduzir a pena definitiva do paciente para 9 (nove) anos, 10 (dez) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, mais 20 (vinte) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação. (STJ; HC 402.695; Proc. 2017/0134791-1; SP; Rel^a Min. Maria Thereza Assis Moura; DJE 22/09/2017). Negritei.

PENAL E PROCESSO PENAL. Agravo em Recurso Especial. Violação ao art. 59 do CP. Pena-base acima do mínimo legal. **Circunstâncias judiciais dos antecedentes, da personalidade e da conduta social valoradas negativamente. Condenações anteriores com trânsito em julgado. Fundamentação idônea. Ofensa aos arts. 67 e 68 do CP. Reincidência. Atenuante da confissão espontânea. Compensação. Impossibilidade. Multirreincidência.** Contrariedade ao art. 33, § 2º, "b" e § 3º, do CP. Pena menor que 4 anos. Reincidência e circunstâncias judiciais negativas. Fixação de regime prisional fechado. Possibilidade. Acórdão em conformidade com a jurisprudência desta corte superior de justiça. Súmula nº 568/STJ. Agravo conhecido. Recurso Especial desprovido. (STJ; AREsp

COORDENADORIA DE RECURSOS AOS TRIBUNAIS SUPERIORES

1.140.486; Proc. 2017/0183776-3; DF; Sexta Turma; Rel^a Min^a Maria Thereza Assis Moura; DJE 21/09/2017). Negritei.

RECURSO ESPECIAL. ART. 157, § 2.º, I E II, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA. **SEGUNDA ETAPA. COMPENSAÇÃO. REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. Inviabilidade. Reincidência específica.** Majorantes. Quantum de acréscimo fundado apenas no critério aritmético. Súmula nº 443 desta corte. Recurso parcialmente provido. (STJ; REsp 1.688.259; Proc. 2017/0197226-3; RS; Sexta Turma; Rel^a Min^a Maria Thereza Assis Moura; DJE 20/09/2017). Negritei.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO SIMPLES. PLEITO DE COMPENSAÇÃO INTEGRAL DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. AGRAVANTE REINCIDENTE ESPECÍFICO. COMPENSAÇÃO INTEGRAL INDEVIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. **1. A terceira seção do STJ, em 23/05/2012, por ocasião do julgamento do ERESP n. 1.154.752/RS, de relatoria do ministro Sebastião Reis Júnior, pacificou o entendimento segundo o qual a atenuante da confissão espontânea, na medida em que compreende a personalidade do agente, é circunstância preponderante, devendo ser compensada com a agravante da reincidência, igualmente preponderante. 2. Não é devida, contudo, a compensação integral entre a confissão e a reincidência quando a recidiva do réu for específica ou numerosa, por evidenciar maior reprovabilidade. 3. Agravo regimental improvido.** (STJ; AgRg-REsp 1.575.317; Proc. 2015/0321720-9; SC; Sexta Turma; Rel. Min. Nefi Cordeiro; DJE 19/09/2017). Negritei.

Significa dizer que, apesar de possível a compensação entre reincidência e confissão, o caso dos autos revela hipótese em que tal operação não pode ser integral, já que a agravante possui carga valorativa negativa muito superior que a positiva extraída da atenuante.



COORDENADORIA DE RECURSOS AOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Sem embargo das considerações anteriormente expendidas, não se pode deixar de consignar que a respeitável decisão colegiada, ao aplicar de forma automática a neutralização entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, deixou de considerar a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que, em observância aos princípios constitucionais da legalidade, da individualização da pena e da proporcionalidade, a agravante da reincidência deve preponderar em situações como a que ora se examina.

Colacionam-se, a título exemplificativo, os seguintes precedentes:

Habeas Corpus substitutivo de recurso ordinário. Roubo circunstanciado. Compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. Impossibilidade **1. O acórdão impugnado está em conformidade com a jurisprudência de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que, a teor do art. 67 do Código Penal, “a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada” (RHC 110.727, Rel. Min. Dias Toffoli).** 2. Habeas Corpus extinto sem resolução de mérito por inadequação da via processual. (HC 105543, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 29/04/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 26-05-2014 PUBLIC 27-05-2014). Negritei.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. DELITO DE VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL. RECONHECIMENTO DA OCORRÊNCIA DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA CONTROVERTIDA. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. CONCURSO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO. I – No caso concreto, para se chegar à conclusão pela existência da confissão espontânea, faz-se necessário o incurso no acervo fático- probatório, o que é incabível na estreita via eleita. **II – Nos termos do art. 67 do Código Penal, no concurso de atenuantes**

COORDENADORIA DE RECURSOS AOS TRIBUNAIS SUPERIORES

e agravantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes. No caso sob exame, a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada. Precedentes. III – Recurso ordinário ao qual se nega provimento. (RHC 120677, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 18/03/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-065 DIVULG 01-04-2014 PUBLIC 02-04-2014). Negritei.

Habeas corpus. Fixação da pena. Concurso da agravante da reincidência e da atenuante da confissão espontânea. Pretensão à compensação da qualificadora com a atenuante, ou à mitigação da pena-base estabelecida. Inviabilidade. Ordem denegada. **1. Nos termos do art. 67 do Código Penal, no concurso de atenuantes e agravantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes. No caso em exame, a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada ou qualquer outra mitigação. Precedentes.** 2. Ordem denegada.” (HC 112830, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 22/05/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-118 DIVULG 15-06-2012 PUBLIC 18-06-2012). Negritei.

Imperioso, portanto, sob pena de violação ao disposto no artigo 619 do Código de Processo Penal, o esclarecimento das omissões do órgão julgador a respeito: a) da impossibilidade de compensação integral, no caso concreto, em virtude do réu ser multireincidente e reincidente específico; e b) da jurisprudência pacificada no âmbito dos Tribunais Superiores, uma vez que o artigo 67 do Código Penal deve ser interpretado em consonância com o princípio da individualização da pena, previsto no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, com o que também estará sendo satisfeita a necessidade do prequestionamento, requisito para a interposição de recursos aos Tribunais Superiores.



COORDENADORIA DE RECURSOS AOS TRIBUNAIS SUPERIORES

4. DA CONCLUSÃO

Ante o exposto, considerando-se que o acórdão de fls. 137-145 incorreu em omissão, requer o Ministério Público do Estado do Amapá sejam conhecidos e acolhidos os presentes embargos de declaração, agregando-lhes efeitos modificativos, a fim de que, com fundamento nas razões anteriormente aludidas, seja apreciada a questão relativa à majoração da pena na segunda fase dosimétrica em razão das particularidades do caso concreto (réu multirreincidente e reincidente específico), devendo ser reconhecida a preponderância da agravante da reincidência, sendo admissível a sua compensação parcial com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

Macapá, 25 de setembro de 2017.

MARIA DO SOCORRO MILHOMEM MONTEIRO MORO

Procuradora de Justiça

Coordenadora de Recursos aos Tribunais Superiores.¹

¹ PORTARIA N° 0451/2017 - GAB/PGJ, de 14 de agosto de 2017.