RECURSO ESPECIAL Nº 1.807.425 - SP (2019/0106151-1)

RELATOR	:	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
RECORRENTE	:	ORIBIO VALIM RIBEIRO (PRESO)
PROCURADORES	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO RODRIGO TADEU BEDONI - DEFENSOR PÚBLICO - SP221769
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. FURTO QUALIFICADO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 61, 65, III, *D*, E 67, TODOS DO CP; E 384, § 2º, DO CPP. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. UTILIZAÇÃO COMO SUPORTE DA CONDENAÇÃO. ATENUAÇÃO OBRIGATÓRIA. FRAÇÃO DE AUMENTO DECORRENTE DA REINCIDÊNCIA APLICADA, PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, EM PATAMAR SUPERIOR A 1/6. DISCRICIONARIEDADE DO JUÍZO SENTENCIANTE. PROPORCIONALIDADE. VERIFICAÇÃO. OCORRÊNCIA. PENAS PRIVATIVA DE LIBERDADE E PECUNIÁRIA REDIMENSIONADAS. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. SÚMULA 269/STJ. INCIDÊNCIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO, COM VIÉS DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. IMPOSSIBILIDADE EM RAZÃO DE CONSTATADA A REINCIDÊNCIA DO RECORRENTE. FALTA DE INTERESSE RECURSAL.
Recurso especial parcialmente provido nos termos do dispositivo.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por **Oribio Valim Ribeiro**, com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação Criminal n. 0013626-68.2016.8.26.0635.

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o recorrente, como incurso nas sanções do art. 155, § 4º, III, do Código Penal, às penas de 3 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais pagamento de 15 dias-multa (fls. 225/237).

Inconformada com os termos do édito condenatório singular, a defesa interpôs recurso de apelação (fls. 259/272).

O Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso defensivo (fls. 302/317).

APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE

> CHAVE FALSA - Pleito de absolvição por insuficiência probatória - Impossibilidade - Materialidade e autoria delitivas sobejamente demonstradas nos autos - Confissão parcial do acusado que foi corroborada por fartos elementos de convicção - Ademais, réu detido em flagrante, na posse da 'res furtiva' - Inversão do ônus da prova - Afastamento da qualificadora do emprego de chave falsa - Desacolhimento - Majorante devidamente comprovada pela prova oral e pericial coligidas - Condenação mantida - Dosimetria - Redução do aumento relativo à reincidência - Desacolhimento - Acusado multirreincidente - Aumento infligido (1/2) que se revelou justo e necessário ao caso concreto - Pretendida compensação entre a reincidência e confissão - Descabimento - Agravante que prepondera sobre a citada atenuante - Inteligência do art. 67, do Código Penal - Abrandamento do regime prisional - Não acolhimento - Circunstâncias judiciais desfavoráveis e reincidência que revelam a personalidade desvirtuada do acusado, recalcitrante na conduta delitiva, e que justifica a fixação do regime fechado, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, a despeito do 'quantum' infligido - Aplicação da detração penal - Descabimento - Matéria afeta ao Juízo da Execução, o qual dispõe de elementos hábeis para aferir o preenchimento dos requisitos objetivo e subjetivo para deferimento da progressão de regime - Recurso desprovido.

No presente recurso especial é indicada a violação dos arts. 61, 65, III, *d*, e 67, todos do Código Penal; e 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

Expõe o recorrente, de início, que, *na segunda fase, observa-se que deve ser reconhecida a atenuante obrigatória da confissão.* [...] *Observa-se que o apelante confessou o núcleo do tipo penal ("subtração de coisa alheia"), sendo que esta declaração serviu como elemento de convicção para fundamentar a r. sentença.* [...] *Assim, revela-se injusta a ausência de qualquer consideração na dosimetria penal, pois mesmo sendo uma confissão parcial, dado que o réu negou o rompimento de obstáculo, resta evidente seu emprego como elemento de convicção.* [...] *Com efeito, o entendimento jurisprudencial predominante é de que a circunstância atenuante da confissão espontânea, ainda que somente extrajudicial, por exemplo, ou mesmo parcial, deverá ser aplicada, se auxiliou de forma efetiva para o embasamento da sentença condenatória, como na espécie* (fls. 329/330).

Prossegue, argumentando que *deve a agravante da reincidência ser compensada pela confissão, ainda que parcial, isto porque, o artigo 67 do Código Penal determina que as atenuantes e agravantes de cunho subjetivo deverão preponderar sobre as demais, apresentando a seguir um rol meramente exemplificativo, no qual é prevista a reincidência.* [...] *Não se nega que a reincidência, por ser uma agravante de*

caráter subjetivo vai preponderar sobre atenuantes de caráter objetivo, o que não é o caso da confissão espontânea, já que esta demonstra uma personalidade positiva do réu, que se arrependeu de seu delito, não visando a dificultar o esclarecimento dos fatos (fl. 332).

Assevera, ainda, que, *no que tange ao reconhecimento da reincidência para agravar a pena, mesmo que não reconhecida a confissão, houve a ofensa ao todo previsto no artigo 61 do Código Penal, na medida em que uma única agravante gerou incremento superior ao mínimo de 1/6 previsto no Código.* [...] *O patamar decorrente do reconhecimento da agravante não pode, por simples interpretação lógica, ultrapassar o percentual eleito pelo legislador para as causas de aumento, uma vez que estas são mais graves e expressivas que aquelas* (fls. 333/334).

Alega, por fim, que, *sendo* [...] *reincidente, sendo consideradas favoráveis todas as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal e, em considerando que a pena definitiva não ultrapassou quatro anos, não há motivação idônea para a fixação de regime mais gravoso. Em verdade, o recorrente faz jus ao regime inicial no máximo semiaberto para o início do seu cumprimento, por ser esta uma decorrência lógica do artigo 33, § 2º, alínea c, do Código Penal, que determina o início do cumprimento no regime imediatamente mais gravoso ao permitido por lei, não impondo, em verdade, o cumprimento no regime inicial fechado, de onde se depreende que é evidente a negativa de vigência de lei federal* (fl. 337).

Frisa, ainda, *que é de rigor a aplicação do art. 387, § 2°, do Código de Processo Penal, a fim de se considerar o período de custódia cautelar para assim fixar o regime inicial aberto para o acusado* (fl. 338).

Pede o conhecimento e o provimento do recurso para que seja reconhecida a atenuante da confissão e readequada a pena na segunda fase da dosimetria, bem como que seja abrandado o regime inicial de cumprimento da pena ao semiaberto, com posterior consideração do período de prisão cautelar para a aplicação do aberto.

Oferecidas contrarrazões (fls. 343/368), o recurso especial foi parcialmente admitido na origem (fls. 371/372).

O Ministério Público Federal opina pelo não conhecimento da insurgência (fls. 380/381).

> RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. APLICAÇÃO DA SUMULA 07. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO.

É o relatório.

Quanto à aludida violação do art. 65, III, *d*, e 67, ambos do Código Penal, tem-se que razão assiste ao recorrente.

Consta da sentença condenatória que, ***interrogado, Oribio Valim Ribeiro confessou a prática do furto, mas negou o o emprego de chave falsa, pois o carro teria sido encontrado com a chave no contato*** e ***Não há que se falar em confissão, eis que o réu não admitiu a prática do crime mediante uso de chave falsa*** (fls. 230 e 235 – grifo nosso).

Extrai-se do combatido aresto o seguinte trecho, que revela os fundamentos apresentados pela Corte *a quo* para a não consideração da atenuante da confissão espontânea (fls. 309/314 – grifo nosso):

> [...] **a confissão do acusado, amparada na contundente prova oral produzida sob o crivo do contraditório, bem como na prova documental, não deixam dúvidas acerca da prática delitiva, razão pela qual impossível atender ao pleito absolutório**.
>
> [...]
>
> Lado outro, **não era mesmo caso de reconhecimento da atenuante da confissão, que não foi total, mas parcial**. **Em verdade, o acusado procurou fazer crer que cometera apenas furto simples, negando a qualificadora do emprego de chave falsa, na tentativa de minimizar sua responsabilidade penal**.
>
> E, mesmo que se admitisse a incidência da Súmula 545, do Superior Tribunal de Justiça no caso sob enfoque, **agravante da reincidência deve preponderar sobre a atenuante da confissão, em observância aos termos do art. 67 do Código Penal**.
>
> [...]
>
> Portanto, **presente maior gravidade objetiva da circunstância agravante, notadamente por se tratar de réu multirreincidente, deve ela preponderar sobre a incidência da atenuante da confissão espontânea, não havendo que se falar em compensação**.
>
> [...]

Com efeito, esta Corte Superior possui o entendimento firme de que a

confissão espontânea, ainda que parcial, se utilizada para embasar a condenação, enseja o reconhecimento da circunstância redutora do art. 65, III, *d*, do Código Penal (HC n. 243.427/SP, Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Quinta Turma, DJe 26/4/2013 – grifo nosso).

Assim, consoante entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, 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.

Nesse sentido, confiram-se, ainda, os seguintes precedentes: HC n. 163.591/SP, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 2/6/2011; e AgRg no HC n. 146.240/RS, Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), Sexta Turma, DJe 1º/2/2010.

Portanto, no específico ponto, deve ser considerada a incidência da referida atenuante.

Não merece prosperar, todavia, o pleito de redução da fração de aumento relativa à multirreincidência do recorrente.

O Tribunal paulista expôs que, ***na segunda fase do cálculo, a sanção inicial foi majorada em 1/2 (metade) em razão da múltipla reincidência (fls. 187, 188 e 218/219)***. [...] *Nesse ponto, insurge-se a defesa sob o argumento de que tal aumento revelou-se excessivo.* [...] *Sem razão, entretanto*. [...] *Ora,* ***no que concerne ao quantum de aumento implementado pelo reconhecimento da agravante genérica da reincidência, o Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento de pena a serem aplicados em razão de circunstâncias agravantes, cabendo à prudência do Magistrado fixar o patamar necessário, dentro de parâmetros equitativos***. [...] *Nessa toada,* ***tendo em vista que o acusado ostenta quatro condenações definitivas anteriores, todas por crimes patrimoniais (furtos e receptações) (fls. 218/219), o aumento imprimido em primeiro grau revelou-se justo, proporcional e adequado ao caso concreto, não comportando a mitigação perquirida pela defesa*** (fl. 311 – grifo nosso).

Com efeito, conforme apresentado pela Corte *a quo*, *é cediço que o* ***Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento de pena a serem aplicados em razão de circunstâncias agravantes, motivo pelo qual cabe ao Juízo sentenciante sopesar as circunstâncias existentes no caso concreto, fixando o patamar necessário dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais*** (AgRg nos EDcl no REsp n. 1.533.597/RS, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 1º/8/2018 – grifo nosso).

A propósito, *mutatis mutandis*:

> PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. **SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. AUMENTO EM PATAMAR INFERIOR A 1/6 (UM SEXTO). PROPORCIONALIDADE**.
> 1. A dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade regrada do julgador, estando atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.
> 2. **Para a fixação da pena provisória, o Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena em razão da incidência das agravantes e atenuantes genéricas. Diante disso, a doutrina e a jurisprudência pátrias anunciam que cabe ao magistrado sentenciante, nos termos do princípio do livre convencimento motivado, aplicar a fração adequada ao caso concreto, em obediência aos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade. Precedentes**.
> 3. **No caso, não verifico ilegalidade, uma vez que foi aplicado aumento inferior a 1/6 (um sexto) para a reincidência, patamar considerado proporcional pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**.
> 4. Agravo regimental improvido.
> (AgRg no AREsp n. 1.021.610/DF, Ministro Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 1º/8/2017 – grifo nosso).

Diante do provido na presente insurgência, passo ao necessário redimensionamento das reprimendas do recorrente.

Preserva-se a pena-base dosada pelas instâncias ordinárias, no mínimo legal, em **2 anos de reclusão, mais pagamento de 10 dias-multa** (fls. 235 e 311).

Na etapa intermediária, levando em consideração o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, III, *d*, do Código Penal, reduzo a pena em 1/6; nessa mesma fase da dosimetria, preservo a fração de aumento relativa à agravante da reincidência (1/2), chegando a **2 anos e 6 meses de reclusão, mais pagamento de 12**

dias-multa, pena essa que se torna definitiva ante a carência de causas de aumento ou de diminuição de pena.

Quanto à postulação de abrandamento do cárcere, impõe-se a extração dos fundamentos colacionados pelas instâncias ordinárias (fls. 235/236 e 314 – grifo nosso):

> [...]
> **A pena privativa de liberdade será cumprida inicialmente no regime fechado, ante a reincidência, conforme certidões criminais já mencionadas**.
> [...]
> Por derradeiro, **não há que se falar em abrandamento do regime prisional**.
> Primeiro porque trata-se de acusado reincidente em crime patrimonial, o que revela sua ousadia em investir contra o patrimônio alheio e que a fixação de regime diverso não seria suficiente para a reprovação e prevenção do crime.
> Ademais, a despeito do *quantum* infligido, a gravidade concreta do delito, qualificado pelo uso de chave falsa, também autoriza o recrudescimento do regime prisional, nos termos do art. 33, § 3°, do Estatuto Repressivo.
> Não bastasse, Oribio já foi beneficiado em outras oportunidades com regime semiaberto; no entanto, voltou a delinquir, demonstrando não estar apto ao desconto de pena privativa de liberdade em regime diverso do fechado.
> [...]

No que se refere ao pleito de abrandamento do regime prisional, o enunciado da Súmula 269/STJ **afirma ser admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados à pena igual ou inferior a 4 anos**, contanto que favoráveis as circunstâncias judiciais.

Verifica-se que as instâncias ordinárias fixaram a pena-base do recorrente no mínimo legal, 2 anos de reclusão e 10 dias-multa – art. 155, § 4º, do CP (fls. 235 e 311), denotando, assim, a ausência de circunstância judicial negativa, o que vem a permitir, por conseguinte, a incidência da supracitada súmula.

Com efeito, estando a reprimenda privativa de liberdade estabelecida em patamar inferior a 4 anos (2 anos e 6 meses de reclusão) e, **não obstante o recorrente seja reincidente**, é possível a fixação do regime inicial semiaberto, em razão da ausência de circunstância judicial desfavorável.

Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS*. FURTO QUALIFICADO. TENTATIVA. PENA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO. MODO FECHADO. PACIENTE

> DUPLAMENTE REINCIDENTE NO MESMO TIPO DE DELITO. DESFAVORABILIDADE DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. SÚMULA 269 DESTE STJ. NÃO APLICAÇÃO. MODO MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.
>
> 1. Não há constrangimento ilegal na manutenção do modo fechado de execução ao paciente duplamente reincidente no mesmo tipo de delito quando, não obstante a pena tenha sido definitivamente fixada em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, há circunstância judicial desfavorável - maus antecedentes -, elementos que indicam que o modo fechado para o início do desconto da privativa de liberdade mostra-se o mais adequado para a prevenção e repressão do delito denunciado.
>
> 2. **Somente quando favoráveis as circunstâncias judiciais é que há a possibilidade de fixação do regime semiaberto ao reincidente com pena inferior a 4 (quatro) anos. Exegese do Enunciado Sumular 269 deste STJ**.
>
> 3. Ordem denegada.
>
> (HC n. 221.957/SP, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 26/3/2012 – grifo nosso).

Por fim, quanto ao pleito de detração, consta do combatido aresto que *não se verifica hipótese de aplicação do art. 387, § 2°, do Código de Processo Penal, para que seja realizada a detração.* [...] *Vale mencionar que**, embora tenha ocorrido alteração legislativa, a análise da detração continua a ser matéria de competência do Juízo da Execução Criminal, que possui maiores informações acerca do efetivo tempo que o sentenciado permaneceu recluso e se ele preenche os requisitos (objetivo e subjetivo) para eventual progressão de regime***. [...] *Assim, **descabida a pretensão de fixação de regime menos gravoso tão somente com base no tempo de prisão provisória, deixando de lado o requisito subjetivo exigido para a progressão de regime, que é, aliás, indispensável para aferição da viabilidade e conveniência de promoção do sentenciado a regime menos gravoso*** (fls. 316/317 – grifo nosso).

Com efeito, no que diz respeito ao pedido de detração penal, para efeitos de estipulação do regime inicial, nos termos da nova redação do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, dada pela Lei n. 12.736/2012, **o Superior Tribunal de Justiça já assentou ser competência do juízo sentenciante a verificação da detração do tempo de prisão cautelar para efeitos de abrandamento do regime inicial**.

A propósito:

> *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. *QUANTUM* DE INCIDÊNCIA. VARIEDADE DAS DROGAS. ILEGALIDADE MANIFESTA.

> INEXISTÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. DETRAÇÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SENTENCIANTE. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.
>
> 1. O estabelecimento do redutor na fração de 1/6 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, diante da variedade das drogas apreendidas – cocaína, crack e maconha – a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. O quantum de redução aplicado fica indene ao crivo do *habeas corpus*, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.
>
> 2. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos. Na espécie, tendo a reprimenda final alcançado 4 anos e 2 meses de reclusão, não é possível a pretendida substituição.
>
> 3. **O § 2.º do art. 387 do Código de Processo Penal diz respeito ao regime inicial de cumprimento de pena, razão pela qual, após a inclusão referido dispositivo legal pela Lei n. 12.736/2012, a competência para examinar, num primeiro momento, a detração penal, passou a ser do Juízo sentenciante**.
>
> 4. *Habeas corpus*, não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de determinar ao Magistrado de primeira instância que reavalie o regime inicial de cumprimento de pena à luz do disposto no art. 387, § 2º, do Código Penal.
>
> (HC n. 357.440/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 29/8/2016 – grifo nosso).

No entanto, não obstante o Tribunal a *quo* ter assentado, na presente hipótese, a competência do Juízo das Execuções Penais para avaliar a flexibilização do regime inicial em razão do tempo de prisão provisória, contrariando a orientação desta Corte Superior, tenho que o referido pleito não comporta provimento, **notadamente diante da constatada reincidência do recorrente**.

Mantida a referida agravante, não há interesse recursal no que se refere à suposta violação do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, pois a detração do tempo de prisão cautelar não ensejaria o abrandamento do regime fixado no guerreado aresto.

Ora, o fato de o recorrente ser reincidente, por si só, justifica o regime inicial semiaberto, obstando o regime mais brando pretendido.

Nesse sentido, colaciono recentes precedentes de ambas a Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte de Justiça:

> PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. DOSIMETRIA. MAUS

ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO ATINGIDA PELO PRAZO DEPURADOR DE CINCO ANOS. MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA INCREMENTO DA PENA-BASE. CULPABILIDADE ACENTUADA. MAIOR GRAU DE CENSURA EVIDENCIADO. COMPENSAÇÃO INTEGRAL ENTRE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA E A REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. **PACIENTE COM UMA CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO A SER SOPESADA NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. RÉU COM MAUS ANTECEDENTES. PENA INFERIOR A 4 ANOS. INTELIGÊNCIA DO ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. REINCIDÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL**. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INCABÍVEL. POSSIBILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

7. **Em pese tenha sido imposta reprimenda inferior a 4 anos, tratando-se de réu reincidente e com circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal desfavoravelmente valoradas, não há falar em fixação do regime prisional aberto, por não restarem preenchidos os requisitos do art. 33, § 2º, "c", do Estatuto Repressor**.

[...]

9. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para que seja restabelecida a pena imposta ao paciente na sentença condenatória.

(HC n. 455.412/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 14/9/2018 – grifo nosso).

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. INOCORRÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. **REGIME MAIS BRANDO. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA**. PROGRESSÃO DE REGIME. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Este Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que é possível a execução provisória da pena, prolatado o juízo condenatório por Tribunal de Apelação.

2. De acordo com a jurisprudência deste Tribunal Superior, a simples interposição de recursos especial ou extraordinário, sem a concessão de efeito suspensivo, não obsta a execução provisória da pena privativa de liberdade. Precedentes.

3. **Correta a fixação de regime inicial semiaberto para réu reincidente cuja pena é inferior a 4 anos, nos termos do art. 33, §§1º e 2º, b, e § 3º**.

4. A matéria referente à progressão de regime não foi examinada pelo Tribunal de 2º Grau, não podendo esta Corte Superior apreciá-la, diretamente, sob pena de indevida supressão de instância.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC n. 426.076/SP, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 12/9/2018 – grifo nosso).

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, II e III, do RISTJ, **dou parcial provimento** ao recurso especial para reconhecer a atenuante da confissão espontânea, redimensionando as reprimendas do recorrente nos termos da presente decisão; e para abrandar o regime prisional ao semiaberto.

Publique-se.

Brasília, 17 de junho de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator