RECURSO ESPECIAL Nº 1.798.256 - SP (2019/0051333-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
RECORRENTE	:	THAUAN MARTINS CAVALCANTI DA SILVA
ADVOGADO	:	THIAGO LACERDA PEREIRA - SP278242
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de recurso especial com fulcro no art. 105, III, alínea "a", da Constituição Federal, interposto em desfavor de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o réu foi condenado às penas de 2 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 11 dias-multa, no valor unitário mínimo, substituída a carcerária por duas restritivas de direitos, por incursos no artigo 155 (furto), § 4°, incisos III e IV, do Código Penal.

Irresignadas as partes e interposto recurso, restou este desprovido por acórdão assim ementado (e-STJ, fl. 283):

> *FURTO QUALIFICADO - Suficientes os elementos probatórios a demonstrar que ambos os acusados, em concurso de agentes e mediante emprego de chave falsa, o subtraíram coisa alheia móvel, inviável a desclassificação para o delito de favorecimento real. CONDENAÇÕES MANTIDAS. PENAS BEM DOSADAS. REGIMES ADEQUADOS. RECURSOS NÃO PROVIDOS.*

Opostos embargos de declaração, foram estes rejeitados (e-STJ, fls. 308):

> *EMBARGOS DECLARATÓRIOS - INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, AMBIGÜIDADE OU CONTRADIÇÃO NO ARESTO IMPOSSIBILIDADE EMBARGOS QUE NÃO SE PRESTAM A ESSE FIM - REJEIÇÃO. Inexistindo no acórdão omissão, obscuridade, ambigüidade ou contradição, devem ser rejeitados os embargos declaratórios.*
>
> *REEXAME DE MATÉRIA PARA PREQUESTIONAMENTO DESCABIMENTO. Impossível em sede de embargos declaratórios impor o reexame da matéria, para fins de prequestionamento, com o objetivo de viabilizar o recebimento de Recurso Especial e/ou Extraordinário.*

Na petição de recurso especial, a parte recorrente alega que o acórdão

recorrido contrariou o disposto o artigo 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal.

Requer seja reconhecida a atenuante da confissão em favor do réu.

Contrarrazões às fls. 317/326.

Admitido o recurso (fls. 329/331) os autos vieram a esta Corte.

Parecer ministerial proferido nos termos da seguinte ementa (e-STJ, fl. 343):

> *RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO COM FULCRO NO ART . 105, III, ALÍNEA " A ", DA CONSTITUIÇÃO F EDERAL . A RT . 155, §4°, III E IV, DO C ÓDIGO PENAL . VIOLAÇÃO AO ARTIGO 65, III, ALÍNEA " D ", DO C ÓDIGO PENAL . CONFISSÃO QUALIFICADA .*
>
> *INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA . PRECEDENTES .*
>
> *PARECER PELO PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL .*

É o relatório. Decido.

Merece provimento a pretensão recursal.

A parte recorrente pleiteia, em suma, que seja reconhecida a atenuante da confissão a seu favor.

Quanto ao tema, o Tribunal de origem destacou (e-STJ, fl. 287):

> ***Frise-se que não era mesmo o caso de se reconhecer a atenuante da confissão espontânea a Thauan, visto que não foi pura e simples. Com efeito o acusado negou a comparsaria com o corréu e diminuiu a conduta imputada, inviabilizando a aplicação da atenuante.***

E o magistrado de piso consignou (e-STJ, fl. 231):

> ***Anoto que a atenuante da confissão não será aplicada para o réu Thauan, porque ele não procedeu à verdadeira confissão, prevista pelo legislador para dar lugar à aplicação da atenuante em questão, tendo ofertado a chamada confissão qualificada ao negar o concurso de agentes.***

Com efeito, "*nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão do réu, ainda que parcial (qualificada) ou retratada, for utilizada pelo magistrado para fundamentar a condenação, deve incidir a respectiva atenuante.*" (AgRg no REsp 1788976/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA,

julgado em 21/03/2019, DJe 28/03/2019).

Isto posto, deve ser considerada a atenuante da confissão no caso concreto, o que determino desde já, devendo ser aplicada a fração de 1/6 em benefício do réu.

Neste sentido:

> *PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA DA PENA. CONFISSÃO QUALIFICADA. SÚMULA 545/STJ. COMPENSAÇÃO DA ATENUANTE COM A AGRAVANTE. REINCIDENTE ESPECÍFICO. POSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.*
>
> *1. "Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal" (Súmula 545/STJ), sendo indiferente que a admissão da autoria criminosa seja parcial, qualificada ou acompanhada de alguma causa excludente de ilicitude ou culpabilidade.*
>
> *2. A Terceira Seção, 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, 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".*
>
> *3. Na espécie, tendo sido considerada apenas uma condenação anterior transitada em julgada para justificar o aumento da pena, na segunda etapa da dosimetria, não há qualquer óbice à compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, ainda que esta seja específica.*
>
> *4. Agravo regimental não provido.*
>
> *(AgRg no REsp 1774059/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/02/2019, DJe 26/02/2019)*

Passo à nova dosimetria.

Mantenho a pena-base fixada de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias-multa.

Na segunda fase, aplico a atenuante da confissão na fração de 1/6, ficando a pena em 1 ano, 11 meses e 10 dias, e pagamento de 10 dias-multa, a qual torno definitiva diante da ausência de outras causas modificadoras, mantidas as demais peculiaridades já fixadas pela instância primeva.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial, nos termos da fundamentação.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 10 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator