RECURSO ESPECIAL Nº 1.778.839 - MG (2018/0299232-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
RECORRENTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO	:	WALLACE ROBERTO DE OLIVEIRA
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL DA ACUSAÇÃO. ART. 14 DA LEI N. 10.826/2003. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. CRIMES DE ROUBO. CONTINUIDADE DELITIVA. AFASTAMENTO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. PATAMAR DE AUMENTO. NÚMERO DE INFRAÇÕES PRATICADAS. EXASPERAÇÃO EM 1/5 DEVIDA. DOSIMETRIA. SEGUNDA FASE. PREPONDERÂNCIA DA MULTIRREINCIDÊNCIA SOBRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. DESCABIMENTO DA COMPENSAÇÃO INTEGRAL. PENAS READEQUADAS.
Recurso especial parcialmente provido, nos termos da fundamentação.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo **Ministério Público de Minas Gerais**, com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça local na Apelação Criminal n. 1.0702.15.085489-2/001, assim ementado (fls. 359/360):

> EMENTA: RECURSO DE APELAÇÃO - ROUBO - RESISTÊNCIA - VIAS DE FATO - PRELIMINAR - INÉPCIA DA DENÚNCIA - PRECLUSÃO - ART. 41 DO CPP - REQUISITOS ATENDIDOS - MÉRITO - ABSOLVIÇÃO - DESCABIMENTO - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA - DEPOIMENTOS DAS TESTEMUNHAS - PORTE DE MUNIÇÃO - UM ÚNICO PROJÉTIL - AUSÊNCIA DE POTENCIALIDADE LESIVA - CONDUTA ATÍPICA - PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS - ABSOLVIÇÃO - NECESSÁRIA - VIAS DE FATO - RESISTÊNCIA - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO - CABIMENTO - RESTITUIÇÃO DE BEM APREENDIDO - POSSIBILIDADE - ARTIGO 91, DO CÓDIGO PENAL - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORECIDAS - AUSÊNCIA DE ELEMENTOS NO PROCESSO PARA AVALIZAR O JUÍZO DE CENSURA - DECOTE - NECESSIDADE - COMPENSAÇÃO DA ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA COM A AGRAVANTE DA

REINCIDÊNCIA - CIRCUNSTÂNCIAS PREPONDERANTES - CONTINUIDADE DELITIVA - RECONHECIMENTO - FRAÇÃO DE 1/6 - REDIMENSIONAMENTO DA PENA - PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA - APRECIAÇÃO À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - CONCESSÃO - NECESSIDADE - RECURSO PROVIDO EM PARTE. Preliminar: 1 - Proferida a sentença condenatória, resta preclusa eventual alegação de inépcia da denúncia. Mérito: 1 - Comprovada a autoria e a materialidade dos delitos de roubo, resistência e vias de fato, mormente pelos depoimentos prestados pelas testemunhas e vítimas, não há que se falar em absolvição. 2 - O simples porte de uma única munição, sem ter ao alcance a respectiva arma, não tem capacidade para submeter a risco o bem jurídico tutelado pela norma incriminadora, pois o delito em exame, além da conduta, reclama um resultado normativo que acarrete dano ou perigo concreto, já que o perigo abstrato, sem qualquer concretude, não resiste mais à adequada filtragem constitucional, nem às modernas teorias do Direito Penal. 3 - É devida a aplicação do Princípio da Consunção quando o tipo penal mais amplo absorve ode menor abrangência, cabendo a absolvição quanto ao delito de vias de fato, que serviu de meio necessário para a prática do delito de resistência. 4 - Levando-se em consideração a ausência das hipóteses do artigo 91, II, do Código Penal, imperativo a restituição ao réu do bem apreendido. 5 - Se a Ação Penal não oferece elementos legítimos para avalizar o desfavorecimento das circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal, é de rigor o decote delas. 6 - Nos termos do art. 67, do Código Penal, a atenuante da confissão espontânea deve ser compensada com a agravante da reincidência. 7 - A continuidade delitiva, prevista no artigo 71, *caput*, do Código Penal, tem por finalidade englobar duas ou mais práticas criminosas que ostentem similitude de tempo, lugar, modo de execução e diversidade delitivas, como se uma única ação tivesse sido perpetrada, onde o Julgador aplicará apenas uma das penas acrescida pela fração de 1/6 a 2/3. 8 - Existindo requerimento de pessoa natural para se ver beneficiado pela Justiça Gratuita, à luz do § 3º do artigo 99 do Código de Processo Civil, presume-se verdadeira a alegação de insuficiência, salvo se houver prova em contrário constituída de acordo com o disposto no § 2º também do artigo 99 da Lei Processual Civil em vigor. Do contrário é inflexível a concessão do benefício.

V.v.p.: 1. De acordo com os indicativos expressos do artigo 67 do Código Penal, em que nominalmente se faz alusão à reincidência, e com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, essa circunstância agravante prepondera sobre a atenuante da confissão. Precedentes. 2. Na esteira do entendimento esposado pelos Tribunais Superiores, a evidência de que o agente pratica reiteradamente ilícitos penais é fundamento suficiente para impedir a aplicação em seu beneficio das regras do crime continuado, evitando-se a inefetividade do Direito Penal e a premiação indevida ao criminoso habitual.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados, nos termos da seguinte ementa (fl. 433):

> EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - AUSÊNCIA DOS VÍCIOS APONTADOS NO ARTIGO 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - REJEIÇÃO - OMISSÃO - NÃO OCORRÊNCIA - QUESTIONAMENTO DA ABSOLVIÇÃO DO EMBARGADO PELO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 14, DA LEI 10.826/03 - RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA - COMPENSAÇÃO ENTRE ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA E AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA - TESES JÁ RESPONDIDAS NO ACÓRDÃO EMBARGADO. 1 - Não tem lugar a alegação de omissão, obscuridade ou contradição no julgado embargado, quando este expõe didaticamente as razões que levaram os membros julgadores a solucionarem a controvérsia, acolhendo em parte, por via oblíqua, o posicionamento defendido pela parte, pois, nessa circunstância, o Magistrado age legalmente dentro de sua livre consciência para interpretar os elementos probatórios. 2 - Inexistindo no Acórdão as anomalias pautadas no artigo 619 do Código de Processo Penal, a rejeição dos Embargos de Declaração opostos é a certeira solução judicial aplicável ao caso e, uma vez ausentes tais máculas, inoperante também é a figura dos Embargos de Declaração para fins de questionar matérias para ulterior interposição de Recursos aos Tribunais Superiores, haja vista que o legislador não elencou essa funcionalidade ao referido meio recursal.

Nas razões recursais, aponta o *Parquet* estadual contrariedade aos arts. 14 da Lei n. 10.826/2003, 59, 67, 69 e 71 do Código Penal (fl. 443).

Sustenta, de início, o cabimento da condenação do recorrido pela prática do delito de porte ilegal de munição, tendo em vista que o efetivo perigo de lesão independe da quantidade apreendida, ou mesmo da circunstância de estar a munição desacompanhada da respectiva arma de fogo (fl. 451). Assevera que, por se tratar de crime de mera conduta e de perigo abstrato, a sua consumação dispensa a existência de um resultado naturalístico e independe da demonstração da efetiva periculosidade da conduta delitiva, não sendo o caso de aplicação do princípio da insignificância (fls. 452/458).

Aduz não ser o caso de aplicação da regra da continuidade delitiva prevista no *caput* do art. 71 do Código Penal, pois o recorrido praticou três roubos contra vítimas diversas, *tendo o primeiro acontecido provavelmente no dia 22/09/2015 e os outros dois no dia 02/10/15* (fl. 458), inexistindo unidade de desígnios, muito menos identidade de maneira de execução entre os dois

primeiros roubos e o terceiro (fl. 459). Registra que o recorrido ostenta seis condenações transitadas em julgado por fatos anteriores, tratando-se a hipótese de reiteração criminosa (fl. 460), destacando, ainda, que o modo de execução do terceiro crime foi substancialmente distinto dos dois anteriores (fl. 466). Alega, caso se entenda pela continuidade delitiva, que há equívoco na adoção da fração de aumento de 1/6, diante da prática de 3 delitos de roubos, cuja fração é de 1/5 (fl. 468).

Contesta, ainda, a segunda fase da dosimetria da pena, tendo em vista a preponderância da agravante da reincidência sobre a atenuante da confissão espontânea, em razão da multirreincidência do acusado (fl. 470).

Requer, ao final: a) o reconhecimento da tipicidade da conduta imputada ao recorrido, restaurando-se a condenação pela prática do delito do art. 14 da Lei n. 10.826/2003; b) o afastamento da continuidade delitiva entre os três crimes de roubo, restabelecendo-se o concurso material entre os delitos, diante da habitualidade criminosa do recorrido; ou c) seja afastada a continuidade delitiva entre os dois primeiros roubos e o terceiro diante das distintas maneiras de execução; d) caso mantida a continuidade delitiva entre os três roubos, que o aumento da reprimenda a incidir no crime mais grave seja de 1/5; e e) o reconhecimento da preponderância da agravante da multirreincidência sobre a atenuante da confissão espontânea, com seus sucedâneos na pena fixada.

Oferecidas contrarrazões (fls. 484/485) e admitido o recurso na origem (fls. 542/546), manifestou-se o Ministério Público Federal pelo provimento do recurso (fls. 560/564).

É o relatório.

O recurso especial merece ser conhecido, pois preenchidos os seus pressupostos de admissibilidade.

Extrai-se dos autos que o recorrido, Wallace Roberto de Oliveira,

denunciado pela prática de dois crimes de roubos, resistência à prisão, vias de fato, tráfico de drogas – apreensão de 115 pedras de crack – e porte ilegal de munição de arma de fogo de uso permitido, foi condenado como incurso no art. 157, *caput*, por três vezes, e art. 329, ambos do Código Penal, art. 21 da Lei de Contravenções Penais, art. 28 da Lei n. 11.343/2006 e art. 14 da Lei n. 10.826/2003, na forma do art. 69 do Código Penal.

A defesa apelou. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por maioria, deu parcial provimento ao recurso e absolveu o acusado da imputação referente ao delito de porte ilegal de munição, mediante os seguintes fundamentos (fls. 375/379 – grifo nosso):

> [...] Do delito de porte de munição:
> Neste tópico, a meu ver, razão assiste ao pleito absolutório da Defesa.
> Constata-se que, após a prisão do Apelante em razão da prática do delito de roubo, os milicianos fizeram buscas no veículo de onde o Apelante fora visto descendo antes da abordagem policial, ocasião em que no interior do veículo foram apreendidas 115 (cento e quinze) pedras de crack e **uma munição calibre 38, marca CBC, intacta**.
> Ora, **denota-se que no interior do veículo, ou até mesmo em poder do Apelante ou próximo de sua pessoa não existia qualquer arma de fogo, conforme se pode constatar pelos depoimentos colhidos pela Autoridade Policial de fls.02106. Logo, é de concluir que o evento foi uma mera fatalidade**.
> Insista-se, **nenhuma arma foi localizada no contexto fático, tornando-se, naquela circunstância, a munição um artefato inidôneo e incapaz de submeter a risco o bem jurídico tutelado pela norma incriminadora**.
> Logo, **diante da apreensão de apenas uma única munição no interior do veículo, sem a respectiva arma, é de se concluir que essa conduta é atípica, já que ela não tinha como causar dano ou risco à incolumidade pública, não podendo ser reconhecido o perigo abstrato da conduta, pois não há a exposição de risco de bem juridicamente protegido**.
> De mais a mais, **com base no princípio da insignificância, a inexpressiva lesão ao bem jurídico tutelado, afastada restou a tipicidade material da conduta**.
> Lembre-se que a orientação doutrinária e jurisprudencial vem se modificando no sentido de se exigir a comprovação do dano ou do perigo concreto contra bem jurídico tutelado, inclusive nos crimes considerados de mera conduta, como o caso dos autos, pois não se deve punir uma ação que não traga risco a bem protegido.
> Nesse sentido, já decidiu o Excelso Superior Tribunal Federal:
> [...]

> Em igual sentido, já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça:
> [...]
> Logo, na conformidade do exposto, concluindo-se pela atipicidade da conduta, alternativa não resta senão absolver o Apelante Wallace Roberto de Oliveira quanto ao delito previsto no art. 14 da Lei n° 10.826/04.
> [...]

Com efeito, o fundamento utilizado pela Corte de origem, atinente à inidoneidade da única munição apreendida (calibre 38, marca CBC), uma vez que não foi encontrada ou mesmo localizada nenhuma arma de fogo no contexto fático, não havendo como gerar perigo, risco ou dano à incolumidade pública, não merece reparos.

Destaca-se que a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal se posicionou no sentido de desconsiderar a potencialidade lesiva na hipótese em que pouca munição é apreendida desacompanhada de arma de fogo, *in verbis*:

> RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PENAL. ART. 12 DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO (LEI 10.826/2003). POSSE IRREGULAR DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO. **AUSÊNCIA DE OFENSIVIDADE DA CONDUTA AO BEM JURÍDICO TUTELADO**. ATIPICIDADE DOS FATOS. RECURSO PROVIDO.
> I – Recorrente que guardava no interior de sua residência uma munição de uso permitido, calibre 22.
> II – Conduta formalmente típica, nos termos do art. 12 da Lei 10.826/2003.
> III – **Inexistência de potencialidade lesiva da munição apreendida, desacompanhada de arma de fogo. Atipicidade material dos fatos**.
> IV – Recurso provido para determinar o trancamento da ação penal em relação ao delito descrito no art. 12 da Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento).
> (RHC n. 143.449/MS, Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 9/10/2017 – grifo nosso).

Não ignoro que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que, os crimes previstos entre os arts. 12 a 18 do Estatuto do Desarmamento são considerados de perigo abstrato, notadamente em função da proteção do bem jurídico atinente à incolumidade pública.

Na hipótese, contudo, a Sexta Turma desta Corte Superior orientou-se no sentido da atipicidade da conduta perpetrada, diante da ausência

de afetação do referido bem jurídico, tratando-se de crime impossível pela ineficácia absoluta do meio.

A corroborar, recentes precedentes do referido Colegiado:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. **CRIME DE POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APREENSÃO DE 1 MUNIÇÃO. AUSÊNCIA DE ARMAS APTAS AO DISPARO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DA SEXTA TURMA**. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O princípio da insignificância é parâmetro utilizado para interpretação da norma penal incriminadora, buscando evitar que o instrumento repressivo estatal persiga condutas que gerem lesões inexpressivas ao bem jurídico tutelado ou, ainda, sequer lhe causem ameaça.

2. **A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se ao Supremo Tribunal Federal, tem entendido pela possibilidade da aplicação do princípio da insignificância aos crimes previstos na Lei 10.826/03, a despeito de serem delitos de mera conduta, afastando, assim, a tipicidade material da conduta, quando evidenciada flagrante desproporcionalidade da resposta penal**.

3. **Ainda que formalmente típica, a apreensão de 1 munição não é capaz de lesionar ou mesmo ameaçar o bem jurídico tutelado, mormente porque ausente qualquer tipo de armamento capaz de deflagrar os projétil encontrado em poder do réu**.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC n. 439.593/MG, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 1º/2/2019 – grifo nosso).

HABEAS CORPUS. PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 14, *CAPUT*, DA LEI N.º 10.826/2003). ATIPICIDADE DA CONDUTA. INEXISTÊNCIA. APREENSÃO DE 25 MUNIÇÕES CALIBRE .22. RÉU REINCIDENTE EM CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. PERIGO CONFIGURADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. O porte ilegal de grande quantidade de munições constitui conduta típica, diante do perigo concreto de lesão ou dano aos bens jurídicos tutelados pelo comando do art. 14, caput, da Lei n.º 10.823/2003, mormente quando se leva em consideração a reincidência do réu em crime contra o patrimônio.

2. **O reconhecimento da atipicidade material, pela aplicação do princípio da insignificância, restringe-se aos casos em que a posse de ínfima quantidade de munição, aliada à ausência do artefato capaz de disparar o projétil, demonstre a incapacidade de a conduta gerar perigo à incolumidade pública. Precedentes**.

3. Ordem de *habeas corpus* denegada.

(HC n. 472.519/MG, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 19/12/2018

– grifo nosso).

Assim, a presente hipótese deve ser considerada atípica por ausência de materialidade delitiva, notadamente porque constatado pelo Tribunal de origem que, *no interior do veículo, ou até mesmo em poder do Apelante ou próximo de sua pessoa não existia qualquer arma de fogo, conforme se pode constatar pelos depoimentos colhidos pela Autoridade Policial de fls. 02/06*, denota-se a carência de potencialidade lesiva da conduta.

Nesse particular, está o acórdão recorrido em consonância com a Jurisprudência desta Corte Superior, inexistindo ilegalidade a ser reconhecida.

Em relação à desclassificação do concurso material para a continuidade delitiva operada pelo Tribunal no julgamento da apelação defensiva, constam do voto condutor do julgado as seguintes ponderações (fls. 390/391 - grifo nosso):

> [...] Derradeiramente, **relativamente ao delito de roubo, cometido pelo Apelante contra 03 (três) vítimas, entendo ser possível a descaracterização do concurso material, com a aplicação da regra da continuidade delitiva, tendo em vista que as ações criminosas guardam semelhança de tempo, lugar e modo de execução**.
>
> Desta forma, **a norma do art. 71 do Código Penal se aplica perfeitamente à situação fática do presente caso, de forma que deverá ser aplicada apenas a maior das penas, acrescida pela fração de 1/6 a 2/3**.
>
> Assim, tomo como parâmetro a pena de 06 (seis) anos de reclusão e 14 (quatorze) dias-multa pelo primeiro crime praticado contra a vítima P.A.M., e a majoro em 116, estabelecendo a reprimenda de 07 (sete) anos de reclusão e 16 (dezesseis) dias-multa.
>
> Todavia, concretizo a pena em 07 (sete) anos de reclusão, 02 (dois) meses e 15 (quinze) dias de detenção, 05 (cinco) meses de prestação de serviços à comunidade, bem como 16 (dezesseis) dias-multa.
>
> [...]

Como se percebe, concluiu o Tribunal local, a partir dos elementos fático-probatórios, que, no caso concreto, houve a caracterização do delito continuado, *tendo em vista que as ações criminosas guardam semelhança de tempo, lugar e modo de execução* (fl. 391).

Nesse passo, para desconstituir a conclusão do acórdão recorrido, a fim de afastar o crime continuado, reconhecendo o concurso material de crimes, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório colhido nos autos, o que encontra óbice nessa seara recursal, a teor da Súmula 7/STJ.

Confiram-se, nesse sentido, os seguintes precedentes: AgRg nos EDcl no REsp n. 1.540.152/MG, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 1º/8/2018 e AgRg no REsp n. 1.501.820/MG, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 18/4/2018.

Todavia, é entendimento desta Corte Superior que na fixação do *quantum* decorrente da continuidade delitiva, deve-se levar em consideração, basicamente, o número de infrações penais cometidas, parâmetro este que especificará, no caso concreto, a fração de aumento (HC n. 407.244/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 2/10/2017).

Nesse diapasão, consolidou-se a orientação de que se aplica a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4 para 4 infrações; 1/3 para 5 infrações; 1/2 para 6 infrações e 2/3 para 7 ou mais infrações.

Nessa linha: AgRg no AREsp n. 724.584/DF, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 19/12/2018; AgInt no REsp n. 1.473.649/RS, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 3/4/2018; HC n. 291.225/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 7/3/2018; HC n. 418.256/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 15/12/2017 e AgRg no AgRg no AREsp n. 644.915/SP, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 1º/8/2016.

Na espécie, o Tribunal local, ao reconhecer a presença dos requisitos para a configuração da continuidade delitiva, considerou expressamente que os crimes de roubo foram cometidos contra 3 vítimas (fl. 390). Contudo, aplicou equivocadamente o patamar de 1/6, razão pela qual

merece reparos, neste particular.

No tocante à segunda fase da dosimetria da pena, consta da sentença que *os antecedentes apontam 5 (cinco) condenações transitadas em julgado, sendo que parte fundamentará a elevação da pena-base e uma delas funcionará como agravante da pena* (fls. 272/274).

O Tribunal de origem, no julgamento da apelação defensiva, assim se pronunciou (fls. 383/388 - grifo nosso):

> [...] Quanto ao segundo delito de roubo cometido contra a vítima P.A.M.:
> [...] Registre-se, ademais, que conforme CAC de fls. 84/89, o Apelante **ostenta condenações com trânsito em julgado, sendo que uma delas será utilizada como agravante na segunda fase e as demais na primeira fase**.
> Pontuado o novel juízo avaliativo, remanescendo apenas duas circunstâncias judiciais negativas (**antecedentes e conduta social**) na 1ª fase, fixo a pena-base um pouco acima do mínimo legal, ou seja, 05 (cinco) anos de reclusão e 12 (doze) dias-multa.
> **Na 2ª fase da dosimetria da pena, compenso a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea**, pois, compartilho do entendimento segundo o qual tanto a reincidência quanto a confissão espontânea são de natureza subjetiva, sendo que, enquanto a primeira está expressamente prevista no art. 67, do CP como circunstância preponderante, a segunda revela a personalidade do agente, o que também a faz preponderante.
> Nesse sentido, **considerando que ambas configuram circunstâncias preponderantes, devem elas ser compensadas, não havendo que se falar em prevalência de uma sobre a outra**.
> [...]
> **No que tange ao crime de roubo cometido contra a vítima L.S**.:
> [...] Registre-se, ademais, que conforme CAC de fls. 84/89, o Apelante **ostenta condenações com trânsito em julgado, sendo que uma delas será utilizada como agravante na segunda fase e as demais na primeira fase**.
> Pontuado o novel juízo avaliativo, remanescendo apenas duas circunstâncias judiciais negativas (**antecedentes e conduta social**) na 1ª fase, fixo a pena-base um pouco acima do mínimo legal, ou seja, 05 (cinco) anos de reclusão e 12 (doze) dias-multa.
> Na 2ª fase da dosimetria da pena, **compenso a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, pois, compartilho do entendimento segundo o qual tanto a reincidência quanto a confissão espontânea são de natureza subjetiva**, sendo que, enquanto a primeira está expressamente prevista no art. 67, do CP como circunstância preponderante, a segunda revela a personalidade do agente, o que também a faz preponderante.
> Nesse sentido, considerando que ambas configuram circunstâncias

> preponderantes, devem elas ser compensadas, não havendo que se falar em prevalência de uma sobre a outra.
>
> [...]
>
> **Relativamente ao delito de resistência**:
>
> [...] Registre-se, ademais, **que conforme CAC de fls. 84/89, o Apelante ostenta condenações com trânsito em julgado, sendo que uma delas será utilizada como agravante na segunda fase e as demais na primeira fas**e.
>
> Pontuado o novel juízo avaliativo, remanescendo apenas duas circunstâncias judiciais negativas (antecedentes e conduta social) na 1ª fase, fixo a pena-base um pouco acima do mínimo legal, ou seja, 02(dois) meses e 15 (quinze) dias de detenção.
>
> Na 2ª fase da dosimetria da pena, **compenso a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea**, pois, compartilho do entendimento segundo o qual tanto a reincidência quanto a confissão espontânea são de natureza subjetiva, sendo que, enquanto a primeira está expressamente prevista no ad. 67, do CP como circunstância preponderante, a segunda revela a personalidade do agente, o que também a faz preponderante.
>
> Nesse sentido, considerando que ambas configuram circunstâncias preponderantes, devem elas ser compensadas, não havendo que se falar em prevalência de urna sobre a outra.
>
> [...]

Verifico que a sentença registrou que o ora recorrido ostenta 5 condenações transitadas em julgado, enquanto que o acórdão faz alusão a condenações transitadas em julgado, particularidade que excepciona a aplicação automática e integral da compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.

Com efeito, a Terceira Seção deste Superior Tribunal pacificou o entendimento de que, **observadas as peculiaridades do caso concreto**, é possível, na segunda fase da 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 (EREsp n. 1.154.752/RS).

Em novo julgamento, no HC n. 365.963/SP, da relatoria do Ministro Felix Fischer, ocorrido em 11/10/2017, a Terceira Seção concluiu ser possível, ainda que o acusado seja reincidente específico, a compensação integral da agravante da reincidência (específica) com a atenuante da confissão

espontânea.

No entanto, a **compensação integral** da confissão espontânea com a reincidência, em se tratando de réu **multirreincidente**, *implicaria ofensa aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, mormente porque a multirreincidência exige maior reprovação, devendo, pois, prevalecer sobre a atenuante* (HC n. 441.162/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 1º/8/2018).

Assim sendo, **em razão da multirreincidência**, não há falar em compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência. Seguindo esse entendimento: HC n. 444.116/SP, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 25/6/2018.

Veja-se ainda:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO INTEGRAL COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. MULTIRREINCIDENTE. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO.
>
> [...]
>
> II - A Terceira Seção deste eg. Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.341.370/MT, firmou entendimento no sentido de que "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência."
>
> III - *In casu*, tratando-se de paciente multirreincidente, com três condenações por outros crimes, não há que se falar em compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência. Nesse diapasão, o agravamento da pena na fração de 1/4 (um quarto) foi corretamente fundamentado pelo Tribunal a quo, em razão da multirrencidência do paciente. Precedentes.
>
> *Habeas corpus* não conhecido.
>
> (HC n. 477.375/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 11/2/2019)

> AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO. CONFISSÃO. COMPENSAÇÃO INTEGRAL COM A REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. MULTIRREINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. AGRAVO REGIMENTAL

NÃO PROVIDO.

1. A Terceira Seção deste Superior Tribunal pacificou o entendimento de que, observadas as peculiaridades do caso concreto, "É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o artigo 67 do Código Penal".

2. Por ocasião do julgamento do HC n. 365.963/SP (Rel. Ministro Felix Fischer), ocorrido em 11/10/2017, a Terceira Seção deste Superior Tribunal decidiu que, ainda que o acusado seja reincidente específico, é possível a compensação integral da agravante da reincidência (específica) com a atenuante da confissão espontânea.

3. No caso, **não é possível realizar a compensação integral entre a confissão e a reincidência, ante a multirreincidência específica do réu, que ostenta doze condenações definitivas**.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 445.295/SC, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 22/8/2018)

Portanto, de rigor o afastamento da compensação integral entre a atenuante da confissão espontânea e a multirreincidência.

Analisadas as questões, passo ao redimensionamento das reprimendas:

Segundo delito de roubo cometido contra a vítima P.A.M:

Atento aos critérios adotados pela instância ordinária, mantenho a pena-base fixada em 5 anos de reclusão e 12 dias-multa; na segunda fase, diante do equívoco operado pelo Tribunal local e da preponderância da multirreincidência, afasto a compensação integral entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea e restabeleço a compensação proporcional fixada na sentença condenatória, fixando-a em **5 anos e 6 meses de reclusão e 13 dias-multa**, tornada definitiva, diante da ausência de causas de aumento e de diminuição, mantidos os demais termos da condenação.

Crime de roubo cometido contra a vítima L.S:

Atento aos critérios adotados pela instância ordinária, mantenho a pena-base fixada em 5 anos de reclusão e 12 dias-multa; na segunda fase,

diante do equívoco operado pelo Tribunal local e da preponderância da multirreincidência, afasto a compensação integral entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea e restabeleço a compensação proporcional fixada na sentença condenatória, fixando-a em **5 anos e 6 meses de reclusão e 13 dias-multa**, tornada definitiva, diante da ausência de causas de aumento e de diminuição, mantidos os demais termos da condenação.

Crime de resistência:

Atento aos critérios adotados pela instância ordinária, mantenho a pena-base fixada em 2 meses e 15 dias de detenção; na segunda fase, diante do equívoco operado pelo Tribunal local e da preponderância da multirreincidência, afasto a compensação integral entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea e restabeleço a compensação proporcional fixada na sentença condenatória, fixando-a em **2 meses e 22 dias de detenção**, tornada definitiva, diante da ausência de causas de aumento e de diminuição, mantidos os demais termos da condenação.

Em razão do equívoco operado, em relação aos delitos de roubo, quanto ao patamar da continuidade delitiva, **majoro** a reprimenda escolhida em 1/5, **tornando-a definitiva em 7 anos, 2 meses e 12 dias de reclusão e 16 dias-multa**. Reconhecido pelas instâncias ordinárias o concurso material entre os crimes de roubo e o de resistência, fica a pena unificada em **7 anos, 2 meses e 12 dias de reclusão e 16 dias-multa** e de **2 meses e 22 dias de detenção**, **mantidos os demais termos da condenação**.

Ante o exposto, com fulcro no art. 255, § 4º, III, do RISTJ, c/c a Súmula n. 568/STJ, **dou parcial provimento** ao recurso especial para, em relação ao art. 71 do Código Penal, aplicar o patamar de 1/5, e, na segunda fase da dosimetria, reconhecer a preponderância da agravante da multirreincidência sobre a atenuante da confissão espontânea, ficando as penas redimensionadas, nos temos acima delineados.

Publique-se.

Brasília, 19 de fevereiro de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator