RECURSO ESPECIAL Nº 1.800.954 - RS (2019/0064238-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
RECORRENTE	:	ELVIS NOVAES BIAVATTI
ADVOGADOS	:	RAFAEL RAPHAELLI - DEFENSOR PÚBLICO - RS032676 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO E DANO QUALIFICADO CONTRA O PATRIMÔNIO PÚBLICO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL E VIOLAÇÃO DO ART. 67 DO CP. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. UTILIZAÇÃO COMO SUPORTE DA CONDENAÇÃO. COMPENSAÇÃO INTEGRAL COM A REINCIDÊNCIA. INVIABILIDADE. CONSTATADA A MULTIRREINCIDÊNCIA DO RECORRENTE.
Recurso especial desprovido.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por **Elvis Novaes Biavatti**, com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na Apelação 70076515857.

Consta dos autos que, na sentença de fls. 234/244, o Juízo de primeiro grau condenou o recorrente à pena privativa de liberdade de 4 anos e 4 meses de reclusão e 8 meses de detenção em regime inicial semiaberto, como incurso nas iras dos arts. 157, *caput*, e 163, parágrafo único, III, na forma do 69, todos do Código Penal.

Inconformada com os termos do édito condenatório singular, a defesa interpôs recurso de apelação (fls. 255/267).

O Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao recurso defensivo para, tão somente, fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena de detenção (fls. 293/317).

> APELAÇÃO. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO (1° FATO) E DANO QUALIFICADO CONTRA O PATRIMÔNIO PÚBLICO (2° FATO). CONDENAÇÃO MANTIDA. PROVA SUFICIENTE. DOSIMETRIA DA PENA.
> 1- JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. PARCIAL CONHECIMENTO DO RECURSO. Pleito de dispensa do pagamento das custas processuais. Ausência

de interesse recursal. Suspensa a exigibilidade do pagamento das custas no ato sentenciai.

2- ROUBO SIMPLES (1° FATO). EXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO. PROVA SUFICIENTE. As provas existentes no caderno processual são suficientes para o julgamento de procedência do pedido condenatório deduzido na denúncia. Materialidade e autoria suficientemente demonstradas pela prova produzida. Palavra da vítima corroborada pela confissão do réu, o qual restou preso na posse de parte da *res furtivae*.

3- DANO QUALIFICADO (2° FATO). MANUTENÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO. Seguro testemunho policial, aliado às imagens dos bens danificados, no sentido de que o réu, após ser preso, quebrou diversos bens pertencentes à Delegacia de Polícia. Confissão do acusado. O dano ao bem público causa prejuízo à coletividade, ensejando o recrudescimento dos limites mínimo e máximo do tipo penal.

4- INIMPUTABILIDADE PENAL. Ausente elemento concreto acerca da ausência de plena capacidade do réu de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. Incidente de insanidade mental comprovando que o réu era totalmente capaz de compreender o caráter ilícito e de se determinar no momento dos delitos que lhe são imputados. Dependência química não é prerrogativa de inimputabilidade. A conduta do agente somente seria excepcionada da responsabilidade penal em razão do uso de drogas se evidenciado o uso involuntário ou culposo dos entorpecentes, segundo a teoria da actio libera in causa adotada em nosso ordenamento jurídico.

5- DOSIMETRIA DA PENA. Basilares mantidas, tendo em vista os maus antecedentes do réu. Na segunda fase, preservado o aumento de 04 meses para o crime de roubo e de 02 meses para o de dano qualificado, pela reincidência, seguido da redução de 02 meses e 01 mês, respectivamente, pela confissão espontânea. Impossibilidade de compensação da agravante da reincidência, no caso, e atenuante da confissão espontânea, pois a primeira prepondera sobre a segunda. Ausentes demais causas modificativas. Penas definitivas preservadas em 04 anos e 04 meses de reclusão (roubo) e 08 meses de detenção (dano qualificado). Mantido o regime inicial semiaberto para a pena reclusiva e fixado o aberto para a pena de detenção. Penas de multa inalteradas.

6- EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. Adesão ao entendimento assentado pelo plenário do STF no julgamento do HC 126.292/SP. Possibilidade de se executar provisoriamente a pena confirmada por esta segunda instância, sem ofensa ao princípio constitucional da presunção da inocência. Determinada a execução provisória da pena.

