

RECURSO ESPECIAL Nº 1.800.386 - SP (2019/0061227-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
RECORRENTE : JONATHAS VINICIUS DE ALMEIDA (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
MARIA CAMILA AZEVEDO BARROS - DEFENSOR PÚBLICO -
SP420671
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por **JONATHAS VINICIUS DE ALMEIDA**, com fundamento no art. 105, III, "a" e "c", do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

"APELAÇÃO - FURTO SIMPLES - Materialidade e autoria demonstradas - Confissão extrajudicial em consonância com a narrativa da vítima e testemunhas - Acusado revel - Pedido da defesa se limita a pleitear o reconhecimento da atipicidade diante do princípio da insignificância - Condenação mantida - Atipicidade não reconhecida diante da reprovabilidade da conduta e reiteração criminosa do acusado, obstinado pela prática de crimes contra o patrimônio - Aumento da pena-base reduzido por inaptidão das certidões mencionadas pelo MM. Juiz singular - Recurso parcialmente provido." (e-STJ, fl. 317)

A defesa requer, inicialmente, que seja reconhecida a atipicidade da conduta, absolvendo-se o recorrente, nos termos do art. 386, inc. III, do Código Penal.

Subsidiariamente, seja reconhecida a atenuante da confissão espontânea prevista no artigo 65, III, "d", do Código Penal, operando-se a compensação integral entre ela e a agravante da reincidência, ou ainda, que seja reduzida a fração de aumento para 1/6.

Por fim, aponta a existência de dissídio jurisprudencial, pleiteando a fixação do regime inicial aberto para início do cumprimento da pena, bem como a sua substituição pela restritiva de direitos.

Foram apresentadas as contrarrazões (e-STJ, fl. 408-448).

Admitido o recurso (e-STJ, fls. 451-453), subiram os autos a este Superior Tribunal de Justiça.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não provimento do recurso (e-STJ, fls. 462-467).

É o relatório.

Decido.

A pretensão recursal merece parcial acolhimento.

Inicialmente, cumpre ressaltar que, consoante orientação do Supremo Tribunal Federal, adotada por esta Corte Superior, "o princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria

tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. (...) Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público" (STF, HC 84.412/SP, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, SEGUNDA TURMA, DJ 19/11/2004).

No caso dos autos, ainda que se considere o bem subtraído como de pequeno valor, não se pode reconhecer que o comportamento do acusado possua um reduzido grau de reprovabilidade, haja vista se tratar de agente reincidente na prática de crimes contra o patrimônio. Desse modo, não estando preenchidos os requisitos elencados pela Suprema Corte, necessários para o reconhecimento da atipicidade penal, apresenta-se inaplicável o princípio discriminador.

Sobre o tema, confirmam-se:

"[...]

1. Ressalvado o entendimento desta relatoria, a Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento dos EAREsp nº 221.999/RS, firmou, "a orientação no sentido de que a reiteração criminosa inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, as instâncias ordinárias verificarem que a medida é socialmente recomendável".

2. *In casu*, o princípio da insignificância foi afastado pois o acusado é habitual na prática delitiva, com várias passagens em crimes patrimoniais, sendo, inclusive, reincidente específico.

3. Agravo regimental a que se nega provimento."

(AgRg no AREsp 1309802/MT, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 03/09/2018)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. FURTO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. REPROVABILIDADE DO COMPORTAMENTO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A jurisprudência pacífica desta Corte é no sentido de que se o réu é reincidente específico indica a reprovabilidade do comportamento, apta a afastar a aplicação do princípio da insignificância. Precedentes.

2. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no AREsp 1427296/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 28/05/2019, DJe 04/06/2019)

"[...]

5. O princípio da insignificância não pode ser acolhido para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de conduta ínfimos, isolados, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto. Comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes,

quando constantes, devido a sua reprovabilidade, perdem a característica da bagatela e devem se submeter ao direito penal.

6. Ordem denegada."

(STF, HC 102.088/RS, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 6/4/2010, DJe de 21/5/2010).

Quanto ao pedido de compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, o Tribunal *a quo* consignou o seguinte:

"De outro lado, não há se falar em compensação da reincidência com a confissão espontânea, porquanto, além desta não ter sido renovada em juízo, a agravante antes descrita prepondera sobre tal atenuante, nos exatos termos do disposto no artigo 67 do Código Penal, consoante entendimento jurisprudencial do Pretório Excelso.

'Nos termos do artigo 67 do código Penal, no concurso de atenuantes e agravantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes. No caso em exame, a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada ou qualquer outra mitigação. Precedentes' (STF, HC 108.391/MG, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, grifei), repetindo-se o firme posicionamento da mais Alta Corte quando da análise do RHC 110.727/DF, Relator Ministro DIAS TOFFOLI. (g.n.)

'A reincidência é circunstância agravante que prepondera sobre as atenuantes, com exceção daquelas que resultam dos motivos determinantes do crime ou da personalidade do agente, o que não é o caso da confissão espontânea. Precedentes' (RHC 115994/DF, Relatora Ministra CARMEM LÚCIA)

(...)

Outros julgados da Suprema Corte não destoam (HC 96061/MS, julgado 19-3-2013, HC 106514/MS, RHC 107967/DF, HC 112774/MS, HC 112830/AC, julgado 22-05-2012, a par dos recentíssimos RE's 908598 e 925343, julgados 18-02-2016), entendimento também adotado por este Egrégio Tribunal de Justiça de forma reiterada." (e-STJ fls. 325-327).

Todavia, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido "de que, ainda que o acusado seja reincidente específico, é possível a compensação integral da agravante da reincidência (específica) com a atenuante da confissão espontânea" (EDcl nos EDcl no AgRg no HC 252.863/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 23/05/2019).

A propósito:

"[...]

IV - A col. Terceira Seção deste eg. Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.341.370/MT (Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 17/4/2013), firmou entendimento segundo o qual "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência."

V - Na hipótese, não obstante seja o paciente reincidente específico,

entendo que podem ser compensadas a agravante da reincidência (específica) com a atenuante da confissão espontânea, mormente se considerada a ausência de qualquer ressalva no entendimento firmado por ocasião do julgamento do recurso especial repetitivo sobre o tema.

Omissis.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para reconhecer a atenuante da confissão espontânea e compensá-la com a agravante da reincidência, redimensionando a pena do paciente para 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 19 (dezenove) dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação."

(HC 365.963/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/10/2017, DJe 23/11/2017)

Ressalte-se, ainda, que a jurisprudência desta Corte está pacificada no sentido de que a confissão espontânea realizada na fase inquisitorial e expressamente considerada na condenação, como no caso, ou mesmo quando retratada em juízo, implica incidência, na segunda fase do critério trifásico, da atenuante de pena, com supedâneo no art. 65, III, "d", do Código Penal

Nesse sentido:

"[...]

- 'Nos casos em que a confissão do acusado servir como um dos fundamentos para a condenação, deve ser aplicada a atenuante em questão, pouco importando se a confissão foi espontânea ou não, se foi total ou parcial, ou mesmo se foi realizada só na fase policial com posterior retratação em juízo' (AgRg no REsp 1412043/MG, Rel.

Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 10/3/2015, DJe 19/3/2015). Inteligência da Súmula n. 545 desta Corte Superior de Justiça.

- Hipótese em que a confissão extrajudicial do paciente, apesar de retratada em juízo, embasou a condenação, tanto que mencionada no curso da sentença e do voto condutor do acórdão recorrido, circunstância que possui relevância para fins de reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do CP.

- No julgamento dos EREsp n. 1.154.752/RS, ocorrido em 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.

- Promovida a compensação entre a confissão e a reincidência, reduziu-se a pena do paciente para 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, mantido o regime inicial fechado, ante a reincidência do paciente, nos termos do art. 33, § 3º, do CP.

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida *ex officio*, apenas para reduzir a pena do paciente, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 345.634/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJe 16/03/2016)

Desse modo, passo ao redimensionamento da pena:

Consoante se verifica dos autos, a pena-base do recorrente, após a conclusão da primeira etapa da dosimetria, perfazia 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão e multa de 11 (onze) dias-multa.

Assim, na segunda fase, compensa-se integralmente a reincidência com a confissão espontânea.

Ausentes causas de diminuição ou aumento de pena, fica a sanção definitiva estabelecida em 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão e multa de 11 (onze) dias-multa.

Quanto ao regime inicial para o cumprimento da pena, em razão da recidiva e dos maus antecedentes comprovados, é cabível o regime inicial fechado, pois, de acordo com a jurisprudência desta Corte Superior, "o condenado reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 anos de reclusão, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime fechado, se desfavoráveis quaisquer das circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal (...)" (HC 212.232/SP, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe de 26/8/2014).

No mesmo sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. RÉU MULTIRREINCIDENTE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PENA DEFINITIVA INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DO ENUNCIADO N. 269 DA SÚMULA DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Embora a reprimenda corporal tenha sido estabelecida em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, o regime inicial fechado foi estabelecido exatamente nos termos do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal - CP, em razão da presença de circunstância judicial desfavorável, razão pela qual a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, acrescido ao fato de se tratar de paciente reincidente, não havendo falar, portanto, em flagrante ilegalidade na fixação do regime mais gravoso. **Assim, não há falar, ainda, em aplicação da Súmula n. 269 do Superior Tribunal de Justiça - STJ, que possibilita a fixação do regime semiaberto ao reincidente, condenado a pena igual ou inferior a 4 anos, desde que favoráveis as circunstâncias judiciais, o que não se verifica na hipótese.**

Agravo regimental a que se nega provimento."

(AgRg no HC 383.335/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 06/04/2017, DJe 20/04/2017, grifou-se).

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, III, do Regimento

Interno do STJ, dou parcial provimento ao recurso especial para compensar agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea e reduzir a pena do recorrente, mantido o regime inicial fechado para o resgate da reprimenda, nos termos da fundamentação,

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 12 de junho de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS

Relator

