

RECURSO ESPECIAL Nº 1.785.596 - SP (2018/0328050-6)

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
RECORRENTE : EVANDRO VIEIRA DE CARVALHO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ANA PAULA KAYAMORI DE OLIVEIRA - DEFENSORA
PÚBLICA - SP105212
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. ART. 155, § 4.º, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL. DIREITO PENAL. DOSIMETRIA. SEGUNDA FASE. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. APONTADA NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 65, INCISO III, ALÍNEA D, DO CP. CONSTATAÇÃO. CONFISSÃO PARCIAL REVELADA PELO AGENTE. REFLEXOS NO APENAMENTO. PERTINÊNCIA. SÚMULA N.º 545/STJ. COMPENSAÇÃO COM A CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE DO ART. 61, INCISO I, DO CP. POSSIBILIDADE. RÉU MULTIRREINCIDENTE. PREVALÊNCIA DA CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE. INTELIGÊNCIA DO ART. 67 DO CP. PROPORCIONALIDADE A SER OBSERVADA. REDIMENSIONAMENTO DAS PENAS. DEVIDO. PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. ART. 577, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por EVANDRO VIEIRA DE CARVALHO contra acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que negou provimento à Apelação de n.º 0069952.57.2016.8.26.0050 agitada pela Defesa.

Consta dos autos que o Recorrente foi condenado, pelo Juízo singular, como incurso nas sanções do art. 155, § 4.º, inciso II, do Código Penal, à pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, acrescida do pagamento de 11 (onze) dias-multa. Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal local negou provimento.

No recurso especial, interposto com respaldo no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição da República, a Parte sustenta, em síntese, negativa de vigência ao art.

65, inciso III, alínea *d*, do CP, sob o argumento de que “**a confissão, ainda que *parcial*, deve ser reconhecida e *prepondera* sobre qualquer outra circunstância**” (fl. 309; grifos diversos do original), máxime a da reincidência.

Assim, roga a Defesa “*para que, reconhecida a atenuante da confissão espontânea, seja aplicada a pena-base*” do Apenado “*no mínimo legal*” (fl. 313).

A Corte de origem admitiu o recurso especial. Desse modo, subiram os autos a este Superior Tribunal de Justiça.

O Ministério Público Federal opinou pelo “***parcial provimento do Recurso Especial, para que seja reconhecida a confissão espontânea e compensada parcialmente com a multirreincidência, redimensionando-se a pena do [...] Recorrente***” (fls. 340-342).

É o relatório.

Decido.

Sobre a questão em debate, o Tribunal Bandeirante, ao desprover o apelo defensivo, ratificou o apenamento do Sentenciado, sobretudo o não reconhecimento da aspirada circunstância atenuante da confissão, pelo que vale conferir (fls. 290-298; grifos diversos do original):

“Passo, então, à análise da dosimetria das penas.

Na primeira fase, as penas foram fixadas no mínimo legal, ou seja em 02 anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa, pois ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Na segunda fase, em razão da agravante da reincidência, as penas foram exasperadas em 1/6, atingindo 02 anos e 04 meses de reclusão e pagamento de 11 dias-multa.

Inadmissível a aplicação da atenuante da confissão espontânea, uma vez que o relato do acusado sobre os fatos não se deu de forma integral, tendo ele afirmado que ainda se encontrava no interior do imóvel quando foi preso pelos policiais, o que contraria frontalmente a versão dos agentes públicos.

Assim, é certo que, com a versão apresentada, o réu tinha em mira apenas eximir-se ou, ao menos, reduzir sua responsabilidade pela infração, e essa tentativa de minimização não corresponde à atenuante da confissão espontânea.

[...]

*Tal versão, portanto, que não acarretou qualquer colaboração para a **apuração completa dos fatos**, não pode ser aproveitada, nem mesmo como atenuante genérica.*

De qualquer forma, ainda que fosse reconhecida a atenuante, sobre ela preponderaria a agravante da reincidência.

[...]

Percebe-se que tais elementos, preponderantes, são todos de natureza subjetiva e refletem na maior ou na menor reprovabilidade do agente.

Deste modo, havendo o concurso de uma circunstância preponderante com outra que não tenha essa natureza, deve aquela prevalecer na segunda fase da aplicação da pena.

[...]

*A personalidade do apelante que voltou a delinquir depois de condenado irrecorrivelmente, notadamente avessa ao cumprimento do ordenamento legal, merece resposta jurisdicional mais gravosa, **sem a compensação da reincidência com a confissão.***

Na terceira fase ausentes causas de aumento e diminuição, as penas são tornadas definitivas.

*Mantenho a fixação do regime inicial semiaberto e a negativa de substituição de pena, diante da **dupla reincidência específica do acusado**, [...]."*

Em prefácio, cumpre expender que o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos, empíricos e subjetivos, que contornam a empreitada criminosa, obedecidas e sopesadas – com certo grau de discricionariedade – as circunstâncias judiciais; eventuais agravantes e atenuantes e, por fim, causas de aumento e de diminuição incidentes, na forma do art. 68, *caput*, do Código Penal, para aplicar, de forma proporcional e fundamentada, a reprimenda necessária e suficiente à reprovação do crime.

No ponto, da intelecção dos trechos epigrafados, verifica-se que o acórdão recorrido está em dissonância ao entendimento sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a atenuante da confissão espontânea, encartada no art. 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal, deve ser reconhecida na segunda fase dosimétrica, ainda que o agente a tenha revelado, no carrear da persecução criminal, de forma parcial ou qualificada, restrita à fase policial ou processual, ou até mesmo quando dela houver ulterior retratação, por poder influir – ainda que reflexamente – no convencimento do órgão julgador competente, consoante inteligência filológica da Súmula n.º 545/STJ.

Nesse norte:

"REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. NÃO APLICAÇÃO DA ATENUANTE DE PENA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. REINCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIA NÃO CONSIDERADA NO ÉDITO CONDENATÓRIO. ANTECEDENTES CRIMINAIS UTILIZADOS PARA MAJORAR A PENA-BASE.

IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO. RECURSO IMPROVIDO.

1. O entendimento dominante no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, **mesmo nas hipóteses de confissão qualificada ou parcial, deve incidir a atenuante prevista no art. 65, III, d, do CP**, desde que tenha sido utilizada como elemento de convicção do julgador.

2. Na espécie, o Juízo de primeiro grau reconheceu ter o acusado confessado o cometimento do crime, contudo deixou de aplicar a atenuante por não ter sido integral, incorrendo, desse modo, em flagrante ilegalidade, ensejando a concessão do writ.

3. Os antecedentes criminais do paciente foram utilizados para majorar a pena-base, não tendo sido reconhecida a sua reincidência, razão pela qual esse fundamento não poderia incidir para preponderar sobre a atenuante da confissão espontânea, sob pena de prejudicar a sua situação em pedido exclusivo da defesa.

4. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no HC 426.496/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 29/05/2018; grifos diversos do original.)

"HABEAS CORPUS. **FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. MATÉRIA NÃO APRECIADA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. CULPABILIDADE E PERSONALIDADE. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO. COMPENSAÇÃO COM A REINICIDÊNCIA. REGIME PRISIONAL FECHADO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. RÉ REINCENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. PRISÃO DOMICILIAR. PLEITO NÃO SUBMETIDO À INSTÂNCIA ORDINÁRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME POR ESTA CORTE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.**

[...]

4. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que **a confissão, ainda que parcial, ou mesmo qualificada, deve ser reconhecida e considerada para fins de atenuar a pena.**

[...]

6. Ordem parcialmente concedida para reduzir as penas a 2 anos, 8 meses e 20 dias de reclusão e 12 dias-multa." (HC 400.229/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 08/03/2018; grifos diversos do original.)

De tal forma, como o entendimento exarado pelo Tribunal local, de ser "inadmissível a aplicação da atenuante da confissão espontânea, uma vez que o relato do acusado sobre os fatos **não se deu de forma integral**" (fl. 290; grifos diversos do original), está em desalinho à jurisprudência assente desta Corte Superior, o

reconhecimento da objetivada atenuante da confissão espontânea é medida que se impõe.

Em tais hipóteses, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, de forma ordinária, consolidou entendimento no sentido de ser possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da circunstância agravante da reincidência, ainda que específica, “*com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal*” (EREsp 1.154.752/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/05/2012, DJe 04/09/2012; grifos diversos do original.).

Todavia, na hipótese em que o Apenado for multirreincidente, a compensação da aludida circunstância agravante, encampada no art. 61, inciso I, do CP, com a atenuante da confissão espontânea não será integral, mas apenas parcial, em virtude da preponderância da primeira em detrimento da segunda, nos moldes do art. 67 do referido diploma, e desde que observados os postulados da individualização da pena e da proporcionalidade.

Nessa perspectiva:

“PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. PLEITO DE COMPENSAÇÃO INTEGRAL DA AGRVANTE DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RÉU MULTIRREINCIDENTE. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, 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'.

2. Não há dúvida, portanto, que o deferimento de tal benesse não constitui regra de aplicação obrigatória, devendo ser aferido segundo as peculiaridades de cada hipótese, consoante os princípios da razoabilidade e da individualização da pena.

3. **Todavia, tratando-se de réu multirreincidente, admite-se a compensação proporcional da referida agravante com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade. Precedentes.**

4. No caso, considerando-se a compensação entre a atenuante e a agravante, com preponderância desta sobre aquela, ante a multirreincidência do réu, o aumento da pena [...] não se mostra desarrazoado ou desproporcional.

5. *Agravo regimental não provido.*” (AgRg no AREsp 1.373.813/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2019, DJe 15/02/2019; grifos diverso do original.)

“AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO MAJORADO. ART. 157, §§ 1º e 2º, II, CP. DOSIMETRIA. SEGUNDA FASE. COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO. MULTIRREINCIDÊNCIA. PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE. ENTENDIMENTO QUE GUARDA CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. *A Terceira Seção, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.341.370/MT, de minha relatoria, DJe 17/4/2013, firmou o entendimento de que, aferidas 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.*

2. *Nos casos de réu multirreincidente, o Superior Tribunal de Justiça tem enfatizado que deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, por evidenciar maior reprovabilidade, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade (HC n. 401.352/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 27/11/2017), hipótese dos autos.*

3. *Agravo regimental improvido.*” (AgRg no AREsp 1.131.406/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 26/02/2018; grifos diversos do original.)

Na espécie, por ser o Apenado multirreincidente, *“diante da dupla reincidência específica”* (fl. 298; grifos diversos do original), reputa-se impositiva a compensação proporcional da mencionada agravante com a atenuante da confissão espontânea, positivada no art. 65, inciso III, alínea *d*, do CP, ainda que parcial.

De tal sorte, mantidos os parâmetros aquilatados pelas instâncias ordinárias, na segunda fase dosimétrica, redimensionam-se as sanções do Recorrente a 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 10 (dez) dias-multa, *quantum* que se mantém em definitivo, à míngua de outras causas modificativas.

Por fim, no tocante à aspiração de que *“seja aplicada a pena-base no mínimo legal”* (fl. 313; grifos diversos do original), tal intento, pelos prismas da necessidade e da adequação, revela-se despido de interesse recursal, nos moldes do art. 577, parágrafo único, do CPP, pois, conforme averbado no acórdão recorrido, na

"primeira fase, as penas foram fixadas [...] em 02 anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa" (fl. 290).

Ante o exposto, CONHEÇO do recurso especial para DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, a fim de reconhecer a incidência da circunstância atenuante da confissão espontânea e, na sequência, compensá-la proporcionalmente com a agravante da reincidência, ficando a pena do Recorrente redimensionada nos termos supracitados.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 1º de abril de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora

