RECURSO ESPECIAL Nº 1.793.054 - SP (2019/0023936-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
RECORRENTE	:	ELGES PRUDENCIO DA SILVA JUNIOR (PRESO)
ADVOGADO	:	FABIANA KELLY PINHEIRO DE MELO E OUTRO(S) - SP183080
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo ELGES PRUDÊNCIO DA SILVA JUNIOR, fundado na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, assim ementado:

> *APELAÇÃO CRIMINAL ROUBO MAJORADO E RESISTÊNCIA SENTENÇA CONDENATÓRIA DEFESA DE ELGES REQUER A ABSOLVIÇÃO PELO CRIME DE RESISTÊNCIA, POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS, O AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO O RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO E A FIXAÇÃO DE REGIME MENOS GRAVOSO QUE O FECHADO PARA O CRIME DE ROUBO A DEFENSORIA PÚBLICA, EM NOME DE VITOR, PLEITEIA A ABSOLVIÇÃO PELO CRIME DE RESISTÊNCIA, POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA - A FIXAÇÃO DA PENA-BASE DO ROUBO NO MÍNIMO LEGAL, O RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO E A APLICAÇÃO DO PATAMAR DE 1/3, AO INVÉS DE 2/5, NA MAJORAÇÃO DA PENA DECORRENTE DAS DUAS QUALIFICADORAS DO ROUBO MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS, INCLUSIVE DO CRIME DE RESISTÊNCIA EMPREGO DE ARMA DE FOGO BEM DEMONSTRADO RÉUS QUE PRATICARAM OS CRIMES JUNTOS E AMBOS RESPONDEM PELO CRIME MAIS GRAVE - FIXAÇÃO DAS PENAS BEM FUNDAMENTADA, NÃO COMPORTANDO REPAROS REGIMES DE PENA ACERTADAMENTE FIXADOS - RECURSOS IMPROVIDOS. (e-STJ fl. 441)*

Aponta o recorrente a violação dos arts. 386 do Código de Processo Penal e 65, III, “d”, do Código Penal alegando, em síntese, que

inexistem nos autos provas seguras para a condenação e que a confissão, mesmo parcial ou qualificada, deve ser reconhecida na segunda fase da dosimetria.

Foram apresentadas contrarrazões (e-STJ fls. 493/504). O Tribunal *a quo* admitiu o recurso especial (e-STJ fls. 507/508).

Manifestação do Ministério Público Federal pelo provimento do recurso especial (e-STJ fls. 516/522).

É o relatório. Decido.

O recurso não merece acolhida.

Os elementos existentes nos autos informam que o Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento ao apelo defensivo e manteve a sentença que condenou o recorrente à pena de 5 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão pela prática do crime do art. 157, § 2º, I e II, e 2 meses e detenção pelo crime do art. 329 , todos do Código Penal.

A defesa alega, primeiramente, a ausência de provas para a condenação. Sobre o tema o Tribunal de origem assim se pronunciou:

> *O conjunto probatório, portanto, é robusto, permitindo demonstrar, com segurança, que os acusados de fato praticaram o crime de roubo que lhes foi imputado, em concurso de agentes e mediante grave ameaça, exercida com o emprego de arma de fogo. De igual forma, restaram provadas autoria e materialidade quanto ao crime de resistência. (e-STJ fl. 447)*

Observa-se que a pretensão da defesa, quando alega a insuficiência de provas para a condenação, é o revolvimento do material fático-probatório dos autos, o que não se admite na via do recurso especial ante o óbice do enunciado n. 7 da Súmula deste Tribunal. Nessa linha:

> *PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO*

CIRCUNSTANCIADO. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 386, VII, DO CPP. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ROUBO PARA O DELITO DE FURTO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. VEDAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. AUSÊNCIA DO LAUDO DE AVALIAÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO DO VALOR DA RES FURTIVAE. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO POR PRESUNÇÃO. OFENSA AOS ARTS. 59 E 68, AMBOS DO CP. DOSIMETRIA. ANÁLISE FAVORÁVEL DO COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 356/STF. AFRONTA AO ART. 307 DO CP. FALSA IDENTIDADE. TIPICIDADE. SÚMULA 522/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a existência de provas suficientes a absolver, condenar, ou desclassificar a imputação feita ao acusado. Óbice do enunciado n.º 7 da Súmula deste STJ.

[...]

5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgInt no AREsp 1265017/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 24/05/2018)

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE PROVAS. CONDENAÇÃO LASTREADA EXCLUSIVAMENTE NAS PROVAS PRODUZIDAS NA FASE INVESTIGATÓRIA. INOVAÇÃO RECURSAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A Corte de origem, à luz dos princípios da livre apreciação da prova e do livre convencimento motivado, bem como mediante a análise soberana do acervo fático-probatório dos autos, entendeu que restou devidamente comprovadas a autoria e a materialidade do crime. Nesse contexto, a absolvição dos acusados, baseada na insuficiência de provas, demandaria necessariamente nova análise do conjunto fático-probatório dos autos, providência inviável em sede de recurso especial, a teor do que dispõe a Súmula 7/STJ.

2. "É vedado, em sede de agravo regimental ou embargos de declaração, ampliar a quaestio veiculada no recurso especial, inovando questões não suscitadas anteriormente" (AgRg no REsp 1378508/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 1/12/2016, DJe 7/12/2016).

> *3. Agravo regimental a que se nega provimento.* (AgRg no AREsp 1236166/ES, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 11/05/2018)

Quanto ao mais com razão a defesa, isso porque ao contrário do que entendeu o Tribunal de origem (e-STJ fl. 448), a confissão mesmo parcial deve ser reconhecida na segunda fase da dosimetria. A propósito:

> *HABEAS CORPUS IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.*
>
> *[...]*
>
> *HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. SEGUNDA FASE CONFISSÃO QUALIFICADA. ALEGAÇÃO DE TESES QUE VISAM ATENUAR A RESPONSABILIDADE DO AGENTE. IRRELEVÂNCIA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *1. Mesmo nas hipóteses de confissão qualificada ou parcial, deve incidir a atenuante prevista no art. 65. III, d, do Código Penal, se os fatos narrados pelo autor influenciaram a convicção do julgador. Inteligência da Súmula n. 545 do STJ.*
>
> *[...]*
>
> *4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar a pena da paciente, em relação ao delito de homicídio qualificado, em 16 (dezesseis) anos e 03 (três) meses de reclusão.* (HC 450.201/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 28/03/2019)

No entanto, esta Corte Superior tem entendimento firmado no sentido de que fixada a pena-base no mínimo legal, ainda que reconhecidas as atenuantes da confissão e da menoridade relativa, não poderão repercutir no cálculo da reprimenda, porquanto, a teor da Súmula n. 231 do STJ, descabe a redução da pena na segunda fase da dosimetria a patamar aquém do mínimo legal em razão da existência de circunstância atenuante (*ut*, HC 272.043/BA, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, DJe 22/4/2016).

Nesse mesmo sentido: AgRg no AREsp 728.063/DF, desta

Relatoria, DJe 21/9/2015 e AgRg no REsp 1410822/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 20/2/2015, AgRg no REsp 1637245/PA, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, DJe 15/03/2017 e AgRg no HC 371.171/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 01/02/2017.

No caso em tela, a pena-base para ambos os crimes foi fixada em seu patamar mínimo, de forma que o reconhecimento da atenuante da confissão não repercute na penal final.

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, inciso VIII, do CPC, e no art. 255, § 4º, inciso III, do RISTJ, e na Súmula n. 568/STJ, dou parcial provimento ao recurso especial para reconhecer a atenuante da confissão sem repercussão na pena final já fixada.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 03 de abril de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator