



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2727503 - SC (2024/0316254-7)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
AGRAVANTE : MAURO DRISSEN CHEDID
ADVOGADOS : ACÁCIO MARCEL MARÇAL SARDA - SC012103
FERNANDO STAUDINGER - SC016414
RANGEL CESAR CANE - SC063620
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

DECISÃO

Trata-se de agravo em recurso especial interposto contra decisão da vice-presidência do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, que não admitiu o recurso especial interposto pelo agravante.

O agravante foi condenado às penas de 1 ano, 5 meses e 3 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e de pagamento de 13 dias-multa pela prática do crime de apropriação indébita (art. 168, §1º, inc. III, do CP), pois o agravante recebeu o valor de R\$ 7.054,95 em sua conta bancária, proveniente de ação de busca e apreensão, na qualidade de advogado da vítima, mas não lhe repassou como deveria ter feito (e-STJ fl. 276).

Após julgamento da apelação e dos embargos infringentes, houve somente o reconhecimento da atenuante da confissão.

Contra o acórdão que julgou a apelação, a defesa interpôs recurso especial com base na alínea *a* do art. 105, inc. III, da CF alegando, em síntese: (i) negativa de vigência ao art. 16 do Código Penal, uma vez que não foi aplicada a causa de diminuição de pena apesar do agravante ter reparado o dano por meio de acordo judicial e antes do recebimento da denúncia; (ii) negativa de vigência ao art. 65, inc. III, *b*, do CP, pois apesar de ter reparado o dano antes do julgamento, não teve reconhecida a mencionada atenuante e (iii) negativa de vigência ao art. 33, §2º, *b* e *c*, c.c. §3º c.c. art. 59 do CP, pois, em que pese sua pena tenha sido de 1 ano, 5 meses e 3 dias, teve o regime semiaberto como o inicialmente fixado somente pela reincidência (e-STJ fls. 328-334).

O recurso especial não foi admitido pelo Tribunal *a quo* pelos seguintes motivos: (i) com relação à tese de negativa de vigência ao art. 65, inc. III, *b*, do CP, afirmou ter ocorrido perda do objeto, pois foi reconhecida a atenuante no julgamento dos embargos infringentes; (ii) com relação à tese de negativa de vigência ao art. 16 do CP, afirmou que incidiria o óbice da súmula nº 7 do STJ e (iii) com relação à tese de negativa de vigência ao art. 33, §2º, *b* e *c*, c.c. §3º c.c. art. 59 do CP afirmou que

incidiria o óbice da súmula 83 do STJ, pois o entendimento do acórdão está de acordo com o desta col. Corte (e-STJ fls. 411-415).

Foi interposto, então, o presente agravo em recurso especial indicando que não houve perda do objeto, pois o acórdão dos embargos infringentes reconheceram a atenuante da confissão, mas não a da alínea *b* do art. 65, inc. III, do CP; que não há necessidade de reexame de provas e que a jurisprudência desta Corte não admite a imposição de regime semiaberto tão somente com base na reincidência quando a pena é branda (e-STJ fls. 422-428).

O Ministério Público Federal apresentou parecer pelo conhecimento do agravo para conhecer em parte do recurso especial e, nesta parte, dar-lhe provimento para aplicar a atenuante e a causa de diminuição de pena (e-STJ fls. 460-471).

É o relatório.

Decido.

O agravo em recurso especial é tempestivo e infirmou os argumentos da decisão do Tribunal *a quo*, razão pela qual, nos termos do art. 253, parágrafo único, inc. II, do RISTJ, **conheço do agravo** e passo ao exame do recurso especial.

O recurso especial é tempestivo e está com a representação processual correta.

Inicialmente, conforme parecer do MPF, não há que se falar em perda do objeto, pois o acórdão dos embargos infringentes reconheceu a aplicação da atenuante da confissão, disposta no art. 65, inc. III, *d*, do CP e o recurso especial se insurge contra negativa de vigência ao art. 65, inc. III, *b*, do CP.

O recorrente indicou os permissivos constitucionais que embasam o recurso e o dispositivo de lei federal supostamente violado, demonstrando pertinência na fundamentação (não incidência da súmula nº 284 do STF).

Observa-se, ainda, que o acórdão recorrido examinou expressamente a matéria arguida pelo recurso, cumprindo com a exigência do prequestionamento (não incidência da súmula 282 do STF).

Ademais, o acórdão apresentou fundamentos de cunho infraconstitucional (não incidência da súmula 126 do STJ), todos rebatidos nas razões recursais (não incidência da súmula 283 do STF).

Por fim, as teses não exigem o reexame de provas, pois partem de fatos incontroversos nos autos – o agravante reparou todo o dano causado com a prática do crime após acordo judicial na ação civil de reparação de danos e teve seu regime de pena fixado somente com base na reincidência - para discutir questões sobre se se aplicam a atenuante e a causa de diminuição de pena, bem como se é possível a fixação do regime inicial aberto (não incidência da súmula nº 7 do STJ).

Sendo assim, **conheço do recurso especial**. Passo ao exame do mérito do recurso.

(i) negativa de vigência ao art. 16 do Código Penal

A controvérsia posta em julgamento é se o acórdão, ao negar a aplicação da mencionada causa de diminuição de pena, apesar de o agravante ter realizado a reparação do dano por meio de acordo judicial em ação de reparação de danos, teria negado vigência ao mencionado dispositivo.

O artigo em questão afirma: "*Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços*".

No caso, o acórdão negou a aplicação da causa de diminuição com a seguinte argumentação:

[...]. Portanto, conforme se depreende dos autos, a vítima teve que ingressar com ação judicial para reaver os valores. Assim, ainda que tenha efetuado a reparação, esta não se deu de forma voluntária, requisito indispensável para o reconhecimento do benefício [...] (e-STJ fl. 279).

Do trecho acima, verifica-se que o acórdão entendeu que a reparação do dano realizada pelo agravante não se deu "por ato voluntário", como exige o art. 16 do CP, pois ocorreu somente após a vítima ter ingressado com ação judicial de reparação de danos.

Ocorre que, com essa argumentação, o acórdão confunde o conceito de ato voluntário com ato espontâneo. O ato voluntário é aquele que o agente pratica sem ter sido de alguma forma coagido a fazê-lo, enquanto o ato espontâneo é aquele em que o agente pratica sem que tenha ocorrido qualquer causa externa que o tivesse levado a praticá-lo, mas sim que tenha decorrido exclusivamente de sua consciência.

Adotando tanto uma interpretação literal do dispositivo - que usa o termo "ato voluntário" e não em ato espontâneo - quanto uma interpretação teleológica do dispositivo, que tem por objetivo político-criminal incentivar que a vítima seja reparada pelo dano causado por um crime não violento e se pacifique o conflito, não há dúvida que o importante para a configuração da causa de diminuição de pena é a reparação do dano por ato do agente ausente de coação, pouco importando se foi produto exclusivo de sua consciência ou se teve influência externa, mas que não reduziu sua liberdade de decidir.

Nesse sentido, ensina Luiz Regis Prado:

[...] o arrependimento deve advir de conduta voluntária do agente. Não pode resultar de nenhuma causa externa, alheia à vontade daquele, sendo irrelevantes os motivos que o conduziram à reparação ou restituição. Logo, a apreensão da coisa pela autoridade policial, por exemplo, não dá lugar ao arrependimento posterior, pois a devolução,

in casu, não foi impulsionada por ato voluntário do sujeito ativo. O legislador não exige, porém, que a reparação do dano ou a restituição da coisa sejam espontâneas. Assim, ainda que encorajado por outrem, ou pela própria vítima, a reparar o dano ou a restituir a coisa, é bem possível o reconhecimento do arrependimento posterior. Basta a voluntariedade [...]

(PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal brasileiro: Parte Geral, volume 1*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 106 - grifos acrescentados).

No mesmo sentido foi o parecer do Ministério Público Federal:

[...]. Ocorre que a voluntariedade exigida pelo artigo 16 do CP não é sinônimo e nem pode ser confundida com a espontaneidade. Isso, porque a voluntariedade diz respeito à ausência de coação moral ou física, no caso, na devolução do bem, já que estamos falando do crime de apropriação indébita, ou seja, diz respeito à liberdade de escolha de reparação do prejuízo decorrente da prática do delito, seja por qual motivo for: receio de ser punido, aconselhamento por parte de parentes, de amigos, sendo resultado portanto de uma ação fisicamente externada. Já a espontaneidade se refere à eventual iniciativa da pessoa de promover a reparação do dano, do sincero e íntimo desejo de restituição dos valores desviados por parte do autor do crime, elemento esse, inclusive, de difícil aferição pois não palpável, restrito ao foro íntimo do réu [...] (e-STJ fl. 468).

Desta forma, no caso, se o agravante tivesse perdido a ação civil e tivesse sido condenado a pagar o valor a título de restituição, sob pena de constrição patrimonial, o pagamento já não seria mais voluntário. Porém, a simples propositura de ação civil pela vítima e a elaboração de um acordo judicial não retiram a voluntariedade do ato de reparação do dano realizado pelo agravante, razão pela qual a causa de diminuição de pena deve ser aplicada e, ao negá-la, o acórdão negou vigência ao art. 16 do CP.

De outro lado, tendo em vista que a causa de diminuição deve ser aplicada, é preciso estabelecer o *quantum* da diminuição, que pode variar de 1/3 a 2/3.

Um dos critérios utilizados para definir o *quantum* é a presteza na reparação do dano, ou seja, se foi uma reparação logo após a consumação do delito, o arrependimento deve gerar a diminuição máxima, mas se foi uma reparação depois de um bom tempo e que exigiu inclusive algum esforço por parte da vítima, o arrependimento deve gerar a diminuição mínima. Nesse sentido: "*fração de diminuição de pena será fixada de acordo com o aspecto temporal entre a prática do ilícito e a conduta voluntária do agente em restituir à vítima o seu prejuízo*" (AgRg no REsp n. 1.262.608/BA, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 21/10/2015).

No caso, conforme demonstrado, o agravante somente realizou o ressarcimento após a vítima ter ingressado com ação judicial, razão pela qual houve pouca presteza, o que justifica a aplicação da diminuição no mínimo legal de 1/3.

(ii) negativa de vigência ao art. 65, inc. III, b, do CP

A controvérsia posta em julgamento é se o acórdão, ao negar a aplicação da mencionada atenuante, apesar do agravante ter realizado a reparação do dano por meio de acordo judicial em ação de reparação de danos, teria negado vigência ao mencionado dispositivo.

O artigo em questão afirma: "*São circunstâncias que sempre atenuam a pena: ... III - ter o agente: ... b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano*".

No caso, o acórdão negou a aplicação da mencionada atenuante com a seguinte argumentação:

[...]. Da mesma forma, sem maiores delongas, impossível o reconhecimento da atenuante descrita no art. 65, III, "b", do Código Penal, já que o ato deve se dar por espontânea vontade, o que como visto no tópico anterior, não ocorreu [...] (e-STJ fl. 280).

Do trecho acima verifica-se que o Tribunal *a quo* negou a aplicação também da atenuante com o argumento da ausência de espontaneidade da reparação realizada pelo agravante. Neste ponto, o Tribunal está correto, pois a reparação ocorreu somente após a vítima ter ingressado com ação civil, o que afasta a espontaneidade do ato de reparação, apesar de não afastar sua voluntariedade.

Ocorre que o dispositivo prevê duas hipóteses em que pode incidir a atenuante. A primeira é a de evitar ou minorar as consequências do crime por ato espontâneo, que, conforme dito, não ocorreu. A segunda, por outro lado, é a de simplesmente "reparar o dano antes do julgamento". Não há dúvida de que a segunda hipótese efetivamente ocorreu, pois o agravante reparou o dano antes do julgamento da ação penal.

No entanto, a atenuante não será aplicável, pois ela é, evidentemente, subsidiária ao arrependimento posterior. Partindo de uma interpretação sistemática, o arrependimento posterior exige que a reparação voluntária ocorra antes da propositura da ação penal (denúncia ou queixa), já a atenuante em questão, em sua segunda hipótese, incide quando a reparação for antes do julgamento. Há, assim, uma relação de subsidiariedade entre as normas, segundo a qual a atenuante somente é aplicada se não tiver ocorrido o arrependimento posterior.

Portanto, ao negá-la com o argumento da falta de espontaneidade, o acórdão também negou vigência ao mencionado dispositivo. No entanto, a atenuante não é aplicável ao caso, pois o agravante fez jus à diminuição da pena pelo arrependimento posterior, reparando o dano antes mesmo da propositura da ação penal.

Feitas estas análises, passo a redimensionar a pena.

Na primeira fase, a pena foi mantida no mínimo legal de 1 ano e 10 dias-

multa. Na segunda fase, dado o aumento pela reincidência e a diminuição penal confissão - que não foram totalmente compensados - a pena foi fixada em 1 ano e 25 dias e 11 dias-multa.

Na terceira fase, aplicando a causa de diminuição de pena do arrependimento posterior no patamar de 1/3 chega-se à pena de 8 meses e 17 dias e 7 dias-multa. Por fim, aplicando a causa de aumento no patamar de 1/3, **chega-se à pena final de 11 meses e 12 dias e 9 dias-multa.**

(iii) negativa de vigência ao art. 33, §2º, b e c, c.c. §3º c.c. art. 59 do CP

A controvérsia posta em julgamento é se o acórdão, ao fixar o regime inicial semiaberto tão somente com base na reincidência do agravante e ignorando o fato de que sua pena é muito baixa, negou vigência aos dispositivos em questão.

O artigo 33, §2º afirma: *"As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso... b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto; c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto"*.

O acórdão fixou o regime inicial de cumprimento de pena com a seguinte argumentação:

[...]. À luz dos preceitos legais supra e considerando que o apenado é reincidente, em razão da condenação nos autos n. 0002097-44.2003.8.24.0027 (certidão 2-3 do Evento 40), inviável que comece ele a cumprir a reprimenda no regime aberto. Embora não se ignore o teor da Súmula n. 269 do STJ, esta apenas flexibilizou a regra para permitir que o condenado reincidente, que apresente circunstâncias judiciais favoráveis, inicie o resgate de sua pena em regime semiaberto quando a legislação determina o fechado. Contudo, não admitiu que o apenado que insiste em reincidir no crime cumpra sua pena, desde logo, no regime aberto.... Assim, mantém-se o regime semiaberto com fulcro no art. 33, § 2º, "b", do Código Penal. [...] (e-STJ fls. 282-283).

O acórdão, neste ponto, aplicou a literalidade do mencionado artigo. Ocorre que, partindo da exigência da proporcionalidade na aplicação da pena e o fato de que o agravante conta com circunstâncias judiciais positivas (a pena base foi fixada no mínimo legal), há um evidente descompasso entre a pena imposta (11 meses de 12 dias de reclusão) e a fixação do regime inicial semiaberto.

Nesse sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. REITERÂNCIA DELITIVA. ABRANDAMENTO

DE REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. A orientação firmada pelo Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL é no sentido de que a aferição da insignificância da conduta como requisito negativo da tipicidade, em crimes contra o patrimônio, envolve um juízo amplo, que vai além da simples aferição do resultado material da conduta, abrangendo também a reincidência ou contumácia do agente, elementos que, embora não determinantes, devem ser considerados (HC 123.533, Relator Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, DJe de 18/2/2016). 2. Busca-se, desse modo, evitar que ações típicas de pequena significação passem a ser consideradas penalmente lícitas e imunes a qualquer espécie de repressão estatal, perdendo-se de vista as relevantes consequências jurídicas e sociais desse fato decorrentes. 3. A aplicação do princípio da insignificância não depende apenas da magnitude do resultado da conduta. Essa ideia se reforça pelo fato de já haver previsão na legislação penal da possibilidade de mensuração da gravidade da ação, o que, embora sem excluir a tipicidade da conduta, pode desembocar em significativo abrandamento da pena ou até mesmo na mitigação da persecução penal. 4. Não se mostra possível acatar a tese de atipicidade material da conduta, pois não há como afastar o elevado nível de reprovabilidade assentado pelas instâncias antecedentes, ainda mais considerando os registros do Tribunal local dando conta de que o paciente é contumaz na prática delituosa, o que desautoriza a aplicação do princípio da insignificância, na linha da jurisprudência desta CORTE. 5. Quanto ao modo de cumprimento da reprimenda penal, há quadro de constrangimento ilegal a ser corrigido. A imposição do regime inicial semiaberto, com arrimo na reincidência e nos maus antecedentes, parece colidir com a proporcionalidade na escolha do regime que melhor se coadune com as circunstâncias da conduta de furto de bem pertencente a estabelecimento comercial, avaliado em R\$ 130,00 (cento e trinta reais). Ainda, à exceção dos antecedentes, as demais circunstâncias judiciais são favoráveis, razão por que a pena-base fora estabelecida pouco acima do mínimo legal (cf. HC 123.533, Tribunal Pleno, Rel. Min. ROBERTO BARROSO), de modo que o regime aberto melhor se amolda à espécie. 6. Ordem de Habeas Corpus concedida, de ofício, para fixação do regime inicial aberto para cumprimento da reprimenda.

(HC 135164, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 23-04-2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-170 DIVULG 05-08-2019 PUBLIC 06-08-2019 - grifos acrescentados).

Portanto, partindo de uma interpretação constitucional do mencionado dispositivo, especificamente a respeito da proporcionalidade, deve-se aplicar o regime inicial aberto ao agravante.

Ante o exposto, com fundamento no art. 253, parágrafo único, inc. II, c, do RISTJ, **conheço do agravo para dar provimento ao recurso especial e reconhecer a negativa de vigência aos arts. 16, 65, inc. III, b, e 33, §2º, do CP, aplicando assim o arrependimento posterior e redimensionando a pena do agravante para 11 meses e 12 dias de reclusão, em regime aberto, e 09 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.**

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 23 de janeiro de 2025.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora