RECURSO ESPECIAL Nº 1.793.848 - SP (2019/0028453-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
RECORRENTE	:	ALEX GONCALVES DA SILVA (PRESO)
RECORRENTE	:	EMERSON DA SILVA ARAUJO (PRESO)
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA	:	FERNANDA COSTA TEIXEIRA - DEFENSORA PÚBLICA
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto com fundamento no art. 105, III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que os réus foram denunciados como incursos nos arts. 157, § 2º, I e II, c.c. art. 70 do Código Penal (roubo majorado em concurso formal), e condenado às penas de 8 (oito) anos e 7 (sete) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 45 dias-multa, conforme a sentença de fls. 299-309.

A defesa apelou, pretendendo a absolvição por insuficiência de provas, a redução da fração de aumento na terceira fase da dosimetria, o reconhecimento de crime único e a modificação do regime de pena. O Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo, conforme acórdão assim ementado:

> *Roubos majorados art. - 157, § 2°, I e II - Absolvição por insuficiência de provas - Impossibilidade - Materialidade e autoria devidamente comprovadas - Robusto conjunto probatório - Inviável reconhecer a atenuante da confissão para ALEX pois esta foi parcial - Fração de aumento pela incidência das majorantes bem aplicadas - Penas e regimes mantidos - Recurso improvido* (fl. 430).

Na sequência, a defesa interpôs recurso especial, no qual alega violação dos arts. 65, III, "d", e 157, § 2.º, do Código Penal, além de divergência jurisprudencial.

Sustenta, em síntese, a desproporcionalidade da pena na terceira fase, aumentada de forma inidônea com acréscimo de 3/8, sendo que a simples existência das majorantes do concurso de agentes e de uso de arma de fogo não enseja o aumento acima

do mínimo de 1/3.

Alega que *"Na segunda fase da dosimetria, há que se reconhecer a presença da atenuante genérica da confissão espontânea, eis que, interrogado, segundo o próprio tribunal "a quo", o réu Alex teria assumido a autoria delitiva, afinal, admitiu sua participação no roubo"* (fl. 461) e que esta atenuante prepondera sobre a agravante da reincidência.

Requer o aumento de 1/3 e a compensação entre a confissão e a reincidência.

Contrarrazões às fls. 485-493. Admitido o recurso às fls. 496-497. Parecer do Ministério Público Federal pelo desprovimento do recurso às fls. 506-509.

É o relatório. Decido.

A irresignação merece parcial provimento.

Quanto à pena na segunda fase da dosimetria, o fundamento do acórdão recorrido contraria a orientação jurisprudencial desta Corte, porquanto houve a confissão parcial do réu, de modo que *"mostra-se irrelevante ser a confissão parcial ou total, condicionada ou irrestrita, com ou sem retratação posterior, devendo incidir a atenuante do art. 65, III, "d", do Código Penal, desde que utilizada como fundamento para a condenação* (AgRg no REsp 1.547.891/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 15/2/2016), como se verifica na hipótese.

No mesmo sentido:

> *"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. HOMICÍDIOS SIMPLES. CONSUMADO E TENTADO. ART. VIOLADO: 65, III, D, DO CP. CONFISSÃO ESPONTÂNEA PARCIAL. UTILIZAÇÃO COMO SUPORTE DA CONDENAÇÃO. ATENUAÇÃO OBRIGATÓRIA. CONFISSÃO QUE TERIA ATRAPALHADO A ELUCIDAÇÃO DOS FATOS. INOVAÇÃO DE TESE. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. TEMA CONSTITUCIONAL. ANÁLISE. VIA INADEQUADA.*
>
> *1. As instâncias ordinárias deixaram de aplicar a atenuante da confissão espontânea apenas porque ela teria vindo acompanhada da tese de que o delito teria sido praticado em legítima defesa. Contudo, segundo a jurisprudência desta Corte, a confissão, ainda que parcial ou qualificada, deve atenuar a pena.*
>
> *2. A alegação de que a confissão não teria contribuído para a elucidação dos fatos, mas, na verdade, tê-la-ia dificultado constitui inovação de tese, pois não suscitada nas contrarrazões ao*

recurso especial oferecidas pelo Ministério Público estadual. Ademais, é inviável a análise do tema na via estreita do recurso especial, por força da Súmula 7/STJ.

3. É descabida a apreciação de matéria constitucional em recurso especial, ainda que para fins de prequestionamento.

*4. Agravo regimental improvido." (*AgInt no REsp 1.568.311/MG, Rel. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 13/6/2016).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO. CONFISSÃO QUALIFICADA. ATENUANTE GENÉRICA. INCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE.

1. Incide a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal na hipótese em que o réu espontaneamente confessou a prática do crime que lhe foi imputado, fornecendo dados que corroboraram a sua condenação, mesmo que a confissão tenha sido parcial e agregada de elementos que afastam a ilicitude da conduta.

2. 'É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência' (REsp n. 1.341.370/MT, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/04/2013, DJe 17/04/2013, sob o rito dos recursos especiais repetitivos).

3. Agravo regimental desprovido" (AgRg no AREsp 168.445/SP, MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, DJe de 26/8/2016).

Entretanto, no caso, há óbice à compensação integral entre as circunstâncias da confissão e reincidência, porquanto foram utilizados os dois registros de condenação anterior para efeitos de reincidência. No entanto, o *quantum* de aumento da pena em 1/6 foi aplicado em razão de apenas uma reincidência, não se mostrando desproporcional.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS *SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. ROUBO MAJORADO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. MULTIRREINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.*

[...]

2. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do REsp 1.341.370/MT, submetido ao procedimento previsto no art. 543-C, do Código de Processo Civil, pacificou o entendimento de que a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, por serem

igualmente preponderantes, podem ser compensadas na segunda fase da dosimetria da pena.

3. É certo que esta Corte tem adotado o entendimento, nos casos de multirreincidentes com duas ou três ações penais transitadas em julgado, de ser possível o reconhecimento da compensação parcial, aplicando-se menor fração pela agravante na segunda fase da dosimetria (vide HC 334.889/SP, Min. Rel. REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, DJe 11/11/2015, e HC 313.764/ES, de minha relatoria, Quinta Turma, DJe 13/10/2015).

4. Na hipótese, as instâncias ordinárias preponderaram a agravante de reincidência sobre a atenuante de confissão espontânea, tendo em vista as inúmeras condenações criminais transitadas em julgado do paciente (onze).

5. Caso em que a existência de vários registros criminais com trânsito em julgado exige, indubitavelmente, maior reprovação do que a conduta perpetrada por acusado que carregue a condição de reincidente por força de um único evento isolado em sua vida, não sendo correta a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante de reincidência.

6. Habeas corpus *não conhecido (*HC 332.139/MS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 22/02/2016).

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO. DOSIMETRIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. CONDENAÇÃO JÁ ATINGIDA PELO PERÍODO DEPURADOR DE CINCO ANOS. POSSIBILIDADE DE VALORAÇÃO COMO MAUS ANTECEDENTES. BIS IN IDEM NÃO EVIDENCIADO. PLURALIDADE DE SENTENÇAS CONDENATÓRIAS. AUMENTO SUPERIOR A 1/8 NA PRIMEIRA ETAPA DO CRITÉRIO DOSIMÉTRICO MOTIVADO. COMPENSAÇÃO PROPORCIONAL DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RÉU MULTIRREINCIDENTE. CABIMENTO DO REGIME PRISIONAL FECHADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, pois exigiriam revolvimento probatório.

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, condenações

anteriores ao prazo depurador de 5 (cinco) anos, malgrado não possam ser valoradas na segunda fase da dosimetria como reincidência, constituem motivação idônea para a exasperação da pena-base a título de maus antecedentes.

4. Conforme o entendimento consolidado no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça, admite-se a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, da conduta social e, ainda, da personalidade do agente, ficando apenas vedado o bis in idem.

5. No julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.341.370/MT, em 10/4/2013, a Terceira Seção 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".

6. O concurso entre circunstância agravante e atenuante de idêntico valor redunda em afastamento de ambas, ou seja, a pena não deverá ser aumentada ou diminuída na segunda fase da dosimetria. Todavia, tratando-se de réu multirreincidente deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

7. Hipótese na qual o réu ostentava duas condenações transitadas em julgado à época dos fatos já atingidas pelo período depurador de cinco anos, o que justifica a exasperação superior ao percentual consagrado de 1/8 pelos maus antecedentes. Além disso, verifica-se que o quantum de aumento incidiu sobre a pena mínima prevista no preceito secundário do tipo penal incriminador, e não sobre o intervalo entre as penas mínima e máxima do crime de roubo, o que se revelou deveras favorável ao réu.

8. Ainda que a atenuante da confissão espontânea deva ser compensada com a agravante da reincidência, considerando se tratar de paciente que ostentava três condenações transitada em julgado não atingidas pelo período depurador de cinco anos (CP, art. 64, I), deve ser mantido o incremento da pena em 1/3. Decerto, uma das condenações deve ser compensada com a atenuante da confissão espontânea, remanescendo duas outras a ser valoradas, o que justifica o incremento da pena de 1/6, sendo, pois, proporcional o aumento operado pela Corte de origem.

9. Tratando-se de réu reincidente, ao qual foi aplicada reprimenda superior a quatro anos de reclusão e inferior a oito anos, tendo a pena base sido estabelecida acima do mínimo estabelecido para o crime de roubo, inexiste desproporcionalidade na fixação do regime inicialmente fechado, não havendo se falar em violação das

Súmulas/STF 718 e 719, bem como da Súmula/STJ 440.

10. Writ não conhecido (HC 379.935/SP, Min. Rel. RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 3/3/2017).

Na terceira fase da dosimetria, verifica-se que a instância ordinária justificou a fração de 3/8 não pela mera indicação do número de majorantes, mas em fundamentação concreta reveladora da acentuada gravidade do delito, evidenciada pelo fato de um dos réus usar a arma de fogo, apontando-a na cabeça da vítima, além do segundo réu utilizar um canivete, ameaçando ferir as vítimas, circunstâncias que indicam o grau mais elevado de periculosidade e reprovabilidade da conduta, justificando o tratamento mais rigoroso adotado pelas instâncias ordinárias, em observância ao princípio da individualização da pena. Nesse sentido: HC 236.180/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 11/9/2013. No mesmo sentido, confiram-se:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO E FALSA COMUNICAÇÃO DE CRIME. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL UTILIZADA COMO FUNDAMENTO DA CONDENAÇÃO. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DO ART. 65, III, "D", DO CP. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N. 545/STJ. COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. PENAS REDUZIDAS. PLEITO DE INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 443/STJ. INAPLICABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA NA UTILIZAÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/2, NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA, PELAS MAJORANTES DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E DO CONCURSO DE AGENTES. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

– Com o reconhecimento da atenuante da confissão, de rigor sua compensação com a agravante da reincidência, nos termos do decidido no julgamento do EREsp n. 1.154.752/RS, ocorrido em 23/5/2012 (DJe 4/9/2012), segundo o qual é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal. Precedentes.

– Nos termos do disposto no enunciado n. 443 da Súmula desta Corte, o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de

majorantes.

– Na espécie, é de ser mantida a fração de aumento de 1/2, ante as majorantes do art. 157, § 2°, incisos I e II, do Código Penal, pois a Corte local fundamentou a fração acima do mínimo nas peculiaridades concretas do delito, quais sejam, ação praticada mediante o concurso de quatro agentes e com emprego de duas armas de fogo, o que demonstra a reprovabilidade concreta da conduta, a ensejar a necessidade uma maior resposta penal. Precedentes.

– Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida ex officio, apenas para reduzir as penas do paciente, em relação ao delito de roubo majorado, para 12 anos de reclusão e 30 dias-multa e, para o de falsa comunicação de crime, para 6 meses de detenção, mantidos os demais termos da condenação." (HC 420.127/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 13/11/2017).

HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONCURSO DE AGENTES. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA FASE. POSSIBILIDADE. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. É plenamente possível, diante do reconhecimento de várias causas de aumento de pena previstas no mesmo tipo penal, deslocar a incidência de algumas delas para a primeira fase, para fins de majoração da pena-base, desde que a reprimenda não seja exasperada, pelo mesmo motivo, na terceira etapa da dosimetria da pena e que seja observado o percentual legal máximo previsto pela incidência das majorantes.

2. A interpretação sistemática do artigo 68 do Código Penal e o escopo da individualização da pena permitem tal solução, pois, em detrimento de um rigor cronológico, deve ser permitido ao julgador movimentar-se dentro da tríplice operação indicada no Código Penal, consoante um critério de discricionariedade motivada.

3. No caso vertente, a valoração da causa especial de aumento atinente ao concurso de agentes ensejou o aumento da pena-base um pouco acima do mínimo legal (de 4 anos foi elevada para 4 anos e 4 meses de reclusão), quando, se considerada na terceira etapa da dosimetria da pena, poderia permitir o aumento da reprimenda de até metade.

*4. Habeas corpus não conhecido (*HC 265.098/DF, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 8/9/2014).

Portanto, merece reforma o acórdão recorrido, apenas para reconhecer a confissão espontânea do réu ALEX GONÇALVES DA SILVA, sem modificação na

quantidade da pena fixada na segunda fase.

Pelos mesmos motivos, inviabilizado o recurso pela alínea "c".

Diante do exposto, com fundamento na Súmula n. 568/STJ, dou parcial provimento ao recurso especial, apenas para reconhecer a confissão espontânea do primeiro recorrente, nos termos da fundamentação supra.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 11 de junho de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator