RECURSO ESPECIAL Nº 1.788.906 - SP (2018/0340297-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
RECORRENTE	:	WANDERSON GLEITON DE JESUS SANTOS (PRESO)
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO ROSILENE CRISTINA OTAVIANO - DEFENSORA PÚBLICA - SP403544
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto com fundamento no art. 105, III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o réu foi denunciado como incurso no art. 157, *caput*, do Código Penal (roubo), e condenado às penas de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 11 dias-multa, conforme a sentença de fls. 98-100.

A defesa apelou da sentença, pretendendo o reconhecimento da tentativa e a redução da pena. O Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo, conforme acórdão assim ementado:

> *APELAÇÃO CRIMINAL. Roubo simples. Sentença condenatória. Defesa pretende o reconhecimento da tentativa e, subsidiariamente, a atenuação da reprimenda. Conjunto probatório robusto, corroborado na prisão em flagrante do Réu na posse da "res" e no reconhecimento da vitima. Delito consumado. Inversão da posse da "res". Súmula 582 do STJ.*
>
> *Condenação de rigor. Pena mantida. A agravante da reincidência deve prevalecer, vez que essa é circunstância preponderante.*
>
> *Regime prisional fechado decorre da biografia penal do acusado.*
>
> *Recurso não provido* (fl. 153).

Na sequência, a defesa interpôs recurso especial, no qual alega violação dos arts. 33 e 65, III, "d" do Código Penal - CP, além de divergência jurisprudencial.

Sustenta que na segunda fase da dosimetria a atenuante da confissão é preponderante em relação à reincidência, *"na medida em que se refere à personalidade*

do agente. A presença simultânea de ambas impõe, deste modo a compensação" (fl. 170).

Assevera que o recorrente preenche os requisitos do regime semiaberto, pois a pena-base foi mantida no mínimo legal, as circunstâncias judiciais são favoráveis e a gravidade abstrata do delito não justifica o regime mais severo.

Contrarrazões (fls. 187-192). Admitido parcialmente o recurso, os autos vieram à esta Corte (fls. 214-216).

O Ministério Público Federal opinou pela manutenção do *decisum* (fls. 225-228).

É o relatório. Decido.

O recurso é tempestivo e a matéria foi prequestionada.

A irresignação merece provimento.

Na segunda fase da operação dosimétrica, o acórdão recorrido manteve o aumento de 8 (oito) meses, em razão da preponderância da reincidência.

Contudo, firme nesta Corte o entendimento de que é possível, na segunda fase do cálculo 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.

Nesse mesmo sentido:

> *PENAL.* HABEAS CORPUS *SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ARMA DE FOGO INEFICAZ PARA REALIZAÇÃO DE DISPAROS. AFASTAMENTO DA MAJORANTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. CONFISSÃO E REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA COMPENSAÇÃO INTEGRAL. REGIME PRISIONAL. SEMIABERTO. SÚMULA 269/STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.*
>
> *[...]*
>
> *II - A via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, "o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de habeas corpus, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita" (HC n. 39.030/SP, Quinta Turma, Rel. Min.*

Arnaldo Esteves Lima, DJU de 11/4/2005).

III - O acórdão impugnado, ao considerar a incidência da causa de aumento referida, incorreu em constrangimento ilegal, pois, de acordo com posicionamento adotado por esta Corte Superior, comprovada a ausência de sua potencialidade lesiva da arma empregada, indevida a imposição da causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do CP.

IV - A utilização da arma de fogo comprovadamente sem potencialidade lesiva, como na espécie, presta-se tão somente à caracterização da elementar da grave ameaça empregada contra a vítima, com o intuito de intimidá-la.

V - No julgamento dos EREsp n. 1.154.752/RS, datado de 23/5/2012 (DJe 4/9/2012), a Terceira Seção deste Superior Tribunal pacificou o entendimento de que 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.

VI - A Terceira Seção desta Corte, no recente julgamento do HC n. 365.963/SP, ocorrido em 11/10/2017, firmou a tese de que a reincidência, seja ela específica ou não, deve ser compensada integralmente com a atenuante da confissão, demonstrando, assim, que não foi ofertado maior desvalor à conduta do réu que ostente outra condenação pelo mesmo delito.

VII - Na hipótese, encontra-se evidenciado o constrangimento ilegal, uma vez que, reconhecida a confissão, de rigor a sua compensação integral com a reincidência, mesmo específica, pois o caso não apontou nenhuma peculiaridade à agravante do art. 61, I, do CP que implicasse a necessidade de uma maior resposta penal, levando à compensação apenas parcial.

VIII - Sendo o réu reincidente, condenado a 4 (quatro) anos de reclusão, e que tenha todas as circunstâncias judiciais favoráveis, com pena-base aplicada no mínimo legal, mostra-se adequado o regime semiaberto para o início de cumprimento da reprimenda (Súmula 269/STJ).

Habeas Corpus *não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar a reprimenda do paciente em 4 (quatro) anos de reclusão, em regime semiaberto, mais pagamento de 10 (dez) dias-multa* (HC 416.745/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 01/02/2018).

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 445.295/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 22/08/2018).

Assim, merece reforma o acórdão recorrido, para fins de compensação da confissão com a agravante da reincidência e modificação do regime.

Portanto, fixada a pena-base no mínimo legal, a pena na segunda fase permanece no mesmo patamar de 4 anos, mediante a compensação integral da confissão com a reincidência, a qual torno definitiva, ante a inexistência de causas de aumento ou diminuição, nos termos do acórdão.

Quanto ao art. 33 do CP, firmou-se neste Tribunal a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do CP ou em outra situação que demonstre efetivamente um *plus* na gravidade do delito. Nesse sentido, foi elaborado o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, e os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do col. Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

> Súmula 440/STJ: *"Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito."*
>
> Súmula 718/STF: *"A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada."*
>
> Súmula 719/STF: *"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."*

No caso dos autos, ainda que se trate de réu reincidente, fixada a pena-base no mínimo legal por serem favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e estabelecida a pena corporal em 4 (quatro) anos de reclusão, resta inviável a imposição do regime inicial fechado para cumprimento da pena. A manutenção do regime mais gravoso resultaria em afronta ao entendimento firmado por esta Corte, inclusive sumulado por meio do Enunciado de n. 269/STJ, segundo o qual: *É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.*

A propósito, confiram-se:

> *HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. FURTO QUALIFICADO. PENA-BASE ESTABELECIDA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL COM BASE NOS MAUS ANTECEDENTES. PACIENTE QUE POSSUI APENAS UMA CONDENAÇÃO DEFINITIVA, QUE SERVIU PARA AGRAVAR A PENA NA SEGUNDA ETAPA DA DOSIMETRIA. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. PENA-BASE REDUZIDA. PLEITO DE COMPENSAÇÃO INTEGRAL ENTRE A CONFISSÃO E A REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO PARCIAL, ANTE A REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA DO ACUSADO. REGIME SEMIABERTO MANTIDO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 269/STJ. DETRAÇÃO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PARA AVALIAR O TEMPO DE PRISÃO PROVISÓRIA. MATÉRIA QUE CABERÁ AO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAIS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *[...]*
>
> *- **Quanto ao regime inicial de cumprimento da pena, mantém-se o semiaberto fixado pelo acórdão recorrido, pois, nos termos da Súmula n. 269, é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.***
>
> *[...]*
>
> *- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para reduzir as penas do paciente para 2 anos e 4 meses de reclusão e 11 dias-multa, mantido o regime inicial semiaberto, cabendo ao Juízo das Execuções examinar, com base no § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal, se o tempo de prisão cautelar do paciente permite a fixação de regime mais brando* (HC 355.270/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 16/08/2016).
>
> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO*

PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO SIMPLES NA FORMA TENTADA. RÉU REINCIDENTE ESPECÍFICO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA DEFINITIVA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 269 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ART. 387, § 2º, DO CPP. DETRAÇÃO DO TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR. IRRELEVÂNCIA PARA ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. Em que pese ser o paciente reincidente específico, verifica-se que o total da pena aplicada foi de 2 anos e 8 meses de reclusão. ***Assim, considerando-se as circunstâncias judiciais favoráveis, é possível a fixação do regime inicial semiaberto, a teor do disposto no Enunciado n. 269 da Súmula do STJ, segundo o qual "é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais."***

[...]

Writ não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto (HC 353.190/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 01/08/2016).

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO. RÉU REINCIDENTE. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. SÚMULAS/STJ 269 E 440. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. De acordo com a Súmula 269/STJ, "é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a inicial quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais".

4. ***O Tribunal de origem considerou favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e, por isso, a pena-base foi fixada no mínimo legal. Assim, estabelecida a reprimenda inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, o paciente faz jus ao regime semiaberto de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", e § 3º, do Código Penal.***

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena, se, por outro motivo, o paciente não estiver descontando a reprimenda em meio mais gravoso (HC 331.181/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 3/6/2016).

Ante o exposto, com fundamento na Súmula n. 568/STJ, dou provimento ao recurso especial para redimensionar a pena fixada ao recorrente e fixar o regime inicial semiaberto, nos termos da fundamentação.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 15 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator