

RECURSO ESPECIAL Nº 1.820.995 - SP (2019/0177525-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
RECORRENTE : **DIOGO RODRIGUES DA SILVA (PRESO)**
ADVOGADOS : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
THIAGO MONTEIRO PEREIRA - DEFENSOR PÚBLICO -
SP246545
RECORRIDO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por **DIOGO RODRIGUES DA SILVA**, com fulcro no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento à apelação defensiva e manteve na íntegra a sentença condenatória.

Em suas razões, a Defensoria Pública sustenta violação aos arts. 65, III, "d" e 67, ambos do Código Penal. Sustenta ilegalidade no acórdão recorrido haja vista que o Tribunal não reconheceu a circunstância atenuante da confissão e, ainda, não compensou com a agravante da reincidência.

Contrarrazões apresentadas (e-STJ, fls. 255-262).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso (e-STJ, fls. 275-278).

É o relatório.

Decido.

No que tange à atenuante da confissão, este Superior Tribunal tem assentado 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 (HC 337.797/MA, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 18/2/2016, DJe 29/2/2016).

A matéria, inclusive, encontra-se sumulada, consoante o enunciado 545/STJ, que dispõe: "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."

O Tribunal local assim se manifestou com relação à matéria:

"Não há que se falar em reconhecimento da circunstância atenuante da confissão espontânea, e muito menos sua 'compensação' com a agravante da reincidência.

Isso porque o réu admitiu apenas parcialmente a prática do delito, uma vez que afirmou que não retirou a bateria do caminhão e nem rompeu o cadeado.

E a confissão parcial não é suficiente para se reconhecer como circunstância atenuante genérica, isto porque evidentemente objetivou algum benefício. A confissão espontânea tem que ser plena para valer como tal." (e-STJ, fls. 233-234)

E, assim fundamentou sua decisão o Juiz de primeiro grau:

"Da mesma forma, a autoria criminosa evidenciou-se. Silente na fase policial, o réu admitiu em juízo que realmente pretendia furtar a bateria do caminhão, mas negou ter rompido o cadeado, afirmando que já o encontrou aberto. Negou houvesse corrente. Contou que já foi processado por tráficos, roubo, furto, estelionato. Não conhecia os policiais que o detiveram anteriormente. A moto está em nome de sua mãe e dela fazia uso para entregar pizzas.

[...]

Não há confissão a considerar, visto que o réu confessou apenas em parte. Negou o rompimento do cadeado e da corrente que a vítima havia colocado para evitar furtos. A confissão foi parcial e destinada a alterar a verdade sobre os fatos." (e-STJ, fls 158-160).

Na hipótese dos autos, conforme se infere dos trechos acima transcritos, verifica-se que o magistrado processante olvidou-se de reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea do réu na segunda etapa do procedimento dosimétrico, em razão de ter sido na forma qualificada. A confissão, contudo, foi utilizada para fundamentar a condenação, restando evidenciada, pois, a ocorrência de flagrante ilegalidade.

Com efeito, nos moldes da Súmula 545/STJ, a atenuante da confissão espontânea deve ser reconhecida, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, seja ela judicial ou extrajudicial, e mesmo que o réu venha dela se retratar, quando a manifestação for utilizada para fundamentar a sua condenação, como no caso em análise.

A fim de corroborar tal entendimento, estabelecem os seguintes precedentes:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONFISSÃO PARCIAL. ATENUANTE CONFIGURADA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RÉU MULTIRREINCIDENTE. COMPENSAÇÃO PARCIAL. DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. ART. 563 DO CPP. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVOS REGIMENTAIS NÃO PROVIDOS.

1. Se a confissão do acusado foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, deve incidir a atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal, sendo irrelevante o fato de a confissão ter sido espontânea ou não, total ou parcial, ou mesmo que tenha havido posterior retratação. Inteligência da Súmula n. 545 do STJ.

2. Não é possível realizar a compensação integral entre a confissão e a reincidência, ante a multirreincidência do réu.

3. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que o reconhecimento de nulidade, relativa ou absoluta, exige a indicação em tempo oportuno e a demonstração do prejuízo, a teor do art. 563 do Código de Processo Penal.

4. 'A pena-base deve ser sempre fixada dentro das balizas estabelecidas pelo legislador, sendo defeso ao Juiz, mesmo quando as circunstâncias judiciais do art. 59 forem favoráveis ao réu, fixá-la

abaixo do limite mínimo previsto na norma penal incriminadora' (REsp n. 212.237/GO, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, 5ª T., DJ 5/3/2001).

5. Agravos regimentais não providos." (AgInt no REsp 1.661.261/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 3/8/2017, DJe 10/8/2017, grifou-se).

Destaque-se, ainda, que 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".

Eis a ementa do referido julgado:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPC). PENAL. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.

2. Recurso especial provido." (REsp 1.341.370/MT, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/04/2013, DJe 17/04/2013.)

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.

Na situação dos autos, não há nenhuma menção de que o réu seja multirreincidente, circunstância específica, utilizada por esta Corte, para sopesar, de modo diferenciado, a aplicação dos institutos em comento.

A propósito, confira-se:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO QUALIFICADO. REINCIDÊNCIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. RESP. 1.341.370/MT. MULTIRREINCIDÊNCIA OU REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA NÃO COMPROVADAS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Não há falar em não conhecimento do recurso especial. Este ficou sobrestado na origem aguardando o julgamento do recurso representativo de controvérsia REsp. 1.341.370/MT. Após, retornou ao colegiado de origem, para o cumprimento do disposto no inciso II do § 7º do art. 543-C do CPC. Mantida a decisão divergente pelo Tribunal a quo, foi realizado o juízo de admissibilidade do recurso especial e encaminhados os autos a esta Corte, tudo em conformidade

com o art. 543-C, § 8º, do CPC.

2. À exceção de condenados multirreincidentes ou reincidentes específicos, quando poderá haver uma ponderação diferenciada entre a reincidência e a confissão espontânea, forçosa a incidência da orientação pacífica desta Corte, firmada em recurso representativo de controvérsia, segundo a qual é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação integral da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal (REsp. 1.341.370/MT, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 17/4/2013).

3. Agravo Regimental desprovido." (AgRg no REsp 1.541.308/RO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 29/02/2016)

Sendo assim, é impositiva a incidência da referida compensação, devendo, portanto, ser afastada a majoração da pena levada a efeito na segunda fase da dosimetria.

Passo, portanto, à nova dosimetria da pena.

A partir dos parâmetros estabelecidos no acórdão recorrido, fixo a pena-base em 2 anos e 4 meses de reclusão. Na segunda fase, reconheço a compensação entre a atenuante da confissão e a agravante da reincidência. Na terceira fase, ausentes causas de aumento e diminuição, torno a pena definitiva em 2 anos e 4 meses de reclusão.

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, III, do Regimento Interno do STJ, **dou provimento** ao recurso especial para determinar a compensação da atenuante da confissão com a agravante da reincidência e condenar o recorrido a pena de 2 anos e 4 meses de reclusão, mantido no mais, o acórdão condenatório.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator