

Superior Tribunal de Justiça

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.422.275 - SP (2018/0344136-7)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
AGRAVANTE : MARCO ANTONIO MENDES
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
VANESSA MEDRADO DE SOUZA - DEFENSORA PÚBLICA -
SP301016
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APONTADA VIOLAÇÃO AO ART. 59, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL E AO ART. 387, § 2.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. QUESTÕES NÃO DELIBERADAS PERANTE O TRIBUNAL DE ORIGEM E SEQUER SUSCITADAS VIA EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N.ºs 282 E 356, AMBAS DO STF. DOSIMETRIA. SEGUNDA FASE. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 65, INCISO III, ALÍNEA D, CONJUGADA À DICÇÃO DO ART. 67, AMBOS DO CP. CONSTATAÇÃO. ATENUANTE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA NA FASE POLICIAL RETRATADA EM JUÍZO. RECONHECIMENTO INEQUÍVOCO DA TRAFICÂNCIA PELO AGENTE. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N.º 630/STJ. PERTINÊNCIA PARA FINS DE APENAMENTO. CONCURSO COM A CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. REDIMENSIONAMENTO DAS PENAS DEVIDO. AGRAVO CONHECIDO PARA CONHECER PARCIALMENTE DO RECURSO ESPECIAL E, NESSA EXTENSÃO, DAR-LHE PROVIMENTO.

DECISÃO

Trata-se de agravo em recurso especial interposto por MARCO ANTONIO MENDES contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que inadmitiu recurso especial manifestado contra acórdão prolatado na Apelação Criminal n.º 0013853-59.2015.8.26.0161.

Consta dos autos que o Agravante foi condenado, pelo Juízo singular, como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, à pena de 7 (sete) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, acrescida do pagamento de 777 (setecentos e setenta e sete) dias-multa. Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal estadual negou provimento.

Superior Tribunal de Justiça

No recurso especial, interposto com respaldo no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição da República, a Defesa sustenta, em síntese:

I. Contrariedade ao art. 59, *caput*, do Código Penal, ao argumento de que as "*condenações datadas de 1.981, 1.989, 1.992, 1.999, 2.001, 2.007 e 2009*" (fl. 434) não se prestam à negatивação da circunstância judicial relacionada aos "maus antecedentes", porquanto suplantam o prazo do período depurador de 5 (cinco) anos, estipulado no art. 64, inciso I, do referido diploma, em descompasso à vedação constitucional, já sinalizada pelo Pretório Excelso, de penas de caráter perpétuo. Dessa feita, pugna pelo redimensionamento da pena-base do Sentenciado ao mínimo legal;

II. Ofensa ao art. 65, inciso III, alínea *d*, associada à redação do art. 67, ambos do CP, sob a alegação de que a condenação imposta, pelas instâncias ordinárias, utilizou-se da confissão parcial revelada pelo Acusado, ainda que restrita à fase inquisitorial, motivo pelo qual deve essa atenuante ser compensada, "*na segunda etapa da dosimetria das reprimendas*" (fl. 437), com a agravante da "*reincidência*" (fl. 441);

III. Negativa de vigência ao art. 387, § 2.º, do Código de Processo Penal, pois "*a decisão recorrida, malgrado tenha imposto o regime inicial de cumprimento da pena fechado, deixou de analisar o tempo em que o recorrente se encontrava preso pelo crime que ora é-lhe imputado*" (fl. 450). Desse modo, requer a dedução do lapso em que segregado cautelarmente o Apenado, de modo a influir na fixação do regime prisional mais abrando.

Contrarrazões apresentadas às fls. 461-495.

A Corte de origem não admitiu o recurso especial, motivo pelo qual subiram os autos a este Superior Tribunal de Justiça por intermédio do presente agravo.

O Ministério Público Federal opinou pelo conhecimento do agravo para conhecer, parcialmente, do recurso especial e, nessa extensão, desprovê-lo (fls. 536-540).

É o relatório.

Decido.

Evidenciada a viabilidade do agravo, passa-se à análise do recurso especial.

De início, quanto à invocada violação ao art. 59, *caput*, do CP, bem como ao art. 387, § 2.º, do CPP, constata-se que tais questões, **sob os enfoques patrocinados**

Superior Tribunal de Justiça

na apelação e no recurso raro, não foram alvo de análise e deliberação pelo Colegiado bandeirante, tampouco suscitadas pela Defesa via aclaratórios, estando patente, desse modo, a ausência de prequestionamento. A propósito, assim dispõe a jurisprudência consolidada pelos Tribunais Superiores:

"Súmula n.º 356/STF – O ponto omissso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento."

Com efeito, necessário averbar que o efeito devolutivo dos recursos encontra limites nas razões anteriormente expendidas pelo Postulante, em respeito ao princípio da dialeticidade que rege sua extensão objetiva e por meio do qual se permite o exercício do contraditório, formal e material, às partes do processo, máxime observância cogente à clausula pétrea e fundamental do devido processo legal.

