RECURSO ESPECIAL Nº 1.811.244 - RS (2019/0127090-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
RECORRENTE	:	ALEXANDRE MACIEL DE VARGAS
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. FURTO QUALIFICADO TENTADO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL E VIOLAÇÃO DO ART. 67 DO CP. DOSIMETRIA. PEDIDO DE EQUIVALÊNCIA ENTRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. PROCEDÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREPONDERÂNCIA ENTRE AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE REDIMENSIONADA.
Recurso especial provido nos termos do dispositivo.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por **Alexandre Maciel de Vargas**, 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 Criminal n. 70077036366.

Consta dos autos que, na sentença de fls. 250/265, o recorrente foi condenado às reprimendas de 2 anos, 6 meses e 7 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, substituída por restritivas de direitos, mais pagamento de 20 dias-multa, como incurso nas sanções do art. 155, § 1º e § 4º, I e IV, c/c os arts. 14, II, e 61, I, e 65, III, *d*, todos do Código Penal.

Inconformada com os termos do édito condenatório singular, a defesa interpôs recurso de apelação (fls. 277/287).

O Tribunal gaúcho deu parcial provimento ao recurso defensivo, corrigindo erro material e redimensionando a pena privativa de liberdade do recorrente a 2 anos, 6 meses e 6 dias de reclusão, mantidas as demais determinações da sentença.

Eis a ementa do combatido aresto (fls. 344/345):

APELAÇÃO. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO MAJORADO TENTADO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. DELITO PRATICADO DURANTE O REPOUSO NOTURNO. CONDENAÇÃO MANTIDA.

1- MANUTENÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO.

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. Seguros, robustos e harmônicos os relatos prestados pela testemunha presencial, pelos policiais militares que efetuaram a prisão em flagrante dos réus e pela proprietária da loja vítima, que conferem certeza da autoria do crime.

2- QUALIFICADORA. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. ART. 155, § 4°, INC. I, DO CÓDIGO PENAL.

Na esteira de precedentes desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça, a realização de perícia técnica não constitui o único meio probatório hábil para a demonstração da materialidade do rompimento de obstáculo realizado quando da prática do crime de furto, podendo esta ser suprida por outros meios de prova capazes de informar o convencimento do julgador. Presença da qualificadora demonstrada não só a partir do auto de constatação de dano, mas também pela uníssona prova oral coligida ao feito, que comprovou os danos no vidro da vitrine da loja. Peritos regularmente nomeados e compromissados pela autoridade policial para o desempenho de tarefa singela, que não exige qualificação técnica específica. A avaliação indireta do bem encontra guarida na exegese do art. 172, parágrafo único, do CPP.

3 - MAJORANTE PELO REPOUSO NOTURNO. MANUTENÇÃO.

Agente que se utilizou do período de maior vulnerabilidade do patrimônio da vítima para perpetrar a subtração. Possibilidade de aplicação, ao furto qualificado, da causa de aumento pelo cometimento do delito durante o repouso noturno. Alteração de entendimento do Relator. Entendimento do STJ, refletido em recentes julgados desta Câmara.

4 - DOSIMETRIA DA PENA. Réu F. C. R.: Mantido o afastamento da basilar em 01 (um) ano do mínimo legal. Nota negativa atribuída aos vetores antecedentes e circunstâncias do crime. Presente a reincidência, a pena foi recrudescida em 01 (um) ano. Pela majorante do repouso noturno, a corporal foi incrementada em 1/3 e, em seguida, reduzida na mesma fração pela tentativa. Pena definitiva preservada em 03 (três) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão. Regime inicial semiaberto. Pena de multa confirmada em 30 (trinta) dias -multa, à razão unitária mínima. Réu A. M. de V.: Conservada a pena -base em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão em virtude da nota negativa atribuída às circunstâncias do crime. Na segunda etapa, do cotejo da atenuante da confissão com a agravante da reincidência, proporcional o incremento em 04 (quatro) meses. Pela majorante do repouso noturno, a corporal foi incrementada em 1/3 e, em seguida, reduzida na mesma fração pela tentativa. Correção de erro material no cálculo. Pena definitiva redimensionada para 02 (dois) anos, 06 (seis) meses e 06 (seis) dias de reclusão. Regime inicial semiaberto. Pena de multa confirmada em 20 (vinte) dias -multa, a razão unitária mínima.

5 - 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 improvido.

No recurso especial, além de ser indicada a presença de dissídio jurisprudencial, é apontada a violação do art. 67 do Código Penal, sob a tese de que *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. 375).

Sustenta o recorrente 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. 376).

Quanto ao dissenso apresentado, assevera que *a decisão recorrida* [...] *contraria o entendimento consolidado junto ao Superior Tribunal de Justiça, representado pelo acórdão paradigma mencionado, pois decidiu que é inviável o pleito da defesa de compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, tendo em vista a reincidência preponderar sobre a confissão.* [...] *No entanto, o critério adotado pelo o STJ é em sentido oposto, pois, como se observa, no acórdão paradigma, o entendimento é de que, para permitir a compensação entre a atenuante e a agravante referidas, é necessário que aquela tenha sido utilizada para formar o decreto condenatório, sendo irrelevante o fato da confissão, segundo o julgador, não ter sido relevante* (fl. 379).

Pede o conhecimento e o provimento do recurso para que seja redimensionada a pena provisória cominada ao recorrente, ante o reconhecimento da compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea.

Oferecidas contrarrazões (fls. 387/391), o recurso especial foi admitido na origem (fls. 432/440):

> RECURSO ESPECIAL. FURTO. REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO. TEMA 585 DO STJ. RETRATAÇÃO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO ADMITIDO.

O Ministério Público Federal opina pelo não conhecimento ou pelo desprovimento da insurgência (fls. 454/458):

> RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO. REVISÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. COMPENSAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO DE DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. ENTENDIMENTO DO STJ.
>
> 1. Não é cabível em sede de recurso especial a reanálise dos autos para fins de comparação das circunstâncias da confissão com os detalhes da reincidência, com objetivo de compensação e eventual redução da pena, especialmente sendo o apenado reincidente específico, por ser necessária uma comparação detalhada das circunstâncias da confissão com os detalhes da reincidência, o que por óbvio é inviável na via eleita.
>
> 2. Não é possível conhecer do recurso especial interposto pela alínea “c” do permissivo constitucional (art. 105, III, CF), quando o recorrente não se desincumbe do ônus de comparar os acórdãos considerados colidentes, no intuito de bem caracterizar a interpretação legal discordante.
>
> 3. Conquanto se reconheça a possibilidade de compensação da confissão espontânea com a reincidência, em se tratando de réu reincidente específico, a compensação integral implicaria ofensa aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, mormente porque a reincidência específica exige maior reprovação, devendo, pois, prevalecer sobre a mencionada atenuante, conforme firme entendimento do Superior Tribunal de Justiça.
>
> 4. Parecer pelo não conhecimento do recurso especial. Se conhecido, pelo não provimento.

É o relatório.

Para elucidação do quesito formulado no presente recurso especial, impõe-se a extração da dosimetria da pena perpetrada pelas instâncias ordinárias, notadamente no que se refere à análise das agravantes e atenuantes (fls. 262 e 363 – grifo nosso):

> [...]
>
> II - Da pena provisória:
>
> **Face ao concurso da circunstância atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal - confissão -, com a circunstância agravante elencada no art. 61, I, do referido diploma legal - reincidência -, e considerando o caráter de preponderância desta última (artigo 67 do Código Penal), aumento a pena em**

> **04 (quatro) meses, fixando-a, provisoriamente, em 02 (dois) anos e 10 (dez) meses de reclusão**.
>
> [...]
>
> **Na segunda etapa, do cotejo da atenuante da confissão com a agravante da reincidência, tratando-se de confissão parcial, uma vez que tentou eximir a responsabilidade criminal do coimputado, proporcional o incremento em 04 (quatro) meses, considerando a preponderância desta com relação àquela, a teor do artigo 67 do Código Penal e segundo entendimento uníssono do Supremo Tribunal Federal, razão pela qual seria inviável a compensação**.
>
> [...]

Diante da leitura dos trechos acima transcritos, tenho que razão assiste ao recorrente.

Com efeito, quanto ao pleito de equivalência entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, tem-se que o acórdão merece reparos, porquanto o fundamento utilizado pelas instâncias ordinárias para afastar a compensação integral entre as circunstâncias judiciais é dissonante da jurisprudência desta Corte Superior, não havendo falar em preponderância entre as referidas circunstâncias agravante e atenuante.

No que diz respeito à segunda fase da dosimetria, **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/MT, representativo da controvérsia, da minha relatoria, Terceira Seção, DJe 17/4/2013 – grifo nosso).

A corroborar, colaciono precedentes de ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. TESE DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE. CONCURSO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO TOTAL. IMPOSSIBILIDADE. RÉU MULTIRREINCIDENTE. AGRAVO DESPROVIDO.
>
> 1. Justificada a valoração negativa da conduta social, em razão do cometimento do delito pelo Recorrente quando em gozo do livramento condicional. Precedentes.
>
> 2. **A Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, após o julgamento do EREsp n.º 1.154.752/RS, pacificou o entendimento no sentido da inexistência de preponderância entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, nos termos do art. 67 do Código Penal, pelo que é cabível a**

compensação dessas circunstâncias.

3. Tratando-se, no entanto, de réu que possui tripla reincidência, não é possível promover a compensação total entre a confissão e a reincidência, pois configura circunstância mais reprovável do que a dispensada a quem seja reincidente em razão de um único evento delituoso, em respeito aos princípios da individualização das penas e da proporcionalidade. Precedente.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 1.751.712/RO, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 25/9/2018 – grifo nosso).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO E ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO TENTADO. COMPENSAÇÃO. **CONFISSÃO E REINCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREPONDERÂNCIA**. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. PATAMAR FIXADO EXCLUSIVAMENTE COM BASE NO NÚMERO DE MAJORANTES. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 443 DO STJ. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO, PARA COMPENSAR A REINCIDÊNCIA COM A CONFISSÃO PARCIAL E FIXAR O AUMENTO NA TERCEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA NA FRAÇÃO MÍNIMA DE 1/3.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. ***A confissão do paciente, embora utilizada para lastrear a convicção do julgador acerca da procedência da acusação, não foi compensada com a reincidência, pois as instâncias ordinárias entenderam pela preponderância dessa última. Entretanto, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal, independe se a confissão foi integral ou parcial, quando utilizada para fundamentar a condenação*** **(HC n. 337.662/RJ, Relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 01/08/2016)**.

3. Na hipótese dos autos, a pena foi aumentada em 3/8 na terceira fase da dosimetria, exclusivamente com fundamento no número de majorantes, em desrespeito ao Enunciado n. 443 da Súmula desta Corte, sendo imperativo o redimensionamento das penas do paciente.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para compensar a agravante da reincidência com a atenuante da confissão parcial e redimensionar as penas do paciente na terceira etapa da dosimetria.

(HC n. 435.676/SP, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 1º/8/2018 – grifo nosso).

Dessa forma, em razão do necessário afastamento da preponderância da reincidência sobre a atenuante da confissão espontânea, devidamente reconhecida, passo ao necessário redimensionamento da reprimenda privativa de liberdade do recorrente.

Na primeira fase da dosimetria, mantém-se a pena-base dosada pelas

instâncias ordinárias em 2 anos e 6 meses de reclusão.

A pena intermediária não comporta alterações em razão da compensação entre as circunstâncias atenuante e agravante, referidas no presente recurso.

Na derradeira etapa, preserva-se a exasperação decorrente da majorante prevista no art. 155, § 1º, do Código Penal, alcançando-se 3 anos e 4 meses de reclusão.

Por fim, ainda nessa fase, incide a minorante da tentativa (art. 14, II, do CP), mantida na fração de 1/3 (fls. 263 e 363/364), totalizando as reprimendas carcerárias em **2 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão**.

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, III, do RISTJ, **dou provimento** ao recurso especial para afastar a prevalência da agravante da reincidência sobre a atenuante da confissão espontânea e, dessa forma, redimensionar a pena privativa de liberdade do recorrente nos termos da presente decisão.

Publique-se.

Brasília, 18 de junho de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator