



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 325.163 - SP (2015/0124691-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : SERGIO AFONSO MENDES
ADVOGADO : SÉRGIO AFONSO MENDES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALAN CESAR DE OLIVEIRA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 121, § 2.º, II E IV, C.C. ART. 14, II, DO CÓDIGO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. VIA INADEQUADA. (2) CONFISSÃO QUALIFICADA. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE. POSSIBILIDADE. (3) REDUÇÃO PELA TENTATIVA. *ITER CRIMINIS*. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. (4) CRIME HEDIONDO. FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. § 1.º DO ARTIGO 2.º DA LEI 8.072/90 DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF NO HC 111.840/ES. (5) AFERIÇÃO *IN CONCRETO* ACERCA DA EVENTUAL MODIFICAÇÃO DO REGIME INICIAL DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. (6) NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de revisão criminal, inviável o seu conhecimento.

2. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de que a confissão qualificada, isto é, aquela na qual o agente agrega teses defensivas discriminantes ou exculpantes, enseja a aplicação da atenuante prevista na alínea "d" do inciso III do artigo 65 do Código Penal. *In casu*, o magistrado identificou a confissão do paciente como qualificada, portanto, de rigor a aplicação da circunstância atenuante.

3. A Corte estadual utilizou, no tocante ao *quantum* de redução pela tentativa, o critério do *iter criminis* percorrido, em perfeita consonância com a jurisprudência deste Sodalício. Inviável, pois, nesta sede, a inversão do decidido, haja vista que vedado o exame aprofundado das provas.

4. É pacífica a compreensão neste Sodalício de que a obrigatoriedade do regime inicial fechado prevista na Lei de Crimes Hediondos foi superada pela Suprema Corte, de modo que a mera natureza do crime não configura fundamentação idônea a justificar a fixação do regime mais gravoso.

5. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso *sub judice*, no tocante ao regime inicial de cumprimento da pena, uma vez que o magistrado não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reconhecer a atenuante da confissão e, por conseguinte, reduzir a pena do paciente para 8 (oito) anos de reclusão, bem como para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado (art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.078/90), o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a eventual possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 23 de junho de 2015(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 325.163 - SP (2015/0124691-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : SERGIO AFONSO MENDES
ADVOGADO : SÉRGIO AFONSO MENDES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALAN CESAR DE OLIVEIRA (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ALAN CESAR DE OLIVEIRA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 0012489-11.2012.8.26.0047).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito previsto no art. 121, § 2.º, II e IV, c.c. art. 14, II, do Código Penal.

Inconformados, a Defesa e o Ministério Público interpuseram recurso de apelação. O Tribunal de origem deu provimento ao apelo defensivo para reduzir o aumento decorrente da agravante (segunda qualificadora) e deu provimento ao recurso ministerial para fixar a redução de um 1/3 em razão da tentativa, resultando a pena de 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, nos termos da seguinte ementa:

APELAÇÃO - HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO TENTADO - RECURSO DEFENSIVO DECISÃO DO JÚRI MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA Á PROVA DOS AUTOS. MANTIDA A SOBERANIA DO CONSELHO DE SENTENÇA. RECURSO PROVIDO EM PARTE PARA REDUZIR ACRÉSCIMO EM FACE DA SEGUNDA QUALIFICADORA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA FIXAR A FRAÇÃO MÍNIMA (UM TERÇO) EM RAZÃO DA TENTATIVA CRUENTA. RECURSO PROVIDO. PENAS REDIMENCIONADAS PARA NOVE ANOS E QUATRO MESES DE RECLUSÃO (fl. 9).

No presente *mandamus*, alega o impetrante que o paciente sofre constrangimento ilegal em razão do não reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.

Destaca que o paciente, ao ser interrogado "confessou que realmente agrediu fisicamente PAULO THIAGO, e, em nenhum momento disse que agrediu para se defender - não confessou em auto defesa" (fl. 3).

Defende que não houve confissão qualificada.

Aponta ilegalidade quanto a fixação do patamar de redução pela tentativa, argumentando que "embora tenha a conduta do paciente provocado risco à vida da vítima -



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aliás próprio da tentativa de morte - essa situação é consequência natural da agressão praticada e é o que ocorre quando se atinge o corpo humano" (fl. 5).

Pondera que "a vítima ficou internada por 8 dias, mas recuperou-se sem nenhuma seqüela" (fl. 5).

Afirma que a redução deve ser de 2/3, ou, caso assim não se entenda, que seja mantida a redução fixada pelo Magistrado de primeira instância (metade).

Atendidos os demais pleitos, entende que a pena será reduzida para 8 anos ou menos, razão pela qual será possível o estabelecimento do regime inicial semiaberto.

Requer, liminarmente e no mérito, seja reconhecida a atenuante da confissão, seja alterado o *quantum* de redução pela tentativa, nos termos acima expostos, bem como seja modificado o regime inicial de cumprimento de pena para o semiaberto.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 332-33.

As informações foram juntadas às fls. 36-37 e 39-48.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 52-57, da lavra da Subprocuradora-Geral da República Célia Regina Souza Delgado, opinando pelo parcial conhecimento e, nessa extensão, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 325.163 - SP (2015/0124691-0)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 121, § 2.º, II E IV, C.C. ART. 14, II, DO CÓDIGO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. VIA INADEQUADA. (2) CONFISSÃO QUALIFICADA. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE. POSSIBILIDADE. (3) REDUÇÃO PELA TENTATIVA. *ITER CRIMINIS*. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. (4) CRIME HEDIONDO. FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. § 1.º DO ARTIGO 2.º DA LEI 8.072/90 DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF NO HC 111.840/ES. (5) AFERIÇÃO *IN CONCRETO* ACERCA DA EVENTUAL MODIFICAÇÃO DO REGIME INICIAL DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. (6) NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de revisão criminal, inviável o seu conhecimento.

2. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de que a confissão qualificada, isto é, aquela na qual o agente agrega teses defensivas discriminantes ou exculpantes, enseja a aplicação da atenuante prevista na alínea "d" do inciso III do artigo 65 do Código Penal. *In casu*, o magistrado identificou a confissão do paciente como qualificada, portanto, de rigor a aplicação da circunstância atenuante.

3. A Corte estadual utilizou, no tocante ao *quantum* de redução pela tentativa, o critério do *iter criminis* percorrido, em perfeita consonância com a jurisprudência deste Sodalício. Inviável, pois, nesta sede, a inversão do decidido, haja vista que vedado o exame aprofundado das provas.

4. É pacífica a compreensão neste Sodalício de que a obrigatoriedade do regime inicial fechado prevista na Lei de Crimes Hediondos foi superada pela Suprema Corte, de modo que a mera natureza do crime não configura fundamentação idônea a justificar a fixação do regime mais gravoso.

5. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso *sub judice*, no tocante ao regime inicial de cumprimento da pena, uma vez que o magistrado não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reconhecer a atenuante da confissão e, por conseguinte, reduzir a pena do paciente para 8 (oito) anos de reclusão, bem como para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado (art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.078/90), o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a eventual possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Destaco, inicialmente, que se trata de *habeas corpus* substitutivo de revisão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminal, o que impede o seu conhecimento. Cabe avaliar, de qualquer sorte, a existência de ilegalidade patente a ensejar a concessão da ordem de ofício.

O Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento no sentido de que a confissão qualificada, isto é, aquela na qual o agente agrega teses defensivas discriminantes ou exculpantes, enseja a aplicação da atenuante prevista na alínea "d" do inciso III do artigo 65 do Código Penal.

Nesse sentido, confira-se os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADMISSIBILIDADE. HOMICÍDIO. NULIDADE DO JULGAMENTO. NÃO CABIMENTO. USO DE ALGEMAS PELO RÉU DURANTE A SESSÃO DO JÚRI. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DESRESPEITO AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 478, I, DO CPP. INEXISTENTE. INCIDÊNCIA DA CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO COM AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. PARECER ACOLHIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não têm mais admitido o habeas corpus como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais. Quando manifesta a ilegalidade ou sendo teratológica a decisão apontada como coatora, situação verificada de plano, admite-se a impetração do mandamus diretamente nesta Corte para se evitar o constrangimento ilegal imposto ao paciente.

2. Em relação ao uso de algemas durante o julgamento do Júri, é consabido que pode ser determinado pelo magistrado quando presentes riscos concretos à segurança do acusado ou das pessoas presentes ao ato.

3. Não há falar em violação do princípio da correlação quando um mesmo contexto fático é retratado de mais de uma forma.

4. Não há nulidade, em razão da violação do art. 478, I, do Código de Processo Penal, quando o Promotor de Justiça se refere a inclusão de qualificadora na pronúncia, após a defesa a ela ter se referido.

Ainda que houvesse nulidade, seria relativa, a demandar a prova do efetivo prejuízo à defesa.

5. Esta Corte Superior de Justiça vem decidindo que, para efeitos de reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, III, alínea 'd', do CP (confissão espontânea), não é necessário que a confissão seja completa, explicitando todas as circunstâncias do crime ou que seja movida por um motivo moral, o qual demonstre o arrependimento do acusado, ou, ainda, que influa decisivamente para a condenação [...], **mesmo a chamada confissão qualificada, na qual o agente agrega à confissão teses defensivas discriminantes 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)**. A própria retratação em juízo, em tais casos, não tem o condão de excluir a aplicação da atenuante em referência.

6. Na segunda fase do cálculo da pena, é possível a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea (Precedente da Terceira Seção).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, tão somente para reconhecer em favor do paciente a atenuante da confissão espontânea e compensá-la com uma das condenações anteriores que ensejaram o aumento pela agravante da reincidência, ficando a cargo do Juízo das Execuções Penais o novo cálculo da pena.

(HC 287.591/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 14/04/2015, DJe 24/04/2015)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIMES CONTRA A PESSOA. HOMICÍDIO DOLOSO TENTADO. CONFISSÃO QUALIFICADA. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE PREVISTA NO ART. 65, III, DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE. RECENTE POSICIONAMENTO DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. **Recente jurisprudência desta Corte passou a adotar o posicionamento no sentido de que, mesmo ficando configurada a confissão na modalidade qualificada, é cabível o reconhecimento da incidência da atenuante da confissão prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal.**

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1384067/SE, Rel. Min. MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, DJe 12/02/2014)

Nesse mesmo sentido, tem se manifestado o Supremo Tribunal Federal, consoante se observa do seguinte julgado noticiado no informativo 606 daquela Corte:

(...). A defesa pretendia fosse considerada, na reprimenda, a atenuante da confissão espontânea, que fora afastada por conter a tese defensiva da legítima defesa e configurar, portanto, confissão qualificada. Reputou-se que a simples postura de reconhecimento da prática do delito atrairia a observância da regra contida no art. 65, III, d, do CP ('São circunstâncias que sempre atenuam a pena: ... III - ter o agente: ... d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime'), que não possuiria qualquer ressalva no tocante à maneira como o agente pronuncia a confissão. Precedentes citados: HC 69479/RJ (DJU de 18.12.92) e HC 82337/RJ (DJU de 4.4.2003). HC 99436/RS, rel. Min. Cármen Lúcia, 26.10.2010. (HC-99436)

Dessarte, diante da afirmação do magistrado de que houve confissão qualificada, de rigor a aplicação da atenuante a fim de reduzir a pena.

Eis a sentença, no que interessa:

O Conselho de Sentença, nesta data, em conformidade com o termo de votação em anexo, decidiu que o réu ALAN CÉSAR DE OLIVEIRA praticou o delito de homicídio tentado biqualeficado pelo motivo fútil e pelo uso de recurso que dificultou a defesa da vítima.

II. Assim, passo a dosar a pena, em conformidade com o disposto no artigo 492 do CPP.

As circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não conduzem à exasperação da pena. Presentes duas qualificadoras, uma se presta à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

alteração da pena-base, ao passo que a outra possui o condão de aumentar a pena, na segunda fase, a teor do art. 61, II, c, do Código Penal. Assim, aumento a reprimenda em 1/4. **Não há atenuantes, não se podendo reconhecer a circunstância do art. 65, III, d, do CP, porque se tratou de confissão qualificada, insusceptível, pois, de atenuar a pena.** Não há causas de aumento de pena. Presente a causa de diminuição de pena relativa à tentativa. Por terem sido praticados dois golpes e por ter se tratado de tentativa cruenta, atento às balizas do art. 14, parágrafo único, reduz a pena pela metade.

Fixo, pois, a pena definitiva em 07 e 06 meses de reclusão. (fls. 16-18).

Colhe-se do acórdão atacado:

Inconformado apela o réu e nas razões apresentadas pleiteia seja submetido a novo julgamento sob o argumento de que a decisão do Conselho de Sentença foi manifestamente contrária à prova dos autos (fls. 304/311).

(...)

A autoria é inconteste como se inferiu de prova oral, caracterizada pelas declarações prestadas pela vítima Paulo (fl. 150) e pelas testemunhas arroladas pela acusação (fls. 151/154).

O ofendido narrou que uma semana antes o réu havia mexido consigo, chamando-o de "bombadinho". Não deu importância e seguiu. No dia dos fatos, passava pelo local, vindo do cursinho quando o réu saiu de um veículo e lhe desferiu o primeiro golpe que o atingiu nas costas. Depois do primeiro golpe seus amigos o seguraram. Ainda assim ele desferiu o segundo golpe que atingiu sua cabeça.

O próprio réu admitiu em juízo ter esfaqueado o ofendido (fl. 157).

No tocante ao *quantum* de redução pela tentativa, o Tribunal de origem utilizou o critério do *iter criminis*, em perfeita consonância com a jurisprudência deste Sodalício.

Colhe-se do aresto impugnado:

Narram os autos que, no dia 10 de agosto de 2012, nas circunstâncias de tempo e lugar descritos na denúncia, agindo com "animus necandi", por motivo fútil e utilizando-se de recurso que dificultou a defesa do ofendido, tentou matar com golpes de canivete a vítima Paulo, provocando-lhe as lesões descritas no laudo de fls. 69, só não consumando o delito por circunstâncias alheias à sua vontade.

(...)

Por fim, com razão o Ministério Público ao pleitear a redução de um terço da pena em face da tentativa, considerando-se que o delito quase se consumou. Houve perigo de vida. A vítima sofreu ferimentos graves e necessitou ficar internada por oito dias.

A consumação só não ocorreu por pouco, ficando consignado no laudo complementar que a vida da vítima foi exposta a um grave perigo devido à hemorragia intratorácica e que mais de trinta dias foram necessários para que retomasse suas atividades (fls. 64/67, 69 e 247).

A tentativa cruenta, portanto, em que ocorre grave risco à vida da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vítima, não faz jus à redução, máxima, sob pena de equiparar casos como o dos autos com outros em que os disparos que erram o alvo ou causam ferimentos menos severos.

Assim, reduzida de um terço a pena resulta definitiva em nove anos e quatro meses de reclusão.

Inviável, pois, nesta sede, a inversão do decidido, haja vista que vedado o exame aprofundado das provas. Nesse sentido:

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. LATROCÍNIO TENTADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. TENTATIVA. *ITER CRIMINIS*. FRAÇÃO DE REDUÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ANÁLISE DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. ERRO MATERIAL. OCORRÊNCIA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Não se vislumbra nenhuma irregularidade na sentença que, atendendo ao princípio do livre convencimento motivado, fixou a pena-base no seu mínimo legal, na primeira fase, e reduziu-a em 1/3 na terceira fase, em virtude da tentativa, o que não demonstra arbitrariedade ou desproporcionalidade, sendo suficiente para reprovação do crime.

3. Não há constrangimento ilegal a ser sanado se a redução da pena, em razão da tentativa, ocorreu de forma devidamente fundamentada no *iter criminis* percorrido pelo agente na prática delitiva.

4. A análise do caminho percorrido pelo agente demanda incursão na seara fático-probatória, o que não é admitido na via estreita do *habeas corpus*.

5. O Código de Processo Penal não define erro material nem fixa hipóteses ou meios de saná-lo. A matéria segue o regramento do Código de Processo Civil, cujo artigo 463, I, é aplicado subsidiariamente às ações penais, autorizando a alteração do julgado, mesmo após sua publicação, para sanar inexactidões materiais ou erros de cálculo.

6. O Juízo sentenciante, na primeira fase de fixação da reprimenda, estabeleceu a pena-base no seu mínimo legal, ou seja, em 20 anos de reclusão, o que foi mantido pela ausência de agravantes ou atenuantes. Na terceira fase, reduziu-a em 1/3, em razão da tentativa, fixando-a em 13 anos e 4 meses de reclusão. Contudo, no dispositivo da sentença constou a pena de 15 anos de reclusão e 7 dias-multa.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para corrigir o erro material constante no julgado, em relação ao quantum de pena aplicada ao paciente (13 anos e 4 meses de reclusão), mantido o regime prisional.

(HC 167.789/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 03/03/2015, DJe 13/03/2015)

HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2.º, II, C.C. ART. 14, II, DO CÓDIGO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) PENA-BASE. ACRÉSCIMO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ARGUMENTOS INADEQUADOS. FLAGRANTE ILEGALIDADE. (3) MAJORANTES. QUANTUM DE ACRÉSCIMO. SÚMULA Nº 443 DESTA CORTE. ILEGALIDADE MANIFESTA. (4) TENTATIVA. PATAMAR DE REDUÇÃO. *ITER CRIMINIS* PERCORRIDO. PROXIMIDADE INTERMEDIÁRIA DA CONSUMAÇÃO. ASPECTOS OBJETIVOS. CONSIDERAÇÕES OUTRAS. INCURSÃO NA SEARA FÁTICO-PROBATÓRIA. (5) REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. TEMA NÃO AGITADO/ENFRENTADO NA ORIGEM. COGNIÇÃO INVIABILIDADE. (6) *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus* (STF: HC 97677/PR, 1.^a Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009 - Informativo 561, 7 de outubro de 2009). Assim, a dosimetria somente pode ser aferida em sede de *habeas corpus* quando há ilegalidade patente. Não constitui fundamentação adequada para o acréscimo da pena-base considerar as circunstâncias judiciais desfavoráveis, notadamente porque, na espécie, não arrola o juiz elementos concretos dos autos para dar supedâneo às suas considerações.

3. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, o acréscimo requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um aumento mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de majorantes presentes. Súmula n.º 443 desta Corte. Ilegalidade flagrante.

4. A redução pela tentativa deve-se pautar pelo *iter criminis* percorrido pelo agente, estando a metade da redução prevista em lei vinculada à hipótese de proximidade intermediária com a consumação do delito. No caso vertente, o paciente teve sua conduta impedida no meio do percurso para a consumação, conforme atestou a instância de origem, não sendo possível modificar tal entendimento, com considerações fora dos aspectos objetivos tratados, pois acarretaria em incursão na seara fático-probatória, inviável em sede de *habeas corpus*.

5. Não é possível a esta Corte debruçar-se sobre tema não enfrentado pela Corte local, sob o risco de supressão de instância. Na espécie, a questão relativa ao regime inicial de cumprimento da pena não foi agitada/enfrentada no Tribunal de origem. Ademais, o paciente foi beneficiado com o livramento condicional.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente para 3 (três) anos 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais 8 (oito) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão.

(HC 222.738/PE, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 07/11/2013, DJe 20/11/2013)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com efeito, necessário redimensionar a reprimenda do paciente, tendo em vista a incidência da atenuante relativa à confissão. Assim, mantenho a pena-base em 12 (doze) anos de reclusão, bem como reitero a exasperação de 1/6 (um sexto) por uma das qualificadoras que foi compreendida com agravante, já que presentes duas qualificadoras na hipótese. Diante do reconhecimento da atenuante da confissão, reduzo a reprimenda na mesma fração (1/6), retornando a pena ao mínimo legal. Por fim, abrandando-se a reprimenda em 1/3 (um terço) pela tentativa, tornando-a definitiva em 8 (oito) anos de reclusão.

Ademais, cumpre consignar que o magistrado e o Tribunal *a quo* justificaram a fixação do regime inicial fechado apenas com base na hediondez do crime, o que não é aceito por este Sodalício.

Colhe-se da sentença:

Fixo, pois, a pena definitiva em 07 e 06 meses de reclusão. Tendo em vista não ter havido o cumprimento de 2/5 da pena fixada em concreto, nos termos do art. 2.º, § 2.º, da Lei 8.072/90, em atenção, inclusive, ao art. 387, § 2.º, do CPP, fixo o regime inicial fechado para o cumprimento de pena.

Eis o aresto impugnado:

O regime prisional fechado decorre da hediondez do delito.

Com efeito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, em sessão extraordinária realizada no dia 27 de junho de 2012, por ocasião do julgamento do HC n.º 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do artigo 2.º da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07:

Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei n.º 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida. 1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei n.º 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados. 2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado. 3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto. 4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal. 5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, com a redação dada pela Lei n.º 11.464/07, o qual determina que "*a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado*". Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado. (HC n.º 111.840/ES; Relator(a): Ministro Dias Toffoli; Julgamento: 27/06/2012; Tribunal Pleno)

Conclui-se, assim, que a obrigatoriedade do regime inicial fechado prevista na Lei de Crimes Hediondos foi superada pela Suprema Corte, de modo que a mera natureza do crime não configura fundamentação idônea a justificar a fixação do regime mais gravoso, haja vista que, para estabelecer o regime prisional, deve o magistrado avaliar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo art. 33 e parágrafos do Código Penal.

Assim, tendo em vista o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso *sub judice*, uma vez que o magistrado não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, a fim de reconhecer a atenuante da confissão e, por conseguinte, reduzir a pena do paciente para 8 (oito) anos de reclusão, bem como para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado (art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.078/90), o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a eventual possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0124691-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 325.163 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00124891120128260047 124891120128260047 20140000777100

EM MESA

JULGADO: 23/06/2015

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : SERGIO AFONSO MENDES
ADVOGADO : SÉRGIO AFONSO MENDES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALAN CESAR DE OLIVEIRA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a vida - Homicídio Qualificado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.