

Furto qualificado - Habitualidade criminosa -
Crime continuado - Reconhecimento -
Impossibilidade - Art. 71 do Código Penal -
Requisitos - Ausência - Fixação da pena -
Reincidência - Confissão espontânea -
Compensação

Ementa: Apelação criminal. Furtos qualificados.
Reconhecimento do crime continuado. Impossibilidade.

Requisitos do art. 71 do CP não preenchidos. Delinquente habitual. Penas-base. Observância às disposições dos arts. 59 e 68 do Código Penal. Manutenção. Compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea. Ambas preponderantes. Mesma valoração. Penas alteradas. Recurso provido em parte.

- Para o reconhecimento e conseqüente aplicação da ficção jurídica, que é o instituto da continuidade delitiva, é imprescindível o preenchimento dos requisitos elencados no art. 71 do CP.

- Ao delinquente habitual, que faz da prática do crime sua profissão, não deve ser reconhecida a continuidade delitiva e seus benefícios.

- Examinados com acuidade os elementos circunstanciais dos delitos e as condições pessoais do agente, obedecidas as disposições dos arts. 59 e 68 do CP, não há que se falar em redução das penas-base aplicadas.

- Em conformidade com o disposto no art. 67 do CP, devem a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea se compensar, pois circunstâncias preponderantes, ambas de caráter subjetivo, merecendo, assim, a mesma valoração (uma favorável e outra contrária ao apelado) quando da fixação das penas.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0687.06.041057-2/001 - Comarca de Timóteo - Apelante: D.J.G.S. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: EXMO. SR. DES. ALBERTO DEODATO NETO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Judimar Biber, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM PROVER EM PARTE O RECURSO.

Belo Horizonte, 24 de maio de 2011. - *Alberto Deodato Neto* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALBERTO DEODATO NETO - Trata-se de recurso de apelação interposto por D.J.G.S. contra a sentença de f. 236/240, que o condenou como incurso nas sanções do art. 155, § 4º, III, por duas vezes, na forma do art. 69, ambos do CP, às penas de 11 (onze) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, e 120 (cento e vinte) dias-multa, no valor unitário mínimo, concedido o apelo em liberdade.

Narra a denúncia que, na data de 25.01.2004, em horário não precisado, na Rua Um, Bairro Alto Timirim, na Comarca de Timóteo/MG, o apelante, de forma livre e consciente, subtraiu para si a motocicleta da marca Honda, modelo CG Titan, de cor verde e placa GSN-0110, pertencente à vítima M.C.J.S.

Consta, também, que, no dia 07.11.2004, em horário não especificado, na Alameda 31 de Outubro, no Centro Norte da Comarca de Timóteo/MG, o recorrente subtraiu para si a motocicleta da marca Honda, modelo CG Titan, de cor verde e placa GWN-1043, pertencente à vítima F.C.R.C.

Restou apurado, ainda, que o increpado, na data de 08.05.2005, em horário incerto, na Alameda 31 de Outubro, no Centro Norte da Comarca de Timóteo/MG, subtraiu para si o veículo Fiat Prêmio, de cor preta e placa GQH-2617, pertencente à vítima L.F.L.

Por fim, constatou-se que todos os delitos foram praticados mediante o uso de chave falsa, conforme as próprias declarações do autor.

Intimações regulares f. 241, 256 e 279.

Pleiteia o apelante, razões de f. 260/263, o reconhecimento da continuidade delitiva, com a aplicação das penas no patamar mínimo legal cominado ao delito de furto qualificado; o abrandamento do regime carcerário para a modalidade aberta; e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Contrarrazões às f. 265/269, em que o *Parquet* pugna pela manutenção da sentença recorrida, ao que aquiesce a d. Procuradoria-Geral de Justiça, f. 285/291.

É o relatório.

Conheço o recurso, pois presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Ausentes preliminares, arguidas ou apreciáveis de ofício, passo à análise do mérito.

Autoria e materialidade incontestes.

Centra-se o apelo, inicialmente, em postular o reconhecimento do crime continuado.

Todavia, sem razão.

Compulsando os autos, verifico que o recorrente, além dos dois furtos pelos quais restou condenado neste feito, possui outras três condenações em definitivo pela prática de crimes contra o patrimônio, consoante a CAC de f. 214/215, fato que indica se tratar de um criminoso contumaz, que fez da prática de delitos sua profissão, não sendo possível, assim, reconhecer-lhe o benefício da continuidade delitiva.

Nesse sentido:

Quem faz do crime a sua atividade comercial, como se fosse uma profissão, incide na hipótese de habitualidade, ou de reiteração delitiva, que não se confundem com a da continuidade delitiva (STF, HC 71.940-SP, 2º T, Rel. Maurício Corrêa, RTJ 160/583).

Agravo em execução. Agente contumaz na prática de delitos contra o patrimônio. Delinquente habitual. Reconhecimento da continuidade delitiva entre crimes de furto. Inviabilidade.

Falta grave. Regressão de regime prisional. Declaração da perda dos dias remidos pelo trabalho externo. Possibilidade. - Tratando-se de agente contumaz na prática de delitos contra o patrimônio, demonstrando fazer do crime um meio de vida, impossível o reconhecimento da continuidade delitiva entre os delitos praticados. Correta está a decisão que decretou a perda dos dias remidos pelo trabalho externo, nos termos do art. 127 da Lei de Execuções Penais, em razão da ocorrência da regressão do regime de cumprimento da pena privativa de liberdade, por cometimento de novo fato definido como crime. Desprovemento ao recurso que se impõe (TJMG - Agravo em execução - nº 1.0000.09.508795-3/001(1), 2ª Câmara Criminal, Rel. Des. Antônio Carlos Cruvinel, data de julgamento: 02.03.2010).

Agravo em execução. Delitos de furto. Criminoso habitual. Continuidade delitiva afastada. Agravo improvido. - O criminoso habitual não faz jus aos benefícios inerentes ao reconhecimento da continuidade delitiva, pois faz da prática delitiva a sua profissão. Agravo improvido (TJMG - Agravo em execução - nº 1.0000.09.504193-5/001(1), 1ª Câmara Criminal, Rel. Des. Edival José de Moraes, data de julgamento: 1º.12.2009).

Recurso de agravo. Crimes contra o patrimônio. Prática de dois delitos de roubos (CP, art. 157). Incidente de unificação das penas. Pleito de reconhecimento de continuidade delitiva (CP, art. 71, *caput*). Impossibilidade. Habitualidade criminosa evidenciada. Decisão mantida. - Ao adotar a teoria da ficção jurídica, o Código Penal considerou o crime continuado, a título de pluralidade de crimes praticados em circunstância de tempo, lugar e modo de execução, a ponto de pressupor o crime subsequente como continuação ao primeiro, como crime único, tão somente para fins de aplicação da pena. No entanto, não se pode beneficiar com tal exceção o acusado que, mesmo enquadrado nas situações elencadas no art. 71, *caput*, do CPP, faz da prática reiterada de crimes da mesma espécie, hipóteses a configurar concurso material de delitos, sob pena de o instituto (mais benéfico ao réu, de regra), se prolongar no tempo, o que leva a impor-lhe um maior agravamento da pena (TJSC - Recurso de Agravo nº 2009.001954-9 - 2ª Câmara Criminal - Rel.ª Salete Silva Sommariva - 17.04.2009).

É este, também, o entendimento que se extrai da lição de Júlio Fabbrini Mirabete:

Por fim, não há que se reconhecer o crime continuado quando se tratar de habitualidade criminosa. O delinquente habitual faz do crime uma profissão e pode infringir a lei várias vezes do mesmo modo, mas não comete crime continuado com a reiteração das práticas delituosas (*persevantia in crimine* ou *persevantia in sceleris*). A continuidade, sucessão circunstancial de crimes, não pode ser confundida com a habitualidade criminosa, sucessão planejada, indiciária do *modus vivendi* do agente e que reclama, não tratamento amenizado, mas reprimenda mais severa (in *Manual de direito penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 319).

Entretanto, ainda que assim não fosse, não veria como dar azo à pretensão defensiva, pois, como cediço, para a aplicação desta ficção jurídica, que é o instituto da continuidade delitiva, é imprescindível o preenchi-

mento dos requisitos elencados no art. 71 do CP, dentre eles, a conexão espacial, o que, *in casu*, não verifico.

Ora, entre os ilícitos apurados no presente feito transcorreram mais de seis meses, o que impede falar que o subsequente foi continuação do primeiro.

Sobre o tema:

[...] A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que, para caracterizar a continuidade delitiva, é necessário o preenchimento de requisitos de ordem objetiva e subjetiva. 3. Constatada a mera reiteração, em que as condutas criminosas são autônomas e isoladas, afasta-se a idéia de continuidade delitiva para se acolher a tese da habitualidade ou profissionalismo na prática de crimes, circunstância que merece um tratamento penal mais rigoroso, tendo em vista o maior grau de reprovabilidade [...] (STJ, REsp 742.402/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, data do julgamento: 27.09.2007).

Para efeito de reconhecimento da continuidade delitiva, é imprescindível, dentre outros requisitos, que os crimes praticados apresentem a mesma forma de execução, *ex vi* do art. 71 do Código Penal. II - *In casu*, tal não ocorreu, uma vez que o agente, para a prática dos delitos, se utilizou de diferentes meios e circunstâncias. III - Se entre as séries delituosas houver diferença de meses, não haverá continuidade delitiva, mas sim reiteração delitiva, devendo ser aplicada a regra do concurso material (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso) (STJ, REsp 962.017/RS, Rel. Min. Félix Fischer, data do julgamento: 25.10.2007).

Noutro giro, clama a defesa pela redução das penas-base, sem, contudo, apresentar qualquer justificativa.

Ocorre que, analisando minuciosamente a sentença hostilizada, vejo que o preclaro Juiz *a quo* agiu de forma criteriosa, fundamentando com propriedade seu decreto e mensurando o *quantum* aplicado com estrita observância às disposições dos arts. 59 e 68 do Código Penal.

Em verdade, as reprimendas basilares somente se afastaram do mínimo legal porque as condições reais dos delitos e pessoais do apelante assim exigiram, sendo certo que as inúmeras condenações criminais suportadas por D.J., por si só, já seriam suficientes a justificar a exasperação procedida, sem contar com seu confessado envolvimento com as drogas.

Porém, sem distanciar-me da questão afeta às penas, verifico a necessidade de se proceder a pequeno reparo na segunda fase da dosimetria.

É que, na conformidade do previsto no art. 67 do CP, devem a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea se compensar, pois são circunstâncias preponderantes, ambas de caráter subjetivo, merecendo, assim, a mesma valoração (uma favorável e outra contrária ao apelado).

Nesse sentido:

Penal. Pena. Concurso de circunstâncias atenuantes e agravantes. Compensação. CP, art. 67. - Não merece censura,

por não violação às normas de direito penal pertinentes, decisão que realiza a compensação entre atenuantes e agravantes, atendidas as prescrições inscritas no art. 67, CP. - Recurso especial conhecido e desprovido (STJ, 6ª Turma, REsp nº 70626/SP, Rel. Min. Vicente Leal, j. em 14.10.1996, DJU de 9.12.1996).

Penal e processual penal. Apelação. Porte ilegal de arma. Agravante da reincidência e atenuante da confissão espontânea. Compensação. - Incidindo concomitantemente a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, devem-se compensar haja vista que ambas são de natureza subjetiva (TJDF, 2ª T. Crim., Ap. nº 2001.-09.1.000249-2, Rel. Des. Silvio Barbosa, j. em 27.6.2002, DJU de 11.9.2002, p. 84).

Portanto, mantenho as idênticas penas-base fixadas para ambos os delitos de furto - 5 (cinco) anos de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo - e, na segunda fase, compenso a agravante da reincidência pela atenuante da confissão espontânea, conservando inalteradas as reprimendas basilares, as quais, ressalte-se, torno definitivas, porquanto ausentes causas de aumento ou diminuição.

Por fim, patenteado o concurso material entre os crimes de furto qualificado, como as penas aplicadas, para torná-las definitivas em 10 (dez) anos de reclusão e 100 (cem) dias-multa, no valor unitário mínimo.

No mais, tendo em vista o *quantum* de pena aplicado, entendo prejudicados os pedidos de abrandamento do regime carcerário e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, consoante o disposto nos arts. 33, § 2º, *a*, e 44, I, ambos do CP.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso, apenas para compensar a agravante da reincidência pela atenuante da confissão espontânea, mantendo inalteradas as demais disposições da r. sentença penal condenatória.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FLÁVIO LEITE e REINALDO PORTANOVA.

Súmula - RECURSO PROVIDO EM PARTE.