

RECURSO ESPECIAL Nº 1.847.135 - SP (2019/0331000-0)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

RECORRENTE : CLEBER DA CONCEIÇÃO

**ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LEANDRO DE CASTRO GOMES - DEFENSOR
PÚBLICO - MG110528**

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

CLEBER DA CONCEIÇÃO interpõe recurso especial, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** na Apelação Criminal n. 1500324-75.2018.8.26.0618.

Nas razões recursais, a defesa pretende a redução da pena. Para tanto, aponta a violação do art. 65, III, "d", do Código Penal, ao argumento de que o recorrente faz jus ao reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, bem como à sua compensação com a reincidência.

Apresentadas as contrarrazões e admitido o recurso, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo seu provimento.

Decido.

Observo que o recurso especial **suplanta o juízo de prelibação**, haja vista a ocorrência do necessário prequestionamento, além de estarem presentes os demais pressupostos de admissibilidade do recurso especial (cabimento, legitimidade, interesse, inexistência de fato impeditivo, tempestividade e regularidade formal), razões pelas quais avanço na análise de mérito da controvérsia.

No caso, o Juiz de primeiro grau, no que foi corroborado pela Corte estadual, não obstante haver registrado na sentença que, "em juízo, o réu disse que tem 38 anos, [...] **confessa que praticou esse delito**. Estava sob efeito das drogas. [...] Estava com dois facões. Em nenhum momento tirou-os da cintura. Só falou que era um assalto, que ele perdeu, mas não tirou a faca da cintura, só mostrou o cabo para intimidá-lo" (fl. 157, grifei).

No entanto, o Magistrado deixou de reconhecer a atenuante, pois **"a confissão foi parcial**, por isso não atenua a pena, pois o réu negou tenha usado a arma branca para a prática do crime, alegando que apenas indicou estar armado, o que não corresponde à verdade. **Limitou-se a admitir a subtração**, já fartamente demonstrada pelo conjunto probatório" (fl. 164, destaquei).

Esta Corte Superior possui o entendimento de que, se a confissão do acusado foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, deve incidir a atenuante, sendo irrelevante o fato de a confissão ter sido espontânea ou não, total ou parcial, ou mesmo que tenha havido posterior retratação. Dessa forma, verifico a ilegalidade que estaria sendo vítima o recorrente, haja vista que a confissão realizada na fase judicial foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, **devendo incidir a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal**.

Nesse sentido foi editada a Súmula n. 545 do STJ, *verbis*: "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".

Ademais, este Superior Tribunal havia consolidado o entendimento de que a compensação da confissão espontânea com a agravante genérica da reincidência deveria "atender a certos parâmetros, como a espécie, a natureza e os graus de reincidência, sob pena de violação aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade" (**AgRg no REsp 1.356.527/DF**, Rel. Ministro **Marco Aurélio Bellizze**, 5ª T., DJe 25/9/2013). Vários foram os precedentes que **não permitiam a compensação entre a confissão e a reincidência, quando a recidiva do réu for específica e/ou numerosa**, por evidenciar maior reprovabilidade da conduta. Nesse sentido:

[...]

3. No julgamento do Resp n. 1.341.370/MT, a Terceira Seção deste Superior Tribunal reafirmou o entendimento de que, observadas as peculiaridades de cada caso, 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. A compensação, no

entanto, deve atender a certos parâmetros, como a espécie, a natureza e os graus de reincidência.

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

[...]

8. Ordem não conhecida.

(HC n. 309.243/SP, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, 6ª T., DJe 11/9/2015, destaquei).

Contudo, em sessão realizada em 11/10/2017, a Terceira Seção desta Corte Superior, por ocasião do julgamento do **HC n. 365.963/SP**, Rel. Ministro Felix Fischer, decidiu, em acórdão pendente de publicação, **ser possível a integral compensação da atenuante da confissão espontânea com a reincidência específica.**

Assim, constato que não há óbice à compensação integral entre a confissão espontânea e a agravante da reincidência, ainda que específica, pois não foi indicado no acórdão impugnado a existência de múltiplas condenações a título de reincidência.

Identificada a violação do art. 65 do Código Penal, passo à readequação da pena.

Respeitados os critérios adotados pelas instâncias antecedentes, verifico que a pena-base foi estabelecida 1/6 acima do mínimo, pelos maus antecedentes, em 4 anos e 8 meses de reclusão, mais 11 dias-multa. Na segunda etapa, a pena foi elevada em 1/5 pela reincidência. Reconhecida a confissão espontânea, realizo a compensação integral entre ambas, o que mantém a pena inalterada. Na última fase, ausentes causas de aumento e de diminuição, a reprimenda é, definitivamente, estabelecida em **4 anos e 8 meses de reclusão mais 11 dias-multa.**

À vista do exposto, com fundamento no art. 932, V, "a", do CPC, c/c o art. 34, XVIII, "c", do RISTJ, **dou provimento ao recurso especial**, a fim de reconhecer a confissão espontânea e compensá-la integralmente com a reincidência, redimensionando a pena para **4 anos e 8 meses de reclusão, mais 11 dias-multa.**

Publique-se e intimem-se.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Relator