



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 350.956 - SC (2016/0061835-0)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : GILBERTO DA SILVA

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO *WRIT*. CRIME DE HOMICÍDIO TENTADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO PELA PERSONALIDADE. PERFIL VIOLENTO. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. DISPARO DE ARMA DE FOGO EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL. RISCO À VIDA DE TERCEIROS. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. PLEITO DE APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. AFASTAMENTO PELO TRIBUNAL A *QUO* POR SE TRATAR DE CONFISSÃO QUALIFICADA. ADMISSÃO DA AUTORIA DO FATO PORÉM SOB O PÁLIO DE EXCLUDENTE DE ILICITUDE (LEGÍTIMA DEFESA). RECONHECIMENTO DEVIDO. COMPENSAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.
2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a valoração negativa da personalidade pode prescindir de laudos técnicos de especialistas, havendo nos autos outros elementos que demonstrem a índole violenta do acusado.
3. É válido o fundamento para aferir negativamente as circunstâncias do delito, o cometimento do crime no interior de um bar, onde havia um churrasco, por ter colocado em risco a vida de terceiros e provocado tumulto no local.
4. 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.
5. A Terceira Seção do STJ pacificou o entendimento segundo o qual a atenuante da confissão espontânea, na medida em que compreende a personalidade do agente, deve ser compensada com a agravante da reincidência.
6. *Habeas corpus* não conhecido, mas, concedida a ordem de ofício para reduzir a pena a 6 anos de reclusão.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de agosto de 2016 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 350.956 - SC (2016/0061835-0)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

PACIENTE : GILBERTO DA SILVA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de GILBERTO DA SILVA, em face do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado como incurso no art. 121, § 2º, I e IV c/c art. 14, II, ambos do Código Penal, tendo sido, contudo, afastadas as qualificadoras, e condenado, pois, como incurso no art. 121, *caput*, c/c art. 14, II, do Código Penal, à pena de 4 anos de reclusão, em regime semiaberto.

Interposta apelação pelo Ministério Público, foi-lhe dado provimento, para aumentar a pena imposta a 8 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, em regime fechado.

Alega o impetrante, em suma, constrangimento ilegal, por ter havido erro na aplicação da pena-base – erro material, pois se consideradas desfavoráveis três circunstâncias judiciais, exasperando-se a pena-base em 1/6 para cada uma delas, esta deveria ter sido fixada em 9 anos, e não em 10 anos, como estabelecido pelo *Tribunal a quo* – e por serem inidôneos os fundamentos para a valoração negativa da personalidade do agente e das circunstâncias do delito, apontando ocorrência de *bis in idem*. Sustenta ser cabível a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão, ainda que qualificada, ressaltando que, embora seja multirreincidente, apenas uma das reincidências foi considerada na segunda fase, as demais foram utilizadas para exasperar a pena-base.

Requer, assim, liminarmente, *seja reconhecida a nulidade do acórdão impugnado, suspendendo-se os efeitos da condenação até julgamento definitivo do writ*, bem como seja corrigido o erro material apontado. No mérito, pede seja redimensionada a pena imposta, afastando-se a exasperação da pena-base, reconhecendo-se a atenuante da confissão espontânea, realizando a sua compensação com a reincidência. Caso não acolhido esse último pedido, requer seja aplicada a fração de 1/6 para agravar a pena, na segunda fase.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 484/485.

Foram prestadas informações às fls. 489/501 e 503/557.

O Ministério Público manifestou-se pelo parcial conhecimento da ordem e, nessa extensão, pelo seu indeferimento, às fls. 560/562.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 350.956 - SC (2016/0061835-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal (HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/08/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/08/2012), assim alinhando-se a precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC 104.045/RJ, Rel. Ministra Rosa Weber, PRIMEIRA TURMA DJe de 06/09/2012).

Nada impede, contudo, que, de ofício, constate a Corte Superior a existência de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia, o que ora passo a examinar.

Compulsando os autos, verifica-se que o paciente foi condenado pela prática de homicídio simples tentado.

Insurge-se o impetrante, de início, contra a exasperação da pena-base em razão da personalidade do agente e das circunstâncias do delito, porquanto sem motivação idônea, bem como aponta erro material no *quantum* estabelecido na pena-base.

Por oportuno, trago à colação os excertos do acórdão condenatório (fls. 457/462):

Assim, passa-se a analisar a pena.

Na primeira fase, não há elementos para modificar a pena por conta da culpabilidade.

No entanto, verifica-se que o apelado possui 02 (duas) condenações aptas a ensejar maus antecedentes.

Às fls. 219/224 verifica-se que o apelado é reincidente e também possui maus antecedentes sem que tais condições caracterizem bis in idem.

Isso porque, utilizar-se-á apenas a condenação nos autos n. 0002421-31.2005.8.24.0070 à pena de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de detenção pela prática do crime previsto no art. 12. caput, da Lei n. 10.826/03 e art. 155, § 4º, incisos I e IV, do Código Penal para qualificar os maus antecedentes.

[...].

Logo, majora-se a pena-base em 1/6 (um sexto) por conta dos maus antecedentes do apelado.

A personalidade e a conduta social, por sua vez, embora apenas esta última tenha sido alvo de recurso, sob a fundamentação de que a certidão de antecedentes criminais comprovaria o fato de Gilberto resolver os problemas com seus desafetos empregando extrema violência, entende-se que não há elementos para aferi-la, mas sim para valorar negativamente à personalidade agressiva do agente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...].

In casu, o apelante procura valorar negativamente à personalidade do apelado, levando em consideração o envolvimento na prática de ilícitos contra a vida, os quais evidenciaria o perfil violento de Gilberto.

Ocorre que tais elementos podem e devem valorar apenas a personalidade do agente, pois não se vislumbram capazes de fomentar a conduta social do apelante, motivo pelo qual há de ser dado acolhida ao pleito Ministerial para majorar a pena-base em relação à personalidade do agente.

Logo, majora-se a pena-base em 1/6 (um sexto) por conta da personalidade do apelado.

As circunstâncias do crime, assim como pleiteia a acusação, também deve ser negativamente aferida.

Colhe-se dos autos que o crime foi praticado no interior de um estabelecimento comercial (bar), no momento em que ocorria um churrasco com a presença de várias pessoas.

Portanto, as circunstâncias do crime geraram graves riscos a terceiros, não só pela possibilidade de alvejar pessoa diversa, como também o fato dos disparos terem provocado tumulto no local.

Pelo que se pode perceber a circunstância extrapolou a normalidade na prática do delito, fato este que justifica um incremento na pena-em 1/6 (um sexto).

No que tange às conseqüências do crime e o comportamento da vítima, nada foi apurado que extrapole à normalidade.

Logo, fixa-se a pena-base em 10 (dez) anos de reclusão.

O apelante ainda postula o afastamento da atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, inciso III, letra "d", do Código Penal, uma vez que a confissão narrada pelo apelado teria sido qualificada em face da alegação da excludente de ilicitude da legítima defesa.

Assiste razão ao Ministério Público.

Primeiramente, verifica-se no interrogatório do apelado, prestado sob o crivo do contraditório, que não há confissão espontânea, pois apesar de confirmar que de fato atirou contra a vítima, alega que o fez sob o pálio da legítima defesa.

Nessa toada, a atenuante da confissão espontânea não pode ser reconhecida pois, ao admitir a prática do ilícito, o apelado alegou ter agido em legítima defesa, apresentando versão claramente tendenciosa visando alterar os fatos para conduzir à absolvição ou até mesmo a uma condenação por crime menos grave, o que configura a chamada confissão qualificada, insuscetível de atenuar a pena.

[...].

Portanto, inviável o reconhecimento da atenuante de confissão espontânea, motivo pelo qual a sentença merece reparo nesse viés.

De outro norte, observa-se que o apelado é reincidente específico em crimes contra a vida, pois apresenta uma condenação da 1ª Vara Criminal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da comarca de Blumenau (autos n. 008.10.009594-9) à pena de 37 (trinta e sete) anos, 08 (oito) meses e 06 (seis) dias de reclusão, pela prática dos crimes previstos no art. 121, § 2º, incisos II e IV do Código Penal e arts. 14, caput e 16, parágrafo único, inciso IV, ambos da Lei n. 10.826/03.

Por conseguinte, majora-se a pena em 1/3 (um terço) em face da reincidência específica.

De outro norte, inexistem causas de aumento de pena. Contudo, vislumbra-se a causa de diminuição de pena afeta à tentativa, a qual diminui-se a pena em 1/3 (um terço) nos moldes fixados na sentença a quo, motivo pelo qual, torna-se definitiva a reprimenda de 08 (oito) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.

Fixa-se ao apelado o regime fechado, nos termos do art. 33, § 2ª, alínea "a", do Código Penal, mantidas as demais cominações da sentença a quo.

Ante o exposto, vota-se no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

É o voto.

Como é consabido, em regra não se presta o *habeas corpus* à revisão da dosimetria das penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias. Contudo, a jurisprudência desta Corte admite, em caráter excepcional, o reexame da aplicação das penas, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68, do Código Penal, sob o aspecto da ilegalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica. A propósito:

DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL ANTE A PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL DO ACUSADO E CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. De acordo com a jurisprudência pacífica deste Superior Tribunal de Justiça, **o exame da dosimetria da pena por meio de habeas corpus somente é possível quando evidenciado de plano, sem a necessidade de exame de provas, flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu.**

2. No caso dos autos, não se constata qualquer abuso ou irregularidade na dosagem da reprimenda imposta ao paciente, pois sua pena-base foi fixada acima do mínimo legal com base em elementos idôneos, não inerentes ao tipo penal supostamente violado.

3. Ademais, é imperioso frisar que não foi anexada à inicial do presente mandamus a íntegra da ação penal em apreço, de modo que não é possível verificar se os depoimentos mencionados pelas impetrantes, e que foram utilizados pelo magistrado de origem para fundamentar o exame das circunstâncias judiciais da personalidade e da conduta social do acusado, não se referiram à pessoa do paciente, mas sim ao seu irmão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Como se sabe, o rito do *habeas corpus* pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de documentos que evidenciem a pretensão aduzida, a existência do aventado constrangimento ilegal suportado pelo paciente, ônus do qual não se desincumbiram as impetrantes.

5. Ordem denegada (STJ, HC 152.775/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2011, DJe de 01/09/2011).

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO. ART. 121, § 2.º, I E III, DO CÓDIGO PENAL. (1) SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) JÚRI. CONDENAÇÃO. JULGAMENTO CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS. NÃO RECONHECIMENTO. REEXAME DE PROVAS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. (3) DOSIMETRIA. PENA APLICADA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. DUAS QUALIFICADORAS. RECONHECIMENTO DA SEGUNDA COMO AGRAVANTE OU CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. POSSIBILIDADE. (4) NÃO CONHECIMENTO.

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 sucedâneo de revisão criminal.

2. Concluindo o Tribunal de origem que não ocorreu julgamento contrário à prova dos autos, porque, sopesando as provas e fatos dos autos, afirmou que o Júri optou por uma das teses que encontram amparo no processo penal, não há ilegalidade flagrante a reparar. Aferição, ademais, que demanda revolvimento fático, não condizente com âmbito mandamental e restrito do *habeas corpus*.

3. Inexiste ilegalidade na dosimetria da pena se o Tribunal de origem aponta motivos concretos para a fixação da pena no patamar estabelecido. **Em sede de habeas corpus não se afere o quantum aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório.** A fixação da pena-base acima do mínimo legal foi concretamente fundamentada. E, havendo duas qualificadoras, é possível que uma seja utilizada na primeira ou segunda fase da dosimetria da pena. 4. Writ não conhecido (HC 252.449/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 09/06/2014).

Consoante consta dos autos, verifica-se que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em face da valoração negativa dos *antecedentes*, da *personalidade* e das *circunstâncias do crime*, insurgindo-se a impetrante apenas contra as duas ultimas. Observa-se que o Tribunal de Justiça destacou que o paciente possui duas condenações aptas a ensejar maus antecedentes, ressaltando que utilizaria apenas uma (processo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

0002421-31.2005.8.24.0070) para essa vetorial, sem incorrer, portanto, em *bis in idem* (fl. 458).

O Tribunal *a quo* considerou os envolvimento do paciente na prática de crimes contra a vida, a evidenciar seu perfil violento, para valorar negativamente a circunstancia judicial da personalidade

Nos termos da jurisprudência desta Corte, a valoração negativa da personalidade do réu pode prescindir de laudos técnicos de especialistas da área de saúde na medida em que presente, no autos, outros elementos que demonstrem a má índole do acusado, voltada à criminalidade, como se deu na espécie, sendo imprópria a vida do *habeas corpus* à revisão do entendimento. A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. DOSIMETRIA.CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA PERSONALIDADE DOS AGENTES. LAUDO TÉCNICO. DESNECESSIDADE. AFERIÇÃO A PARTIR DE ELEMENTOS CONCRETOS DOS AUTOS. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A valoração negativa da personalidade do agente exige a existência de elementos concretos e suficientes nos autos que demonstrem, efetivamente, a maior periculosidade do réu aferível a partir de sua índole, atitudes, história pessoal e familiar, etapas de seu ciclo vital e social, etc., sendo prescindível a existência de laudo técnico confeccionado por especialistas nos ramos da psiquiatria e psicologia para análise quanto a personalidade do agente.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1301226/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 28/03/2014);

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. DOSIMETRIA DA PENA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVE. PERSONALIDADE. VALORAÇÃO ILEGAL. VIOLAÇÃO À SÚMULA N.º 444/STJ. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. WRIT CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do habeas corpus em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. A "personalidade" prevista no art. 59 do Código Penal como circunstância judicial não se confunde com o polêmico conceito de personalidade advindo da psicologia. Seria ingenuidade supor que o legislador, ciente de que as discussões mais profundas dessa área de conhecimento fogem à rotina dos magistrados, preveria a referida circunstância objetivando, em cada processo, o exercício de algo como uma sessão psicanalítica para desvendar a personalidade do acusado. Para os fins do direito o alcance semântico do termo é muito mais humilde - e, inexistindo declaração de inconstitucionalidade da norma, ela deve ser aplicada -: a insensibilidade acentuada, a maldade, a desonestidade e a perversidade são deduzidas a partir do modo de agir do agente, isto é, a partir do exame de fatos concretos devidamente noticiados nos autos, capazes de extravasar a inerência ao tipo penal. Em outros termos, sua aferição somente é possível se existirem, nos autos, elementos suficientes e que efetivamente possam levar o julgador a uma conclusão segura sobre a questão.

4. No particular, as instâncias ordinárias não demonstraram, com a devida fundamentação, o motivo pelo qual a personalidade foi considerada agressiva, tendo se limitado a apontar para fatos anteriores que, em princípio, melhor se enquadrariam na circunstância judicial de maus antecedentes. De se notar, todavia, que as agressões predecessoras foram deduzidas diretamente do relato da vítima, em nítida ofensa à Súmula n.º 444 desta Corte Superior, pois a sentença foi explícita no sentido de que inexistente condenação criminal com trânsito em julgado.

5. Ordem de habeas corpus não conhecida. Writ concedido de ofício, para reconhecer ilegalidade na valoração da personalidade do agente e, por conseguinte, reduzir a pena aplicada.

(HC 278.514/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 11/02/2014, DJe 28/02/2014).

Quanto às circunstâncias do delito, mostra-se idôneo o fundamento para aferi-la negativamente, uma vez que o cometimento do crime no interior de um bar, onde havia um churrasco, colocou em risco a vida de terceiros e provocou tumulto no local. Nesse sentido, os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. HOMICÍDIO PRIVILEGIADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. DISPARO EM VIA PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA. RISCO À VIDA DE TERCEIROS. FUNDAMENTO IDÔNEO. FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO DECORRENTE DO PRIVILÉGIO. REVISÃO. MATÉRIA DE CUNHO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. O fundamento para o desvalor concebido às circunstâncias do crime revela-se idôneo, haja vista a prática de disparos de arma de fogo em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

plena via pública, porque o recorrente colocou em risco, ainda que potencialmente, a vida de terceiros. Precedente.

2. O quantum de redução pelo reconhecimento da forma privilegiada (1/6) foi estabelecido a partir de fundamentação idônea e concreta, cuja revisão demandaria o reexame de matéria fática, vedado em recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1558481/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/02/2016, DJe 23/02/2016)

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. CONSIDERAÇÃO DAQUELA PRÓPRIA DO TIPO. INVIABILIDADE. AÇÃO PENAL SEM CERTIFICAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO. SOPESAMENTO NA PRIMEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA COMO MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. SÚMULA 444 DESTE STJ. CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE. DESEMPREGO. ARGUMENTO INIDÔNEO. DESFAVORABILIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. ELEMENTOS CONCRETOS. CONSTRANGIMENTO EM PARTE EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA. FIXAÇÃO DA REPRIMENDA NO MÍNIMO LEGAL. DESCABIMENTO. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

1. Mostra-se inviável considerar como desfavorável ao agente circunstância inerente à culpabilidade em sentido estrito, a qual é elemento integrante da estrutura do crime, em sua concepção tripartida.

2. Consoante orientação já sedimentada nesta Corte Superior, inquéritos policiais ou ações penais sem certificação do trânsito em julgado não podem ser levados à consideração de maus antecedentes para a elevação da pena-base, em obediência ao princípio da presunção de não-culpabilidade. Exegese da Súmula 444 deste STJ.

3. O fato de o paciente não trabalhar, por si só, não evidencia a negatividade das circunstâncias judiciais da conduta social e da personalidade, tendo em vista que a falta de emprego, diante da realidade social brasileira, é infortúnio, e não algo tencionado.

4. Considerando que o delito foi praticado próximo a várias pessoas, colocando em risco também a vida de terceiros, justificada está a maior elevação na reprimenda básica, pois desfavoráveis as circunstâncias do crime.

5. Remanescendo circunstância judicial negativa, devidamente justificada na sentença, não há como fixar a sanção básica em seu mínimo legal, como pretendido.

6. Ordem parcialmente concedida para reduzir a pena-base imposta ao paciente, tornando a sua reprimenda definitiva em 13 (treze) anos de reclusão, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão objurgado.

(HC 120.154/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgado em 16/12/2010, DJe 01/02/2011)

Quanto ao alegado erro material no *quantum* estabelecido na pena-base, verifica-se que o paciente foi condenado como incurso no art. 121, *caput*, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal, cuja pena em abstrato é de 6 a 20 anos de reclusão. Tendo sido valoradas negativamente três circunstâncias judiciais, e tendo o Tribunal aumentado em 1/6 a pena-base para cada uma das circunstâncias, ou seja, *in casu*, 1 ano para cada vetorial, a pena-base atingirá o patamar de 9 anos de reclusão.

Assim, de fato, há erro material no tocante ao *quantum* estabelecido na pena-base pelo Tribunal *a quo*, a ser sanado no presente *writ*.

Constata-se, ainda, a presença de ilegalidade flagrante apta a justificar a concessão da ordem de ofício na segunda fase da dosimetria, na medida em que a circunstância atenuante da confissão espontânea somente deixou de ser considerada em favor do paciente pelo fato de o réu ter alegado que agiu em legítima defesa putativa.

Com efeito, 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. A propósito, colaciono os seguintes precedentes:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. PERSONALIDADE. RAZÕES DISSOCIADAS. FUNDAMENTAÇÃO OBJETIVA. AUSÊNCIA. AGRAVANTE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA QUALIFICADA. INCIDÊNCIA. PRESCRIÇÃO.

I - A apresentação de razões recursais dissociadas da motivação utilizada pela decisão recorrida configura deficiência na fundamentação, atraindo a incidência da Súmula 284/STF. Precedentes.

II - Ademais, a exasperação da pena-base lastreada em circunstâncias judiciais desfavoráveis deve se fundar em elementos concretos deduzidos por meio de fundamentação objetiva. Precedentes.

III - A jurisprudência recente desta eg. Corte Superior firmou o entendimento de que a confissão qualificada, pela qual são suscitadas outras teses defensivas, discriminantes ou exculpantes, enseja a incidência da circunstância atenuante do art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, devendo ser considerada na segunda fase da dosimetria da pena. Precedentes.

Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1336976/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/03/2015, DJe 12/03/2015).

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO INSTRUMENTO PROCESSUAL PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO.
1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ATENUANTE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA QUALIFICADA. POSSIBILIDADE. 3. ORDEM NÃO CONHECIDA. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanado mediante a concessão de habeas corpus de ofício, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. A invocação de causa excludente de ilicitude ou de culpabilidade não obsta reconhecimento da incidência da atenuante da confissão espontânea de que cuida o art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal. Precedentes.

3. Habeas corpus não conhecido. Concessão da ordem de ofício para reduzir a pena do paciente para 12 (doze) anos de reclusão, mantendo-se, no mais, os termos da condenação (HC 283.620/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 27/02/2014).

Ressalte-se, ainda, que a Terceira Seção do STJ, por ocasião do julgamento do EREsp 1.154.752/RS, de relatoria do Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, pacificou o entendimento segundo o qual a atenuante da confissão espontânea, na medida em que compreende a personalidade do agente, deve ser compensada com a agravante da reincidência. E, embora seja o paciente multirreincidente, verifica-se que o Tribunal *a quo* considerou uma única condenação definitiva para agravar a pena na segunda fase. Desse modo, compensando-se a confissão qualificada com a reincidência, a pena não pode ser agravada nessa fase.

Passo, assim, ao redimensionamento das penas:

Considerando que foram negativamente consideradas três circunstâncias judiciais, fixa-se a pena-base em 9 anos de reclusão – aumento de 1/6 para cada uma das circunstâncias – que permanecerá no mesmo patamar, na segunda fase, uma vez que compensada a agravante da reincidência com a atenuante da confissão. Na terceira fase, ausente causa de aumento da pena, contudo, reduz-se de 1/3 a pena, pela tentativa, tornando-a definitiva em 6 anos de reclusão, à míngua de outras causas modificativas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Há de ser mantido o regime inicial fechado, mesmo com a redução da pena ora implementada, por se tratar de réu reincidente, cuja pena-base foi fixada acima do mínimo legal.

Ante o exposto, voto por não conhecer do *writ*, *mas* concedo a ordem de ofício para reduzir a pena a 6 anos de reclusão .



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0061835-0

HC 350.956 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00073364220108240008 008100073368 20150639333000000 73364220108240008
8100073368

EM MESA

JULGADO: 02/08/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	: GILBERTO DA SILVA

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

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 do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.