



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 171.784 - RJ (2010/0082822-1)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : ÁLVARO ANTÔNIO SAGULO BORGES DE AQUINO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : FRANCISCO GILBERTO PAIVA BRAGA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Nos termos do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, nas hipóteses descritas de forma taxativa nas suas alíneas "a", "b" e "c".

2. Com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, necessária a racionalização da utilização do *habeas corpus*, o qual não deve ser admitido para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.

3. Em se tratando de direito penal, destinado a recuperar as mazelas sociais e tendo como regra a imposição de sanção privativa de liberdade, o direito de locomoção, sempre e sempre, estará em discussão, ainda que de forma reflexa. Tal argumento, entretanto, não pode mais ser utilizado para que todas as matérias que envolvam a *persecutio criminis in iudicio* até a efetiva prestação jurisdicional sejam trazidas para dentro do *habeas corpus*, cujas limitações cognitivas podem significar, até mesmo, o tratamento inadequado da providência requerida.

4. Tendo em vista que a impetração aponta como ato coator acórdão proferido por ocasião do julgamento de apelação criminal, contra a qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

5. Como o *writ* foi impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial desta Corte Superior de Justiça, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

HOMICÍDIO SIMPLES. PENA-BASE. ALEGADA OCORRÊNCIA DE JULGAMENTO *EXTRA PETITA* NA APELAÇÃO. RECURSO EXCLUSIVO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. EXISTÊNCIA DE PEDIDO DE ELEVAÇÃO DA SANÇÃO BÁSICA. REAVALIAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. POSSIBILIDADE. ILEGALIDADE AUSENTE. PERSONALIDADE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DESFAVORABILIDADE. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO JUSTIFICADA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO NÃO EVIDENCIADO.

1. Tendo o Ministério Público Estadual, nas razões de apelação apresentadas, demonstrado o seu inconformismo com o *quantum* fixado para a pena-base pelo Juízo sentenciante, não há que se falar em julgamento *extra petita* quando o Tribunal *a quo*, ao proceder nova análise das circunstâncias judiciais, dentro dos limites do pedido ministerial, agrava a reprimenda básica.

2. Sendo considerada desfavorável a circunstância judicial referente à personalidade, não há o que se falar em coação ilegal na fixação da reprimenda básica em 1/3 (um terço) acima do mínimo para o tipo penal violado, pois apontados clara e precisamente os motivos que ensejaram o aumento no patamar estabelecido.

3. A ponderação das circunstâncias do art. 59 do Código Penal não é uma operação aritmética, em que se dá pesos absolutos a cada uma delas, a serem extraídas de cálculo matemático levando-se em conta as penas máxima e mínima cominadas ao delito cometido pelo agente, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada.

APLICAÇÃO DA PENA. CONFISSÃO PARCIAL UTILIZADA PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIA REDUTORA DO ART. 65, III, *D*, DO CP. RECONHECIMENTO E APLICAÇÃO QUE SE IMPÕEM. COAÇÃO ILEGAL PATENTEADA.

1. Se a confissão do agente é utilizada como fundamento para embasar a conclusão condenatória, a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea *d*, do CP, deve ser aplicada em seu favor, pouco importando se a admissão da prática do ilícito foi espontânea ou não, integral ou parcial.

REPRIMENDA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MODO FECHADO JUSTIFICADO. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. Não há constrangimento ilegal na fixação do regime fechado quando, não obstante a pena tenha sido definitivamente fixada em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, verifica-se a desfavorabilidade da circunstância judicial da personalidade, considerada distorcida, diante da periculosidade demonstrada pelo agente, o que indica que o modo mais gravoso para o início do desconto da sanção privativa de liberdade é o que se mostra mais adequado para a prevenção e repressão do delito denunciado.

2. *Habeas corpus* não conhecido, concedendo-se, contudo, a ordem de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, apenas para reconhecer em favor do paciente a atenuante da confissão espontânea, reduzindo-se a reprimenda que lhe foi imposta, que resta definitiva em **7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mantidos os demais termos do acórdão impetrado.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de fevereiro de 2013. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 171.784 - RJ (2010/0082822-1)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : ÁLVARO ANTÔNIO SAGULO BORGES DE AQUINO -
DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : FRANCISCO GILBERTO PAIVA BRAGA (PRESO)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública em favor de FRANCISCO GILBERTO PAIVA BRAGA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, no julgamento da Apelação Criminal nº 3600/09, interposta pelo Ministério Público, deu provimento ao recurso para elevar a pena-base fixada ao paciente e afastar a incidência da atenuante da confissão espontânea, redimensionando a sua reprimenda para 8 (oito) anos de reclusão, tendo alterado também o modo de execução para o inicial fechado, nos autos da ação penal em que restou condenado pela prática do delito tipificado no artigo 121, *caput*, do Código Penal.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que o Tribunal *a quo* teria proferido julgamento *extra petita* quando, em sede de apreciação do apelo ministerial, elevou a pena-base do paciente com fundamento na avaliação negativa de circunstâncias judiciais supostamente assim não consideradas pelo Juízo sentenciante.

Defende que, se o Ministério Público considerava que existiriam outras circunstâncias desfavoráveis ao paciente que teriam sido omitidas pelo magistrado singular, deveria ter oposto embargos de declaração em face da sentença, nos termos do art. 382 do CPP, para suprir a mencionada omissão, antes de interpor a apelação criminal perante a Corte Estadual.

Reclama, assim, que o exame da periculosidade e personalidade distorcida do paciente não poderia ter sido realizado no segundo grau para justificar maior elevação da pena-base, posto que se trataria de matéria preclusa, não apreciada pelo juiz sentenciante.

Quanto à desfavorabilidade da personalidade, assevera "*que o melhor*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*entendimento é justamente no sentido de que tal **circunstância judicial somente será considerada pelo juiz, no momento de fixação da pena-base, quando favorável ao acusado**" (fls. 21).*

Busca demonstrar que "**o silêncio do paciente e o pedido formulado pela Defesa do paciente, em Plenário, não são circunstâncias que demonstram a inexistência ou impeçam o reconhecimento da circunstância atenuante da confissão**" (fls. 25), devendo ser restabelecida a redução da reprimenda aplicada em primeiro grau, ante o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, inciso III, d, do Código Penal.

Aduz que a alteração do regime de execução efetivado no julgamento do apelo ministerial teria se dado com base em fundamentos genéricos, sem argumentação concreta que justificasse a medida, devendo também ser restabelecido o modo inicial semiaberto ao paciente, nos termos do art. 33, § 2º, 'b', do Código Penal.

Requer a concessão da ordem, para que seja reconhecido o *error in judicando* que alega macular o acórdão impetrado, cassando-se o mencionado *decisum* e restabelecendo-se "***a sentença proferida pela Juíza Presidente do I Tribunal do Júri da Comarca da Capital - Rio de Janeiro, que impôs ao paciente a pena de 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão, por infração ao artigo 121, caput do Código Penal, a ser cumprida no regime inicial semiaberto***" (fls. 29).

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão parcial da ordem, apenas para que seja restabelecida a redução da pena operada pelo magistrado singular, ante o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 171.784 - RJ (2010/0082822-1)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): O pleito deduzido na inicial não comporta conhecimento na via eleita, já que formulado em flagrante desrespeito ao sistema recursal vigente no âmbito do Direito Processual Penal pátrio.

Nos termos do artigo 105, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal, este Superior Tribunal de Justiça é competente para processar e julgar, de forma originária, os *habeas corpus* impetrados contra ato de tribunal sujeito à sua jurisdição e de Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica; ou quando for coator ou paciente as autoridades elencadas na alínea "a" do mesmo dispositivo constitucional.

Por outro lado, prevê o inciso III do artigo 105 que o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, nas hipóteses descritas de forma taxativa nas suas alíneas "a", "b" e "c".

Embora se tratem de meios distintos de impugnação de decisões judiciais, inclusive de naturezas jurídicas diversas, no âmbito do Direito Processual Penal acabaram por se confundir, talvez por uma pontual ânsia de se afirmarem as garantias constitucionais de liberdade dispostas em favor do cidadão em momentos nas quais foram abruptamente suprimidas.

Com efeito, na seara penal o Recurso Especial, dotado de requisitos específicos de admissibilidade, estabelecidos justamente em razão da missão constitucional deste Tribunal da Cidadania, que não é outra senão a de uniformizar a jurisprudência pátria acerca da interpretação da legislação infraconstitucional vigente no país, passou a cair em desuso, dando-se preferência à impetração do *habeas corpus* originário, pois desprovido de qualquer formalidade processual.

Sob a premissa de que se estaria homenageando o direito à liberdade de locomoção, passou-se a admitir, então, o processamento do aludido remédio



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constitucional de maneira irrestrita, como verdadeiro recurso capaz de desconstituir até mesmo decisões já alcançadas pelo trânsito em julgado, prática que acabou por relegar alguns postulados de suma importância para a manutenção da higidez da prestação jurisdicional estatal, como a segurança jurídica e a unirrecorribilidade das decisões judiciais.

Transmutando-se o *habeas corpus* em regra à impugnação das decisões proferidas no segundo grau de jurisdição, e com o consequente acréscimo em progressão geométrica no número de impetrações tramitando neste Superior Tribunal de Justiça, a tutela do direito de locomoção efetivamente ameaçado ou ilegalmente constrangido, um dos bens mais caros ao indivíduo que se situa no corpo social, deixou de receber a célere prestação jurisdicional que lhe deveria ser inerente, e passou a ser alvo de críticas por parte daqueles que efetivamente necessitam de uma resposta urgente do Poder Judiciário.

Entretanto, a celeridade que se exige na resposta a um pedido de *habeas corpus* somente é compatível com a excepcionalidade da sua utilização, de acordo com as normas dispostas no ordenamento jurídico, mormente porque as arbitrariedades que poderiam ser consideradas como regra em tempos pretéritos hoje se mostram apenas como exceção, fruto da introspecção das garantias constitucionais no atuar dos agentes públicos.

Desta forma, com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, o atual estágio em que se encontra a sociedade brasileira clama pela racionalização da utilização de uma ferramenta importantíssima para a garantia do direito de locomoção, a qual não deve ser admitida para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.

Não é demais rememorar que, em se tratando de direito penal, destinado a recuperar as mazelas sociais e tendo como regra a imposição de sanção privativa de liberdade, o direito de locomoção, sempre e sempre, estará em discussão, ainda que de forma reflexa. Tal argumento, entretanto, não pode mais ser utilizado para que todas as matérias que envolvam a *persecutio criminis in iudicio* até a efetiva prestação jurisdicional sejam trazidas para dentro do *habeas corpus*, cujas limitações cognitivas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

podem significar, até mesmo, o tratamento inadequado da providência requerida.

Com estas considerações e tendo em vista que a impetração se destina a atacar acórdão proferido em sede de apelação criminal, contra o qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

Todavia, tratando-se de remédio constitucional impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

Da análise dos autos verifica-se que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela prática do crime previsto no art. 121, *caput*, do Código Penal, porque, segundo consta da denúncia, em 26-12-1998, na cidade do Rio de Janeiro/RJ, "*o denunciado, com vontade livre e consciente de matar, efetuou disparos de arma de fogo contra a vítima [...], causando-lhe as lesões corporais descritas no Auto de Exame Cadavérico de fls. 49, que foram a causa eficiente de sua morte*" (fls. 30).

Inconformado, o Ministério Público apelou perante o Tribunal de origem, que deu provimento ao recurso para elevar a pena-base fixada ao paciente e afastar a incidência da atenuante da confissão espontânea, redimensionando a sua reprimenda para 8 (oito) anos de reclusão, a ser descontada no regime inicial fechado.

Inicialmente, no que tange à sustentada ilegalidade na primeira fase da dosimetria, verifica-se que o juiz sentenciante optou por fixar a pena-base do paciente em 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão, considerando que: "*O Réu possui maus antecedentes, conforme sua FAC e informações de fls. 251*" (fls. 46).

A Corte impetrada, por sua vez, ao rever a fixação da pena-base no julgamento da apelação, proveu o apelo ministerial, sob os seguintes fundamentos:

A irresignação do M. Público cinge-se à aplicação da pena, ao reconhecimento da atenuante genérica da confissão espontânea e ao regime de cumprimento imposto.

Com efeito, ao se examinar a sentença na parte em que são indicados critérios para sua fixação, fls. 417, vê-se que a juíza presidente, para demonstrar os maus antecedentes do apelado, valeu-se das anotações constantes de sua FAC



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- fls 145/146 e informação da Vara de Execuções Criminais do Distrito Federal - fls. 251. Como se depreende destes documentos, bem como o Relatório de Vida Prisional, de fls. 263/264, os procedimentos ali anotados tiveram início depois dos fatos em apuração nesta ação penal, não podendo, por tal motivo, macular os antecedentes do apelado.

No entanto, referidas anotações não só podem como devem servir como fundamento para aferir a periculosidade e, de um modo geral, a personalidade distorcida do apelado, Em assim sendo, entendo que a pena corporal que mais se concilia com as circunstâncias em que o delito foi cometido é a de 8 anos de reclusão. (fls. 128)

A aplicação da pena-base é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o *quantum* ideal de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado e, para chegar a uma aplicação justa e suficiente da lei penal, deve, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se pelos oito fatores indicativos relacionados no *caput* do art. 59 do Código Penal, e indicar, especificamente, dentro destes parâmetros, os motivos concretos pelos quais as considera favoráveis ou desfavoráveis, pois é justamente a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, inicialmente sob o argumento de que o Tribunal de origem não poderia justificar a elevação da sanção com base em fundamentos diversos daqueles mencionados na sentença, sob pena de incorrer em indevido julgamento *extra petita*.

No caso, da leitura do trecho impugnado da sentença condenatória, verifica-se que o juiz singular, analisando as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, considerou desfavorável ao paciente apenas os seus antecedentes criminais, elevando a pena-base em 6 (seis) meses.

Já a Corte impetrada, em sede de julgamento da apelação interposta exclusivamente pelo Ministério Público, que colimava, dentre outros pedidos, a elevação da reprimenda imposta ao paciente, verificou que as anotações consideradas em primeiro grau como maus antecedentes não poderiam servir como supedâneo para a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

avaliação negativa de tal circunstância judicial, isto porque seriam derivadas de fatos ocorridos após a data do crime objeto da presente ação penal.

Por outro lado, o Órgão Julgador de segundo grau, sopesando as referidas anotações utilizadas pelo Juízo sentenciante (constantes na Folha de Antecedentes Criminais do paciente e nas Informações prestadas pela Vara de Execuções Criminais do Distrito Federal) **e mais o Relatório de Vida Prisional do condenado (aqui juntado às fls. 144-146)**, houve por bem concluir pela avaliação negativa da circunstância judicial da personalidade, a qual considerou ser distorcida, tendo em vista a sua periculosidade exacerbada (fls. 128), justificando, desta forma, a exasperação da sanção básica, aplicada em 2 (dois) anos acima do mínimo legal.

Nesse aspecto, cumpre ressaltar que inexistente a alegada ocorrência de julgamento *extra petita* na apelação no ponto em que a Corte Estadual reapreciou a primeira fase da dosimetria, isto porque, da leitura das razões do apelo ministerial, depreende-se que o *Parquet* Estadual insurgiu-se sim em face do *quantum* de exasperação aplicada na sanção básica pelo magistrado singular, tendo manifestado-se quanto ao tema desta forma:

Entende o Ministério Público que a Ilustre Magistrada não aplicou a pena-base com justiça, aplicando-a em patamar muito próximo do mínimo legal, além de não ter levado em consideração todas as circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do Código Penal.

[...]

Tudo o que consta nos autos revela o atuar reprovável do recorrido, que merece ter a pena agravada como medida de Justiça, visto que o acusado possui personalidade distorcida e voltada para o crime, não apresentando boa conduta social. (fls. 68)

Assim, ao contrário do que alega o impetrante, verifica-se que a nova análise das circunstâncias judiciais procedida pelo Tribunal impetrado encontra-se devidamente incluída no pedido formulado pelo Ministério Público nas suas razões de apelação, não havendo que se falar em julgamento *extra petita*.

Ademais, não há como se acoimar de ilegal o aumento aplicado na pena-base pela Corte *a quo*, tendo em vista que o mencionado órgão julgador, a partir do contexto das provas carreadas no autos, concluiu apenas que a sanção básica não poderia ter sido exasperada com supedâneo na existência de maus antecedentes posto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que avaliados em desfavor do paciente com espeque em anotações derivadas de crimes praticados após o fato delituoso ora em apuração, mas, ao mesmo tempo, reconheceu a possibilidade de serem utilizadas estas mesmas anotações, **somadas ainda às informações constantes do Relatório de Vida Prisional do paciente**, para considerar negativamente outra circunstância judicial, qual seja, a da sua personalidade, justificando o aumento da reprimenda na primeira etapa da dosimetria, nos moldes em que procedida.

Por fim, de se observar que a ponderação das circunstâncias do art. 59 do Código Penal não é uma operação aritmética, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada, como já salientado anteriormente, que impõe ao magistrado apontar, motivadamente, os fundamentos da consideração negativa, positiva ou neutra das oito circunstâncias judiciais mencionadas no art. 59 do CP e, dentro disso, eleger a reprimenda que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato-crime praticado, exatamente como feito na espécie, pelo órgão julgador de segundo grau.

Por essas razões, não há qualquer ilegalidade a ser sanada de ofício por este Superior Tribunal nesse aspecto.

No tocante ao alegado constrangimento decorrente do afastamento da atenuante da confissão espontânea pelo Tribunal impetrado no julgamento da apelação, sorte socorre o impetrante, visto que, da leitura do aresto impugnado, verifica-se que a mencionada benesse foi excluída sob a seguinte fundamentação:

Quanto ao não reconhecimento da atenuante genérica da confissão espontânea, entendo assistir razão ao M. Público.

Não obstante o apelado, em sede policial, ter confessado o crime, em juízo, ao ser interrogado [...], declarou:

"(..); que são parcialmente verdadeiros os fatos narrados na denúncia; que encontrou a vítima na Rocinha e ficaram bebendo em um bar, que depois voltaram para casa onde o interrogando estava morando; que começou uma discussão porque a vítima tinha ameaçado o interrogando em uma outra ocasião; que a vítima estava armada e o interrogando começou a brigar com a vítima e arma disparou atingindo a vítima. (..) que não fez nenhum disparo depois que a arma disparou sozinha: que depois saiu correndo (..). "



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em Plenário, o mesmo se manteve em silêncio, exercendo seu direito constitucional, [...].

Assim, a confissão parcial não dá lugar à incidência da atenuante prevista no art. 65, inciso III, 'd', do C. Penal, pois, ao meu sentir, somente a confissão plena autoriza a aplicação da respectiva atenuante. (fls. 128-130)

Dos elementos acima enunciados, constata-se o alegado constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima o paciente, pois o entendimento sufragado nessa Corte Superior é no sentido de que, se a confissão do agente é um dos fundamentos da condenação, a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do CP, deve ser aplicada, sendo irrelevante se a confissão foi espontânea ou não, foi total ou parcial, ou mesmo se houve retratação posterior.

Nesse diapasão, os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ATENUANTE DO ART. 65, III, "d". ESPONTANEIDADE. INVOCAÇÃO DE CAUSA EXCLUDENTE DE ILICITUDE. IRRELEVÂNCIA. CONFISSÃO UTILIZADA PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. RECONHECIMENTO OBRIGATÓRIO.

1. A invocação de causa excludente de ilicitude não obsta reconhecimento da incidência da atenuante da confissão espontânea.

2. Se a confissão do agente é utilizada como fundamento para embasar a conclusão condenatória, como na hipótese, a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea "d", do CP, deve ser aplicada em seu favor, pouco importando se a admissão da prática do ilícito foi espontânea ou não, integral ou parcial.

3. Recurso improvido.

(AgRg no Ag 1242578/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2012, DJe 14/11/2012)

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. UTILIZAÇÃO PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO. PARCIALIDADE. IRRELEVÂNCIA. ATENUANTE CONFIGURADA. EXECUÇÃO. MODO INICIAL INTERMEDIÁRIO. PRETENDIDA IMPOSIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. REPRIMENDA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADO.

1. Nos casos em que a confissão do acusado servir como um dos fundamentos para demonstrar a autoria do delito e, conseqüentemente, embasar a condenação do agente, deve ser aplicada a atenuante genérica prevista no art. 65, III, d, do Código Penal, pouco importando se a confissão foi espontânea ou não, se foi total ou parcial, ou mesmo se foi realizada só na fase policial, com posterior retratação em juízo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Não há constrangimento ilegal na fixação do regime inicial fechado ao paciente reincidente quando, não obstante a favorabilidade de todas as circunstâncias judiciais, a pena foi definitivamente fixada em patamar superior a 4 anos de reclusão, circunstância que indica que o modo fechado para o início do cumprimento da sanção privativa de liberdade se mostra o mais adequado para a prevenção e repressão do delito denunciado.

3. Ordem parcialmente concedida apenas para reconhecer a incidência da atenuante genérica da confissão espontânea e compensá-la com a agravante da reincidência, tornando a reprimenda do paciente definitiva em 5 anos e 4 meses de reclusão e pagamento de 13 dias-multa, cassando-se, ainda, a liminar anteriormente deferida.

(HC 186.276/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/09/2011, DJe 17/11/2011)

Merece, portanto, concedida a ordem, para reconhecer em favor do paciente a atenuante da confissão espontânea, restabelecendo a sentença quanto ao ponto e redimensionando-se a pena que lhe foi imposta.

Assim, mantida a pena-base no patamar em que fixada pela Corte Estadual, qual seja, 8 (oito) anos de reclusão, e reconhecida a confissão espontânea, reduz-se a reprimenda inicial de 6 (seis) meses na segunda fase da dosimetria, já que a confissão foi parcial, restando a sanção definitiva em **7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão**.

No que se refere ao regime inicial de cumprimento de pena, verifica-se que o Juízo singular entendeu devida a fixação do modo inicialmente semiaberto para o resgate da reprimenda, nos termos do que dispõe o art. 33, § 2º, b, do Código Penal (fls. 46).

A Corte impetrada, por sua vez, alterando o montante da reprimenda definitivamente estabelecida para o condenado, findou aplicando o regime inicial mais gravoso para o seu cumprimento, argumentando que:

No que concerne ao regime prisional, mesmo considerado o quantum da pena privativa de liberdade final aplicada, o fechado é o que mais concilia com o delito de homicídio consumado, que é extremamente grave e que tem causado séria repulsa e inquietude na sociedade exigindo severidade no tratamento do mesmo. Os elementos constantes dos autos demonstram que as circunstâncias do art. 59 do C. Penal, eram totalmente desfavoráveis ao apelado, especialmente se consideradas a conduta social



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*deste e as conseqüências da infração penal.
Desta forma, o regime fechado é o que melhor se presta para a prevenção e repressão da infração penal em apuração. (fls. 130)*

Cumpre salientar que, a teor da jurisprudência reiterada deste Sodalício, a escolha do regime inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao *quantum* da pena corporal firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso concreto, especialmente o contido no art. 59 do CP.

Nesse contexto, não se pode considerar ilegal o acórdão objurgado no ponto em que entendeu devida a imposição do regime inicialmente fechado de cumprimento de pena, pois, embora a reprimenda do paciente tenha **agora** sido definitivamente estabelecida em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, verifica-se a presença de circunstância judicial desfavorável - aquela referente à personalidade, tida como "*distorcida*", diante da periculosidade demonstrada pelo agente (fls. 128) - o que autoriza a imposição e manutenção do modo mais gravoso para o início do desconto da sanção privativa de liberdade, indicando inclusive que este é o que se mostra mais adequado para a prevenção e repressão do delito denunciado na forma como cometido, consoante o disposto no art. 33, § 2º, alínea a, e § 3º, do Código Penal.

A propósito, deste Relator:

[...]

REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. FORMA FECHADA. REITERAÇÃO DELITIVA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. FORMA MAIS SEVERA. MANUTENÇÃO JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO.

1. Tendo a sentença e o acórdão impugnado concluído de forma fundamentada quanto ao regime de cumprimento de pena, diante da periculosidade do agente, evidenciada pela reiteração delitiva, não há o que se falar em ilegalidade na manutenção do modo prisional mais gravoso para o resgate da sanção.

2. Habeas corpus denegado.

(HC 183.169/SP, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2011, DJe 01/08/2011)

Dessa forma, respeitada a previsão contida no art. 33 do CP, não há ilegalidade a ser sanada de ofício por este Superior Tribunal quanto ao ponto.

Diante do exposto, por se afigurar manifestamente incabível, não se conhece do *writ*, concedendo-se, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

654, § 2º, do CPP, apenas para reconhecer em favor do paciente a atenuante da confissão espontânea, reduzindo-se a reprimenda que lhe foi imposta, que resta definitiva em **7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mantidos os demais termos do acórdão impetrado.**

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0082822-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 171.784 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 19990010172994 3600

36002009

990010172994

EM MESA

JULGADO: 05/02/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : ÁLVARO ANTÔNIO SAGULO BORGES DE AQUINO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : FRANCISCO GILBERTO PAIVA BRAGA (PRESO)

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.