Apelo parcialmente conhecido e, na parte em que conhecido, parcialmente provido, por maioria.

O recorrente, além de indicar a presença de dissídio jurisprudencial, aponta a violação do art. 67 do Código Penal, porquanto não compensada a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.

Destaca que *merece reforma o ratificado pela 8ª Câmara Criminal do Tribunal a quo, pois, conforme entendimento consolidado junto a esta Egrégia Corte, sempre que a confissão for sopesada como elemento para a condenação, também deverá ser utilizada em proporção tal que implique compensação com a agravante da*

reincidência, nos exatos termos do art. 67 do Código Penal, eis que ambas foram concebidas como preponderantes (fl. 327).

Assevera que *não cabe aos julgadores atribuir valoração quanto à qualidade ou quantidade das informações fornecidas pelo acusado. Devem cingir-se, isto sim, a dizer se estes dados foram ou não utilizados na solução do crime, pois a confissão espontânea também deve ser compreendida como um instituto de natureza objetiva. Dito de outro modo. O reconhecimento da atenuante não decorre do valor que lhe foi atribuído como elemento de prova, mas sim, de sua existência no processo, pois nesta perspectiva que se verificou a efetiva colaboração do acusado para com a apuração dos fatos. Logo, não há que se perquirir quanto à maior ou menor importância da atenuante em relação à reincidência* (fl. 323).

Argumenta, ainda, que *uma vez reconhecida a atenuante da confissão espontânea, a compensação com a agravante da reincidência é medida que se impõe. Todavia, no caso em apreço, outra foi a conclusão proferida pela Colenda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em juízo de retratação, ao passo que se mostra inquestionável a negativa de vigência alcançada ao art. 67 do Código Penal.* [...] *Mais, o julgamento proferido pelo órgão fracionário é contrário ao entendimento consolidado deste Superior Tribunal de Justiça, exarado pela Terceira Seção no julgamento do REsp 1.341.370/MT, afetado ao rito dos repetitivos, que consolidou o entendimento já vertido quando do julgamento do EREsp n. 1.154.752/RS, de modo que restou pacificada a inexistência de preponderância entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, a teor do art. 67 do Código Penal. É, portanto, inquestionável que são igualmente preponderantes e que é plenamente cabível a compensação dessas circunstâncias* (fls. 328/329).

Pede o conhecimento e provimento do recurso, para que seja efetuada a compensação integral entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea.

Oferecidas contrarrazões (fls. 339/346), o recurso especial foi admitido na origem (fls. 387/394).

O Ministério Público Federal opina pelo desprovimento da insurgência (fls. 407/411).

> RECURSO ESPECIAL. ROUBO E DANO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL. RÉU MULTIRREINCIDENTE. INVIABILIDADE.
>
> 1. 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, também preponderante, conforme entendimento externado pela Terceira Seção do STJ no julgamento do EREsp 1.154.752/RS, posteriormente confirmado no REsp 1.341.370/MT, sob a sistemática dos recursos repetitivos.
>
> 2. Contudo, essa mesma Corte Superior excepciona a situação do réu multirreincidente. Sendo esse o caso, torna-se possível a exasperação da pena na segunda fase da dosimetria, por ser inviável a adoção de tratamento idêntico ao réu que possui apenas um antecedente apto a gerar reincidência e àquele com uma extensa ficha criminal.
>
> 3. Parecer pelo desprovimento do recurso especial.

É o relatório.

Em referência ao presente pleito de compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão, o Juízo singular expôs a seguinte razão de decidir: *Conforme certidão de antecedentes criminais acostada ao feito, o condenado é reincidente, inclusive, em crimes contra o patrimônio, pelo que agravo a pena-base em 04 (quatro) meses.* [...] *Diante da atenuante da confissão espontânea, reduzo a pena provisória em 02 (dois) meses, tornando-a definitiva em 04 (quatro) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, já que ausentes outras circunstâncias aplicáveis à espécie* (fl. 241).

Por sua vez, corroborando o quanto disposto na sentença, assim dispôs a Corte de origem (fl. 311 – grifo nosso):

> [...]
>
> Na segunda etapa, do cotejo da agravante da reincidência com a atenuante da confissão, a teor do artigo 67 do Código Penal e segundo entendimento uníssono do Supremo Tribunal Federal, aquela predomina sobre esta, razão pela qual seria inviável a compensação, ao contrário do que propõe a defesa em suas razões recursais. **E considerando que se trata de indivíduo reincidente em crimes patrimoniais, correto o incremento em 04 meses (roubo) e 02 meses (dano qualificado), que foi abrandado em 02 meses (roubo) e 01 mês (dano qualificado) pela aludida atenuante, resultando nas penas provisórias de 04 anos e 04 meses de reclusão (roubo) e 08 meses de detenção (dano qualificado), que nestes patamares restaram definitivas diante da ausência de**

outras causas de aumento e diminuição de pena.

[...]

Com efeito, quanto à violação do art. 67 do Código Penal, é certo que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a atenuante da confissão espontânea deve ser compensada com a agravante da reincidência (REsp n. 1.341.370, representativo da controvérsia, da minha relatoria, Terceira Seção, DJe 17/4/2013).

Entretanto, verifica-se que o recorrente possui **diversas condenações transitadas em julgado**, inclusive em crimes de ordem patrimonial (fls. 207/216).

Nesse contexto, constatada a sua multirreincidência, é descabida a compensação integral com a atenuante da confissão espontânea.

A corroborar:

> *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO. DOSIMETRIA DA PENA. **COMPENSAÇÃO INTEGRAL ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. MULTIRREINCIDÊNCIA. PREVALÊNCIA DA AGRAVANTE**. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.
>
> 1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.
>
> 2. Esta Corte Superior 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." REsp 1.341.370/MT (Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 17/4/2013).
>
> 3. **Contudo, no presente caso, não é possível a compensação integral da agravante da reincidência com a atenuante da confissão em razão da multirreincidência do paciente. Precedentes**.
>
> 4. *Habeas corpus* não conhecido.
>
> (HC n. 312.102/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 9/3/2016 – grifo nosso)

> PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO QUALIFICADO. PEDIDO DE EXAME TOXICOLÓGICO. DISCRICIONARIEDADE DO JUÍZO. DECISÃO

> FUNDAMENTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. MOMENTO CONSUMATIVO. POSSE MANSA E PACÍFICA. DOSIMETRIA DA PENA. IMPUGNAÇÃO GENÉRICA. ILEGALIDADE DEMONSTRADA. ATENUANTE. **CONFISSÃO PARCIAL. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RÉU MULTIRREINCIDENTE. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.** *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
>
> [...]
>
> 5. A jurisprudência desta Eg. Corte Superior já se consolidou no sentido de que o delito de roubo consuma-se com a simples posse da coisa alheia móvel subtraída, ainda que por breves instantes, sendo desnecessário que o bem saia da esfera de vigilância da vítima. Prescindível, portanto, a posse tranquila do bem, obstada, muitas vezes, pela imediata perseguição policial ou por terceiro.
>
> 6. Em obediência aos ditames do art. 59 do Código Penal e do art. 93, IX, da Constituição Federal, é firme o entendimento de que a fixação da pena-base deve ser fundamentada de forma concreta, idônea e individualizada, não sendo suficiente referências a conceitos vagos e genéricos, máxime quando ínsitos ao próprio tipo penal.
>
> 7. A compreensão desta Corte se firmou no sentido de que a confissão, ainda que parcial, deve ser considerada para atenuar a pena, quando utilizada para dar suporte à condenação.
>
> 8. Na esteira do entendimento firmado pela Terceira Seção desta Corte, à oportunidade do julgamento do EREsp n.º 1.154.752/RS, a atenuante da confissão espontânea pode ser compensada com a agravante da reincidência.
>
> 9. Tratando-se, no entanto, de réu multirreincidente, promover a compensação entre a confissão e a reincidência implicaria ofensa aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.
>
> **10. A multirreincidência exige maior reprovação do que aquela conduta perpetrada por quem ostenta a condição de reincidente em decorrência de um único evento isolado em sua vida, devendo, pois, prevalecer sobre a confissão.**
>
> 11. *Habeas corpus* não conhecido, mas ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena dos pacientes Sandro e Ademir à 5 anos, 11 meses e 3 dias de reclusão, além de 14 dias-multa, em regime inicial fechado.
>
> (HC n. 243.422/SP, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 17/3/2016 – grifo nosso).

Diante do exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, II, do RISTJ, **nego provimento** ao recurso especial.

Publique-se.

Brasília, 15 de abril de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator