

RECURSO ESPECIAL Nº 1.809.363 - SP (2019/0117667-8)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
RECORRENTE : RAPHAEL LEON VASCONCELLOS SILVA
ADVOGADOS : DANIELE CRISTINA BARBATO - DEFENSOR PÚBLICO -
SP236007
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por **RAPHAEL LEON VASCONCELLOS SILVA**, com fundamento no art. 105, III, "a", do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

"APELAÇÃO CRIMINAL - Furto qualificado tentado (artigo 155, §4º, inciso I, c.c. artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal) Sentença condenatória - Apelação de ambas as partes.

APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - Acusação pede que (1) a atenuante da confissão espontânea não seja compensada com a agravante da reincidência específica; e, (2) a pena, em razão da tentativa, seja reduzida de 1/3 (um terço), e não à metade - Cabimento - A agravante da reincidência específica prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea. Artigo 67 do Código Penal - Redução da pena, em razão da tentativa, que deve ser de 1/3 (um terço), considerando o iter criminis percorrido - Precedentes do TJSP Na primeira fase, a pena-base foi fixada em 2 (dois) anos de reclusão, além de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo - Na segunda fase, considerando a reincidência específica do réu, a pena-base deve ser exasperada de 1/6 (um sexto), perfazendo o total de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, além de 11 (onze) dias multa, no valor unitário mínimo - Na terceira fase, considerando que o crime foi tentado, mas houve longo iter criminis percorrido, a pena deve ser reduzida de 1/3 (um terço), tornando-se definitiva em 1 (um) ano, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, além de 7 (sete) dias-multa, no valor unitário mínimo - Recurso provido.

APELAÇÃO DO RÉU - Defesa pede que a pena seja cumprida em regime inicial aberto - Descabimento - Regime semiaberto corretamente fixado - Inteligência do artigo 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal Súmula 269 do Col. STJ - O réu é reincidente específico e insiste em trilhar a senda criminosa - A adoção de regime mais brando não se revelaria suficiente à prevenção e repressão do delito Precedente do TJSP, em casos análogos Recurso improvido.

RECURSO DEFENSIVO IMPROVIDO, PROVIDO O RECURSO MINISTERIAL." (e-STJ, fl. 262).

Sustenta o recorrente violação dos arts. 33, § 2º, "c" e § 3º, 59 e 65, III, "c", todos do Código Penal. Aduz ilegalidade no acórdão recorrido ante o não

reconhecimento da compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea.

Requer, ainda, a fixação do regime aberto para início de cumprimento da reprimenda.

Apresentadas contrarrazões (e-STJ, fls. 301-307) e admitido o recurso, subiram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo parcial provimento do recurso (e-STJ, fls. 351-360).

É o relatório.

Decido.

O Tribunal *a quo* assim se manifestou à respeito da compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão:

"Na segunda fase, respeitado o entendimento adotado pelo Meritíssimo Juiz da causa, em que pese a confissão espontânea do acusado - causa atenuante - verifica-se que a reincidência específica é causa preponderante, de modo que não há que se falar em compensação, nos exatos termos do artigo 67 do Código Penal." (e-STJ, fl. 264).

O concurso entre circunstâncias agravantes e atenuantes de idêntico valor redundava em afastamento de ambas, ou seja, a pena não deverá ser aumentada ou diminuída na segunda fase da dosimetria. Nesse sentido, a Terceira Seção, em 10/4/2013, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1.341.370/MT, de Relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, firmou o entendimento de que, observadas as especificidades do caso concreto, "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência", uma vez que são igualmente preponderantes.

Outrossim, recentemente, em 11/10/2017, a Terceira Seção, no julgamento do *Habeas Corpus* 365.963/SP, firmou a jurisprudência no sentido que a especificidade da reincidência não obstaculiza sua compensação com a atenuante da confissão espontânea.

Eis a ementa do referido julgado:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO SIMPLES. DOSIMETRIA. CONFISSÃO PARCIAL. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE. SÚMULA 545/STJ. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. ÚNICA CONDENAÇÃO. POSSIBILIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO DE AUMENTO. MOTIVAÇÃO CONCRETA. REGIME INICIAL FECHADO.

REINCIDÊNCIA E QUANTUM DE PENA APLICADA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DETRAÇÃO. MATÉRIA NÃO ENFRENTADA NO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

III - Na espécie, a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, 'd',

do Código Penal, independe se a confissão foi integral ou parcial, especialmente quando utilizada para fundamentar a condenação. Incidência da Súmula n. 545/STJ.

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.

VI - A fração de aumento decorrente da continuidade delitiva foi fixada em 1/5 (um quinto) com base em elementos concretos e de acordo com a jurisprudência desta Corte sobre o tema, inexistindo flagrante ilegalidade ou desproporcionalidade na majoração da reprimenda.

VII - Ainda que estabelecida a pena-base no mínimo legal, sendo o paciente reincidente e fixada a pena em 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 19 (dezenove) dias de reclusão, o regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da sanção, nos termos do art. 33, § 2º, 'b', do Código Penal.

VIII - A eventual possibilidade de aplicação do § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal não foi enfrentada pelo Tribunal de origem, sendo inviável sua análise neste Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

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)

In casu, foi utilizada somente uma condenação transitada em julgado na segunda etapa de individualização da pena para gerar a reincidência. Logo, é devida a compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.

Sobre o regime prisional semiaberto, o Tribunal asseverou:

"Por sua vez, para a fixação do regime de cumprimento de pena, deve o Magistrado, verificando a quantidade da pena, o disposto no artigo 33, § 3º, do Código Penal, e sopesando os critérios previstos no artigo 59, do referido Diploma Legal, estabelecer o regime penitenciário.

Neste prisma, embora pelo montante da pena fixado o artigo 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal, preveja o regime inicial aberto, verifica-se que o réu é reincidente específico (fls. 143), impondo-se,

pelo mesmo comando legal, o próximo regime penitenciário de maior rigor, qual seja, o semiaberto." (e-STJ, fl. 266)

Com efeito, estabelecida a pena-base no mínimo legal e reconhecida a reincidência do réu, não se vislumbra desproporcionalidade na imposição do regime prisional semiaberto para o desconto da reprimenda, malgrado a sanção corporal seja inferior a 4 (quatro) anos de reclusão.

Nesse sentido:

"PENAL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. FURTO QUALIFICADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REINCIDÊNCIA. REGIME SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

III - Conforme o teor da Súmula n. 269/STJ, **o réu reincidente condenado a pena igual ou inferior à 04 (quatro) anos, com circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, poderá iniciar o cumprimento da reprimenda em regime semiaberto.**

IV - In casu, inexistente flagrante ilegalidade, uma vez que a valoração negativa das circunstâncias judiciais indicadas na sentença (maus antecedentes), somadas à reincidência, afasta a incidência do enunciado nº 269 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Habeas corpus não conhecido. (HC 483.454/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 01/03/2019)

Passo à nova dosimetria da pena.

A partir dos parâmetros estabelecidos pela instância de origem, na primeira fase, levando-se em consideração não existirem circunstâncias desfavoráveis ao recorrente, fixo a pena-base em 2 anos. Na segunda fase, diante da compensação integral da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, a reprimenda deve permanecer inalterada. Na terceira fase, reconhecida a tentativa do delito, mantenho a fração de 1/3 e torno a pena definitiva em 1 ano e 4 meses de reclusão e 6 dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão.

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, III, do Regimento Interno do STJ, **dou parcial provimento** ao recurso especial para reconhecer a possibilidade de compensação entre a confissão espontânea e a reincidência e fixar a sanção definitiva da pena em **1 ano e 4 meses de reclusão e 6 dias-multa**, mantido no mais, o acórdão recorrido.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 10 de junho de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator

