

RECURSO ESPECIAL Nº 1.744.015 - SP (2018/0126702-7)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
RECORRENTE : WALACE ROBERTO DA SILVA
ADVOGADOS : MARICY REHDER COELHO CAMARA - DEFENSORA PÚBLICA - SP156550
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por WALACE ROBERTO DA SILVA, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição da República, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Depreende-se dos autos que o recorrente foi condenado, como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, à pena de 8 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais pagamento de 20 dias-multa.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, que foi desprovido pelo Tribunal *a quo*, mantendo-se integralmente a condenação.

Daí o presente recurso, no qual a defesa alega violação ao art. 226 do Código de Processo Penal e aos arts. 65, III, *d*, e 33, § 2º, *b*, ambos do Código Penal. Postula a nulidade do reconhecimento realizado apenas em fase policial, sem o crivo do contraditório, a incidência da confissão, ainda que qualificada, e sua compensação com a reincidência e a fixação de regime menos gravoso.

Contrarrazões apresentadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo parcial provimento do recurso, para que se aplicasse a atenuante da confissão (e-STJ fls. 415/417).

É, em síntese, o relatório.

Decido.

Inicialmente, acerca do reconhecimento fotográfico, verifico do exame do acórdão recorrido que existem fundamentos não atacados especificamente pela defesa nas razões recursais – importância e validade da palavra da vítima nos casos de roubo,

não comprovação de nulidade, pela defesa, no reconhecimento feito na delegacia, reconhecimento devidamente elaborado e assinado por duas testemunhas, colocação do réu, quando do procedimento, ao lado de outras pessoas (e-STJ fls. 234/241) – e que são suficientes à manutenção do acórdão recorrido. Desse modo, incide, no ponto, a Súmula n. 283/STF.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 370, § 1º, DO CPP. (I) - ACÓRDÃO ASSENTADO EM MAIS DE UM FUNDAMENTO SUFICIENTE. RECURSO QUE NÃO ABRANGE TODOS ELES. SÚMULA 283/STF. (II) - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Verificando-se que o v. acórdão recorrido assentou seu entendimento em mais de um fundamento suficiente para manter o julgado, enquanto o recurso especial não abrangeu todos eles, aplica-se, na espécie, o enunciado 283 da Súmula do STF.

2. Segundo a legislação processual penal em vigor, é imprescindível quando se trata de nulidade de ato processual a demonstração do prejuízo sofrido, em consonância com o princípio pas de nullité sans grief, o que não ocorreu na espécie.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1.597.699/SC, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 12/09/2016.)

Ademais, ainda que se ultrapassasse tal óbice, ao contrário do alegado pela defesa, o Tribunal de origem assentou que o reconhecimento do réu pela vítima foi efetivamente confirmado por ela em juízo e com riqueza de detalhes e infirmar tal conclusão atrairia a incursão no material fático-probatório dos autos, procedimento defesa nos termos da Súmula n. 7/STJ.

No entanto, assiste razão ao recorrente no que diz respeito à incidência *in casu* da atenuante da confissão.

Na hipótese, o Tribunal de origem deixou de aplicar a atenuante ao argumento de que se tratava de confissão qualificada. Ora, no caso dos autos, verifica-se que o réu, de fato, ainda que agregando elementos que afastavam a ilicitude da conduta, confessou a prática do crime que lhe foi imputado, fornecendo dados que corroboraram a

condenação.

Assim sendo, não há empecilho à aplicação da atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal, considerando que esta Corte Superior de Justiça assentou a orientação de que mesmo a confissão qualificada permite a sua incidência.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ROUBO. DOSIMETRIA DA PENA. CONFISSÃO QUALIFICADA. INCIDÊNCIA. SÚMULA 545/STJ.

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).

2. Em que pesem precedentes em sentido contrário, a recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido de que mesmo a chamada confissão qualificada, na qual o agente agrega à confissão teses defensivas descriminantes ou exculpantes, pode ensejar o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, III, alínea d, do Código Penal (HC n. 306.785/MS, Ministro Felix Fisher, Quinta Turma, DJe 3/3/2015).

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 281.731/RJ, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 25/11/2016.)

Ademais, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC n. 365.963/SP, firmou o entendimento de que mesmo a reincidência específica pode ser integralmente compensada com a atenuante da confissão. Confira-se a ementa do julgado, *in verbis*:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO SIMPLES. DOSIMETRIA. CONFISSÃO PARCIAL. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE. SÚMULA 545/STJ. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. ÚNICA CONDENAÇÃO. POSSIBILIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO DE AUMENTO. MOTIVAÇÃO CONCRETA. REGIME INICIAL FECHADO. REINCIDÊNCIA E QUANTUM DE PENA APLICADA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DETRAÇÃO. MATÉRIA NÃO ENFRENTADA NO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

III - Na espécie, a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal, independe se a confissão foi integral ou

Superior Tribunal de Justiça

parcial, especialmente quando utilizada para fundamentar a condenação. Incidência da Súmula n. 545/STJ.

IV - A col. Terceira Seção deste eg. Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.341.370/MT (Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 17/4/2013), firmou entendimento segundo o qual "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência." V - Na hipótese, não obstante seja o paciente reincidente específico, entendo que podem ser compensadas a agravante da reincidência (específica) com a atenuante da confissão espontânea, mormente se considerada a ausência de qualquer ressalva no entendimento firmado por ocasião do julgamento do recurso especial repetitivo sobre o tema.

VI - A fração de aumento decorrente da continuidade delitiva foi fixada em 1/5 (um quinto) com base em elementos concretos e de acordo com a jurisprudência desta Corte sobre o tema, inexistindo flagrante ilegalidade ou desproporcionalidade na majoração da reprimenda.

VII - Ainda que estabelecida a pena-base no mínimo legal, sendo o paciente reincidente e fixada a pena em 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 19 (dezenove) dias de reclusão, o regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da sanção, nos termos do art. 33, § 2º, 'b', do Código Penal.

VIII - A eventual possibilidade de aplicação do § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal não foi enfrentada pelo Tribunal de origem, sendo inviável sua análise neste Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para reconhecer a atenuante da confissão espontânea e compensá-la com a agravante da reincidência, redimensionando a pena do paciente para 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 19 (dezenove) dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação. (HC 365.963/SP, relator Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/10/2017, DJe 23/11/2017.)

Noutra senda, verifico flagrante ilegalidade cometida pelo Tribunal *a quo* ao elevar a pena-base, de modo que necessária, no item, a concessão de *habeas corpus* de ofício.

De fato, recentemente, a Sexta Turma aderiu ao entendimento de que ***"as diversas condenações pretéritas devem ser atreladas apenas aos maus antecedentes, afastando a valoração negativa da conduta social e da personalidade do réu, na primeira fase da dosimetria da pena"*** (AgRg no HC n. 377.016/SC, relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 4/12/2018, DJe de 14/12/2018, grifei).

No mesmo sentido dessa orientação, citam-se:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. RECEPÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 59 DO CP. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVADA. CONDUTA SOCIAL. FUNDAMENTO INIDÔNEO. SUPORTE EM CONDENAÇÕES ANTERIORES. AFASTAMENTO QUE SE IMPÕE. PREVALÊNCIA DO VOTO DO RELATOR, OUTRORA VENCIDO NO JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO.

1. Na análise das circunstâncias judiciais, assim se pronunciou o Magistrado singular: quanto à conduta social do réu, a condenação transitada em julgado de fl. 107 revela que o mesmo tem dificuldade em obedecer às regras de convívio social e faz do crime um meio de vida, comportamento que se constitui uma mácula do indivíduo em meio à sociedade em que vive.

2. No voto condutor do acórdão da apelação, constam os seguintes fundamentos: quanto à valoração negativa da conduta social, o fato de reiterar na prática delitiva (fl. 107) demonstra, suficientemente, o desajuste de comportamento do réu junto à comunidade em que inserido, especialmente porque tal comportamento não foi avaliado com base nos mesmos fundamentos fáticos empregados pelo Magistrado para demonstrar que se trata de acusado com maus antecedentes.

3. A conduta social retrata a avaliação do comportamento do agente no convívio social, familiar e laboral, perante a coletividade em que está inserido. Assim, a valoração negativa da vetorial conduta social com base em condenações definitivas por fatos anteriores é ilegal, pois estas se prestariam ao sopesamento negativo da circunstância judicial relativa aos antecedentes. Isso porque a Lei n. 7.209, de 1984, a par do vetor antecedentes, inseriu a circunstância judicial da conduta social no caput do art. 59 do CP, o que impõe regramento próprio diante da diversidade na base fática (HC n. 457.039/SC, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 7/11/2018).

4. A jurisprudência da Quinta Turma desta Corte Superior passou a entender que as diversas condenações pretéritas devem ser atreladas apenas aos maus antecedentes, afastando a valoração negativa da conduta social e da personalidade do réu, na primeira fase da dosimetria da pena. Precedente. (AgRg no HC n. 377.016/SC, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 14/12/2018).

5. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1.781.659/DF, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 12/03/2019, grifei.)

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. PERSONALIDADE DO AGENTE. VALORAÇÃO NEGATIVA COM BASE EM CONDENAÇÃO ANTERIOR TRANSITADA EM JULGADO.

FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. O Tribunal a quo não apresentou motivação idônea para valorar negativamente a vetorial da personalidade na primeira fase de dosimetria da pena, haja vista que, para tanto, considerou tão somente a existência de "condenação transitada em julgado por fato anterior".

2. Filio-me ao entendimento segundo o qual a existência de condenações definitivas anteriores não se presta a fundamentar o aumento da pena-base como personalidade voltada para o crime.

3. A exasperação da pena pela consideração desfavorável do vetor da personalidade deve ser realizada com fundamentos próprios e diversos daquela relativa aos antecedentes - como não poderia deixar de ser, tendo em vista que esses vetores foram previstos distintamente pelo legislador no art. 59, caput, do Código Penal. Aquela deve ser aferida a partir de uma análise pormenorizada, com base em elementos concretos extraídos dos autos, acerca da insensibilidade, desonestidade e modo de agir do criminoso para a consumação do delito, enquanto esta deve ser analisada considerando-se o seu histórico criminal. Referidos vetores, portanto, não se confundem.

4. O legislador conferiu ao julgador maior discricionariedade - mesmo que ainda vinculada aos parâmetros legais - ao não prever um quantum mínimo ou máximo para a exasperação da pena-base. Cabe à prudência do (da) Magistrado (a) fixar, com a devida fundamentação e dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais, o patamar que entender mais adequado e justo ao caso concreto.

5. Com o permissivo da lei, é legítimo que o (a) Magistrado (a), na hipótese de haver mais de uma condenação transitada em julgado em desfavor do réu, eleve a pena, por exemplo, acima do patamar de 1/6 (um sexto), tendo em vista que a existência de múltiplas sentenças penais definitivas denotam que seus antecedentes lhe são mais desfavoráveis. Respeita-se, concomitantemente, o princípio da legalidade e da individualização da reprimenda. Precedentes.

6. Ante o exposto, CONCEDO a ordem de habeas corpus a fim de reformar o acórdão impugnado tão somente para decotar, na primeira fase de dosimetria, a valoração negativa da circunstância judicial referente à personalidade, ficando a pena final quantificada em 8 (oito) anos, 3 (três) meses e 16 (dezesseis) dias de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 20 (vinte) dias-multa. (HC 472.654/DF, relatora Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 11/03/2019, grifei.)

Assim, a condenação que gerou a reincidência não poderia ter sido utilizada na primeira fase para desfavorecer a personalidade e tal vetor deve ser tido como favorável.

Redimensiono, assim, a reprimenda.

Superior Tribunal de Justiça

Na primeira fase fica a pena-base estabelecida no mínimo de 4 anos de reclusão e 10 dias-multa, pelo afastamento do vetorial personalidade.

Na segunda etapa, reconhecida a confissão espontânea e a reincidência, elas se compensam; a pena fica no mínimo de 4 anos de reclusão e 10 dias-multa.

E, no última estágio, mantida a elevação em 1/3 pela majorante, alcança a reprimenda o patamar definitivo de **5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa**, ante a inexistência de outras causas de aumento ou diminuição.

Por fim, quanto ao regime, em que pese ao *quantum* de pena, correta a fixação do regime fechado, tendo em vista a reincidência do recorrente.

Ante o exposto, **conheço parcialmente do recurso especial e, nessa parte, dou-lhe parcial provimento, concedo, ainda, *habeas corpus* de ofício**, para redimensionar a pena, nos termos ora delineados.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 23 de março de 2020.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator