

Recurso Especial. Dissídio na interpretação da lei federal. Dosimetria da pena à luz do art. 68 do CP. Dupla aplicação da circunstância atenuante da confissão espontânea. Impossibilidade. Contrariedade à lei federal. Adequado prequestionamento

**Tribunal de Alçada Criminal
Primeira Câmara
Apelação nº 54.409**

**Comarca da Capital
Juízo de Direito da 16ª Vara Criminal**

**Apelantes - 1 - Ministério Público
2 - Ernando de Oliveira Pinto**
Apelados - Os mesmos

RAZÕES

O MINISTÉRIO PÚBLICO, nos autos da **APELAÇÃO** em referência, por seu Órgão com atribuições para o feito, a 2ª. Procuradoria de Justiça que atua junto à 1ª. Câmara desse Egrégio Tribunal, em face do V. Acórdão que deu provimento parcial ao recurso defensivo, para reduzir a pena imposta ao apelante em ação penal contra este movida, vem, com fulcro no **art. 105 - III - a e c** da Constituição Federal, interpor **RECURSO ESPECIAL** ao **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**, pelo que expõe:

I - DA TEMPESTIVIDADE

O Recorrente tomou ciência do V. Acórdão ora recorrido em 30 de abril de 1997, véspera do feriado 1º de maio, começando a fluir o prazo recursal em 02 do corrente. Interpõe neste dia 16 de maio o presente recurso.

II - DOS FATOS

II.1 O ora Recorrido, em primeira instância, foi condenado pela prática de crime de roubo, qualificado pelo concurso de agentes, na forma tentada, à pena de 3 (três) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e multa.

Tal *quantum* foi obtido a partir da fixação da pena privativa de liberdade correspondente ao crime, como se consumado fosse, de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, reduzida de 1/3 (um terço) - fls. 107 dos autos.

Como anotou S. Exa., o Dr. Juiz da 16ª. Vara Criminal na R. Sentença:

“O acusado, de certo modo, confessou a sua participação no crime e ostenta primariedade, gozando também de bom conceito no meio social (fls. 32/33, fls. 60/66 e fls. 83).

“Considerando tais circunstâncias, a intensidade do dolo e obediente às diretrizes do artigo 59, do Código Penal, fixo a sua pena base no mínimo legal de 04 (quatro) anos de reclusão.” - fls.106/107

Ou seja, para a fixação da pena-base, foi deferido ao Recorrido o mínimo legal, em face da consideração da atenuante decorrente da **confissão espontânea**.

II.2 Ocorre que ao ser julgado o **recurso de apelação** interposto pelo acusado, sem que este pleiteasse qualquer revisão da pena por descon sideração de circunstância atenuante, decidiu a Egrégia Câmara, *ex-officio*, recalcular a sanção imposta, fazendo ser beneficiado o acusado, novamente, pela verificação da confissão espontânea, e, isto, ressalte-se, após a fixação da sanção de conformidade com o art. 68 do Código Penal.

II.3 Em face de tal decisão, este Órgão apresentou os **embargos de declaração**, de fls. 125/127 dos autos, ressaltando o primeiro equívoco, *data venia*, do V. Acórdão, qual seja:

“...apesar de asseverar, sobre o *decisum*,

“que embora tenha expressamente reconhecido ter o apelante confessado”,

o V. Acórdão, ora embargado, entendeu que aquele

“não considerou a atenuante correspondente quando da fixação da pena” - fls. 122.”

E, desta forma, reduziu a pena final, como acima exposto.

II.4 Anotava-se, no recurso desta Procuradoria, que aquela Egrégia Corte, embora tenha entendido que o Dr. Juiz *a quo* reconheceu a presença da circunstância atenuante da confissão espontânea, fixando a pena no mínimo legal, ou seja, reduzindo a pena-base no momento de seu cálculo, conforme expressa menção na R. Sentença, decidiu por aplicar duas vezes o benefício, agora também na decisão de segunda instância.

II.5 Julgando os **embargos** a Egrégia Câmara os rejeitou, não só repelindo a afirmação de que já houvera o Dr. Juiz acolhido a atenuante da confissão espontânea, como reafirmando que havendo “uma contradição entre o que estabelece o art. 65 e o que dispõe o art. 68 do Cód.Penal”, fizera “uma alteração na ordem das operações quando da aplicação da pena” - fls. 130 dos autos.

III - DO DIREITO

O art. 68 do Código Penal dispõe que:

“A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.”

Tal dispositivo, *concessa maxima venia*, foi afrontado pela R. Decisão recorrida, e justifica o presente pedido a revisão do *decisum*, restabelecendo-se a pena imposta pelo julgador de primeira instância.

IV - DO CABIMENTO DO RECURSO

IV.1 - Das condições para recorrer

Sucumbente, parte legítima, com interesse na correta fixação da sanção penal, o *Ministério Público* vê-se na contingência e no dever de interpor o presente recurso especial ao Egrégio *Superior Tribunal de Justiça*.

IV.2 - Da contrariedade à lei federal

O V. Acórdão recorrido contrariou o disposto no aludido art. 68 do Código Penal Brasileiro.

IV.3 - Do dissídio na interpretação da lei federal

O V. Acórdão recorrido é divergente do que já foi decidido:

(a) **“Pena - Cálculo - Circunstâncias atenuantes e agravantes - Incidência após o cômputo das causas especiais de aumento ou diminuição - Inadmissibilidade.**

“As circunstâncias atenuantes e agravantes não podem atuar depois das causas especiais de aumento ou diminuição da pena, mas antes”- TAPR - Ap. 489/85 - Rel. LUIZ VIEL - Maringá - 2ª. C. - j. 07/03/85 - Revista dos Tribunais - nº 609/p. 393

(b) **“A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 do CP; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último as causas de diminuição e de aumen-**

to. As atenuantes e agravantes são consideradas antes das causas especiais” (TACRIM - SP - Ap. nº 745.375/6 - Araras - 1º. C. - Rel. Rubens Gonçalves - j. 1º.12.88 - RJDTACRIM - 2/110-111) - Destes V. Acórdão, destaca-se, como fonte da ementa, após transcrição do disposto no art. 68 do Código Penal: “Vale dizer, as atenuantes e agravantes são consideradas antes das causas especiais (uso de arma, concurso de agentes, tentativa; etc.)”

Ambas as publicações são repositórios autorizados e credenciados pelo Superior Tribunal de Justiça, sendo a Revista dos Tribunais sob o nº. 13 e a Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo sob o nº 32 - anexo II.

Concessa maxima venia, está presente a divergência quando se considera a circunstância atenuante após a causa especial de aumento.

IV.4 - Do prequestionamento

O presente recurso alcança a matéria objeto do V. Acórdão recorrido, decisão em instância recursal, reafirmada em julgamento dos **embargos de declaração**, tendo este Órgão questionado a dupla consideração da circunstância atenuante, mormente em se observando que foi ela expressamente ressaltada pelo MM. Dr. Juiz de primeiro grau ao fixar a pena-base no mínimo legal .

V - DAS RAZÕES DO PEDIDO DE REFORMA

V.1 A pretensão recursal é tornar eficaz a norma principal, o *caput* do art. 68 do Código Penal Brasileiro.

V.2 Não há, *data maxima venia*, discrepância doutrinária, sobre a matéria, cabendo destaque à lição de Weber Martins Batista:

“se a pena-base foi fixada no mínimo - por exemplo, o réu cometeu furto simples, cuja pena de prisão é de um a quatro anos, e a pena-base foi fixada em um ano, aí será mantida nesse segundo momento, ainda que exista mais de uma circunstância atenuante. Do mesmo modo, se foi fixada no máximo legal (no exemplo dado, foi fixada em quatro anos), não poderá ser aumentada, ainda que haja uma ou mais circunstâncias agravantes.” (*Direito Penal e Direito Processual Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1996, 2ª. ed., p. 174”

Prossegue ainda o Professor, ao apreciar decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o momento de consideração das circunstâncias atenuantes em face da presença de causa especial de aumento da pena:

“Esse aumento específico - está em um dos acórdãos - conduz ao último e definitivo resultado na fixação da pena, em relação ao qual não há, conseqüentemente, que fazer alterações para mais ou para menos, em virtude de circunstâncias outras, a serem consideradas precedentemente. A circunstância atenuante da pena consistente na menoridade do agente será necessariamente computada para minorar a apenação naquele primeiro momento - agora, seria em um segundo -, não após o aumento especial” (Ac. un., 1ª.Turma, 02.03.83) - p. 175

V.3 Diversas as análises do Pretório Excelso sobre o tema:

“Ementa - *Penal. Pena. Roubo qualificado. Atenuante.* Aplicada a pena do crime consumado no mínimo legal (5 anos e quatro meses de reclusão, e multa), torna-se irrelevante o não reconhecimento explícito, no acórdão, da menoridade do réu à época do fato, visto como a incidência das atenuantes não permite a redução da pena abaixo do limite mínimo legal, diferentemente do que ocorre com as causas de diminuição.” HC-56723 - Relator Ministro DECIO MIRANDA - Julgamento em 06/03/1979 - 2ª. TURMA - Publicação DJ - 27.04.79 p. 3380

V.4

Ementa: “*Habeas Corpus*”. *Roubo qualificado. Pena: Dissimetria. Menoridade.*

1. Tendo sido fixada a pena privativa de liberdade no patamar mínimo cominado para o roubo qualificado, e isso não obstante a presença de duas causas especiais de aumento, é inviável cogitar de qualquer redução em razão de circunstâncias atenuantes legais ou judiciais.

2. *Habeas Corpus* conhecido, mas indeferido. - HC - 72523/SP - Relator Ministro MAURICIO CORREA - Julgamento em 13.06.1995 - 2ª. TURMA - Publicação DJ 08.09.95, pp. 28357

V.5

Ementa - Individualização da pena: atenuante genérica alegada (CP, art. 65, I), que, ainda quando provada, não beneficiaria o condenado, dado que fixada a pena-base no mínimo cominado ao tipo, à qual se somaram, também no percentual mínimo, os acréscimos relativos a causas especiais de aumento - um terço - e, pela continuidade delitiva, dois terços. HC-71831/SP - Relator Ministro SEPULVEDA PERTENCE - Julgamento em 06.12.1994 - 1ª. TURMA - Publicação DJ-24.02.95, pp. 03677

V.6 Acresce que a confissão espontânea, como registrado nos **embargos**, foi duas vezes considerada como causa legal de diminuição da pena: uma quando o julgador de primeira instância fixou a pena-base já no mínimo legal em face daquela confissão - fls. 106, *in fine*, e a segunda quando da prolação do v. Acórdão.

Sem dúvida, *permissa venia*, se está em face de uma equivocada consideração da circunstância atenuante por duas vezes no cálculo da sanção penal.

VI - CONCLUSÃO

Por tudo o exposto, agredida a Lei Federal e divergindo o V. Acórdão recorrido das manifestações jurisprudenciais apontadas, requer o **MINISTÉRIO PÚBLICO** seja admitido, processado, julgado e provido o recurso, reformando-se a R. Decisão para que seja restabelecida a sanção imposta em primeiro grau contra o recorrido.

Rio de Janeiro, 16 de maio de 1997.

Pedro Moreira Alves de Brito

Procurador de Justiça