Dessa forma, não tendo os temas em comento sido previamente debatidos e deliberados pelo Tribunal ordinário, afigura-se inviável sua análise, nesta via especial, ante a incidência do óbice disposto nas Súmulas n.ºs 282 e n.º 356, ambas do STF, impeditivo ao conhecimento, por esta Corte, de matéria não prequestionada.

Nesse norte, este Tribunal Superior já sublinhou que, *"para que se configure o prequestionamento, há que se extrair do acórdão recorrido pronunciamento sobre as teses jurídicas em torno dos dispositivos legais tidos como violados, a fim de que se possa, na instância especial, abrir discussão sobre determinada questão de direito, definindo-se, por conseguinte, a correta interpretação da legislação federal, situação esta inócurre in casu [...]"* (AgRg no AREsp 554.944/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 01/02/2016; grifos diversos do original).

Na mesma direção:

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. [...] QUESTÃO SUSCITADA APENAS NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. APELAÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO. LIMITES. RAZÕES RECURSAIS. PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF.

[...]

Não obstante o efeito devolutivo próprio do recurso [...], é certo que tal efeito encontra limites nas razões recursais invocadas pelo

Superior Tribunal de Justiça

recorrente, sob pena de violação ao princípio da dialeticidade.

Ressalte-se, ainda, que nem sequer em matéria criminal está o Tribunal obrigado a se pronunciar sobre questão que não foi objeto de insurgência recursal.

5. Portanto, não tendo a tese [...] sido objeto de discussão e debate pelo Tribunal local, impende a aplicação, por analogia, dos Verbetes 282 e 356, ambos da Súmula do STF, pois carente do adequado e indispensável prequestionamento.

6. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 1.655.278/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 19/09/2017, DJe 27/09/2017; grifos diversos do original.)

Noutra perspectiva, acerca da ventilada violação ao art. 65, inciso III, alínea *d*, associada à redação do art. 67, válida a transcrição dos fundamentos utilizados pelo Juízo primevo ao quantificar as sanções impostas ao Sentenciado (fls. 331-333; grifos diversos do original):

"O acusado, por sua vez, confessou a venda da droga em sede policial, entretanto, na data de hoje, quando ouvido, negou os fatos, ressaltando que estava no local dos fatos e que o policial se aproximou oferecendo cinco reais para comprar drogas, que só tinha drogas para consumo próprio, mas iria vender e assim o policial o abordou. [...] Assim pelas provas colhidas, restou devidamente comprovado que o réu guardava entorpecentes consigo para fins de tráfico, sendo de rigor a procedência da ação. Diferente do alegado pela Defesa técnica, não houve qualquer confissão, pois o acusado apenas optou por uma versão diversa daquela descrita na exordial acusatória, não havendo, portanto, que se falar em confissão. [...]"

Em sendo assim, fixo-lhe a pena base um pouco acima do mínimo legal, qual seja, 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa, de valor unitário mínimo. 2ª FASE: presente a agravante da reincidência, majoro a pena intermediária em 1/6, passando a dosá-la em 07 (sete) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 777 (setecentos e setenta e sete) dias-multa, 3ª FASE: inaplicável o redutor do art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006, tendo em vista os maus antecedentes e a reincidência, razão pela qual as penas são definitivamente fixadas em 07 (sete) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão e ao pagamento de 777 (setecentos e setenta e sete) dias-multa, calculada no mínimo legal, cujo regime inicial de cumprimento será o FECHADO."

Por sua vez, o Tribunal estadual, ao desprover o apelo defensivo, explicitou (fls. 415-418; grifos diversos do original):

"Em ambas as fases, MARCO confessou a prática delitiva [...]"

Superior Tribunal de Justiça

*No mais, não há se falar em cômputo da confissão espontânea, pois essa **atenuante só deve ser concedida se ajudar no esclarecimento dos fatos investigados** (Súmula n.º 545, do STJ). Aliás, a confissão levada a efeito por MARCO não poderia, mesmo, repercutir na fixação da pena."*

Sobre o tema em comento, esta Corte Superior editou, recentemente, a Súmula n.º 630/STJ, fundada no entendimento de que a *"incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes **exige o reconhecimento da traficância** pelo acusado, não bastando a mera admissão da posse ou propriedade para uso próprio."* (grifos diversos do original).

Na espécie, conforme consignado na sentença, Marco *"**confessou a venda da droga em sede policial**, entretanto, em juízo, quando ouvido, negou os fatos, ressaltando que estava no local dos fatos e que o policial se aproximou oferecendo cinco reais para comprar drogas, que só tinha drogas para consumo próprio, mas **iria vender e assim o policial o abordou**."* Assim, *"**pelas provas colhidas**"* aos autos, reputou o Julgador *"**devidamente comprovado que o réu guardava entorpecentes consigo para fins de tráfico**, sendo de rigor a procedência da ação."* (fls. 331 e 332; grifos diversos do original.)

Da compreensão dos trechos destacados, verifica-se que acórdão recorrido está em dissonância ao entendimento propalado pelo Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria, no sentido de que a atenuante da confissão espontânea, estipulada no art. 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal, **deve ser reconhecida**, na segunda etapa da dosimetria da pena, ainda que o agente a tenha revelado, no decorrer da persecução criminal, de forma **parcial** ou qualificada, ainda que 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 da Súmula n.º 545/STJ.

Nesse norte:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. [...] DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO PISO LEGAL. CULPABILIDADE, CONDUTA SOCIAL E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. MOTIVAÇÃO IDÔNEA DECLINADA. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA QUALIFICADA. SÚMULA 545/STJ. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

Superior Tribunal de Justiça

[...]

8. *No que se refere à segunda fase do critério trifásico, a atenuante da confissão espontânea deve ser reconhecida, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, quando a manifestação do réu for utilizada para fundamentar a sua condenação, o que se infere na hipótese dos autos. Deveras, a teor da Súmula 545/STJ, [...] deve ser reconhecida a incidência da atenuante do art. 65, III, d, do Código Penal.*

9. Writ não conhecido. Habeas corpus concedido, de ofício, para [...] ser reconhecida a incidência da atenuante da confissão espontânea." (HC 449.745/MA, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2018, DJe 15/08/2018; grifos diversos do original.)

"**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. [...] VIOLAÇÃO DOS ARTS. 65, III, D, E 67, AMBOS DO CP. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E PARCIAL. UTILIZAÇÃO COMO SUPORTE DA CONDENAÇÃO. ATENUAÇÃO OBRIGATÓRIA. OMISSÃO. VERIFICAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA.**

1. *Tanto na sentença condenatória, como no combatido aresto, foi reconhecida a **confissão parcial** do embargado. O não reconhecimento da atenuante da confissão espontânea revela-se em dissonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.*

2. *Nos casos em que a confissão do acusado servir como **um** dos fundamentos para a condenação, deve ser aplicada a atenuante em questão, **pouco importando se a confissão foi** espontânea ou não, **se foi total ou parcial, ou mesmo se foi realizada só na fase policial, com posterior retratação em juízo.***

3. *A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a confissão, ainda que parcial, ou mesmo qualificada – em que o agente admite a autoria dos fatos, alegando, porém, ter agido sob o pálio de excludentes de ilicitude ou de culpabilidade –, deve ser reconhecida e considerada para fins de atenuar a pena. Precedentes. HC n. 350.956/SC, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 15/8/2016).*

4. *Embargos de declaração rejeitados." (EDcl no AgRg no REsp 1.710.957/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 06/06/2018; grifos diversos do original.)*

De tal modo, o reconhecimento da circunstância atenuante da confissão espontânea, ainda que retratada em juízo, é medida que se impõe.

De tal sorte, como é possível, segundo entendimento preconizado pela Terceira Seção deste Tribunal Superior, a compensação **integral** da agravante da reincidência, **ainda que específica**, com a atenuante da confissão espontânea, na segunda fase da dosimetria da pena, por serem – nos moldes do art. 67 do CP – circunstâncias

Superior Tribunal de Justiça

subjettivas, relacionadas à personalidade do agente, com simétrica preponderância.

Nesse norte:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO [...] NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. [...] CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS.

[...]

3. A Terceira Seção desta Corte possui o entendimento de que, ainda que o acusado seja reincidente específico, é possível a compensação integral da agravante da reincidência (específica) com a atenuante da confissão espontânea.

4. Embargos de declaração acolhidos, sem, no entanto, conferir efeitos infringentes ao julgado, nos termos do voto do relator." (EDcl nos EDcl no AgrRg no HC 252.863/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 23/05/2019; grifos diversos do original.)

"HABEAS CORPUS. [...] DOSIMETRIA. SEGUNDA ETAPA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. COMPENSAÇÃO. [...] AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. REGIME PRISIONAL FECHADO. REINCIDÊNCIA.

[...]

3. A 3ª Seção desta Corte Superior de Justiça, ao examinar os EREsp n. 1.154.752/RS, firmou o entendimento de que, por serem igualmente preponderantes, é possível a compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea.

4. No julgamento do HC 365.963/SP, a 3ª Seção entendeu que a reincidência específica pode ser integralmente compensada com a confissão espontânea. [...]" (HC 488.709/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 07/05/2019; grifos diversos do original.)

Nesse contexto, definida a pena-base do Apenado em 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, acrescida de 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa, e ao se sopesar, pela mesma razão de "1/6" (fl. 333), a circunstância atenuante da confissão, positivada no art. 65, inciso III, alínea *d*, com a agravante prevista no art. 61, inciso I, ambos do CP, na segunda fase dosimétrica, tal apenamento se mantém em definitivo, à míngua de outras causas modificativas.

Ante o exposto, CONHEÇO do agravo para CONHECER PARCIALMENTE do recurso especial e, nessa extensão, DAR-LHE PROVIMENTO, a fim de realinhar, em definitivo, o apenamento imposto ao Agravante a 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, acrescida de 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa, nos

Superior Tribunal de Justiça

contornos acima demonstrados, mantido o aresto recorrido nos demais termos.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 08 de outubro de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora

