



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 337.797 - MA (2015/0249491-8)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MARANHÃO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MARANHÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO
PACIENTE : ALEXANDRO SALES AVELAR (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO *WRIT*. CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. 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 PUTATIVA). RECONHECIMENTO DEVIDO. 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. 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.
3. *Habeas corpus* não conhecido, porém, concedida a ordem de ofício para reduzir a pena a 7 anos e 11 meses de reclusão.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 18 de fevereiro de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 337.797 - MA (2015/0249491-8)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MARANHÃO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MARANHÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO
PACIENTE : ALEXANDRO SALES AVELAR (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, sem pedido liminar, impetrado em favor de ALEXANDRO SALES AVELAR, com pedido de liminar, em face do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em 1º Grau, como incurso no art. 121, § 2º, IV c/c art. 14, II, do Código Penal, à pena de 11 anos de reclusão, em regime inicial fechado.

Interposta apelação, o Tribunal de Justiça deu parcial provimento ao recurso, redimensionando a pena imposta, para 9 anos e 6 meses de reclusão, mantendo, no mais, a sentença (fls. 9/19).

No presente *writ*, alega o impetrante, em suma, constrangimento ilegal, tendo em vista que, embora confessado o crime na sessão do júri, não foi atenuada a pena na segunda fase da dosimetria, sob o fundamento de que a confissão se deu de forma qualificada, ou seja, invocando excludentes e exculpantes.

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja reconhecida a atenuante da confissão, com o consequente redimensionamento da pena.

Pugna a Defensoria Pública pela intimação pessoal para a realização de sustentação oral.

As informações foram prestadas às fls. 74/165 e 168.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem (fls. 171/173).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 337.797 - MA (2015/0249491-8)

VOTO

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

O presente *habeas corpus* foi impetrado em substituição a recurso especial, previsto no art. 105, III, da Constituição Federal.

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 22/8/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/8/2012), assim alinhando-se a precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC 104.045/RJ, Rel. Ministra ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA DJe de 6/9/2012).

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, em 1º grau, pela prática do crime de homicídio qualificado por uso de recurso que dificultou a defesa da vítima, na forma tentada, a 11 anos de reclusão, em regime inicial fechado, tendo o Tribunal de Justiça redimensionado a pena, reduzindo-a a 9 anos e 6 meses de reclusão, mantido o regime.

Por oportuno, trago à colação trechos da sentença e do acórdão impugnado, respectivamente, no que importa, *in verbis*:

Deixo de reconhecer em favor do acusado a circunstância atenuante (confissão espontânea, prevista no artigo 65, inciso III, letra "d", do Código Penal), posto que, muito embora tenha o citado réu confessado a sua participação nos fatos descritos nos autos, assim o fez de maneira dissimulada, ou seja, admitindo que teria praticado o crime fazendo uso da excludente de ilicitude denominada legítima defesa putativa, tese que foi rechaçada pelo Conselho de Sentença, daí porque seria um contra censo o acolhimento de tal circunstância. Nesse sentido é a jurisprudência: "(...) A confissão qualificada, na qual o agente agrega teses defensivas ou exculpantes, não tem o condão de ensejar o reconhecimento da atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea d. do Código Penal (...)" (STJ. HC 65038/RS, Rei. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, j. cm 25/09/07. O.l de 05/11/07. p.302). Não concorrendo outras circunstâncias atenuantes em favor do acusado, tampouco circunstâncias agravantes, reconheço, todavia, militar em seu favor a causa de diminuição de pena prevista no § único do artigo 14 do Código Penal (sentença fls. 37/38).

O apelante insurge-se tão-somente contra a reprimenda que lhe foi aplicada, seja em relação à fixação da pena-base, seja pela desconsideração da confissão qualificada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na primeira parte de sua argumentação recursal, o apelante sustenta que, ao fixar a pena-base acima do mínimo legal, o magistrado de primeiro grau teria considerado que o motivo do crime foi torpe.

Quanto a esse ponto, o apelante argumenta que teria sido violado o princípio da soberania do Júri Popular, na medida em que considerada base fática correspondente à qualificadora prevista no inciso I do § 2º do art. 121 do Código Penal¹, a qual não teria sido submetida à apreciação dos Jurados. Por outro lado, sustenta a desconsideração pelo juiz da confissão qualificada, para efeito de atenuante da pena fixada.

Apenas o primeiro argumento do apelante, contudo, merece ser acolhido, conforme passo a expor.

Ao apreciar as circunstâncias judiciais para fins de fixação da pena-base, o magistrado sentenciante adotou a seguinte fundamentação pertinente à motivação do crime, in verbis-.

"(...) O motivo do crime - ou seja, o porquê da ação delituosa, nada mais é de que as razões que moveram o agente a cometer o crime e suas nuances.

No caso em apreço, e na convicção deste magistrado, torpe foi o motivo do crime imputado ao acusado, consistente em vingança, posto que nas palavras do próprio réu, a vítima e sua turma eram seus desafetos, razão pela qual, no dia e hora dos fatos aproveitou a oportunidade para executá-la, o que nada o beneficia." (cf. fl. 178).

Do teor da fundamentação acima transcrita, verifico que o motivo torpe foi considerado, de fato, para exasperar a pena-base, entendendo o magistrado sentenciante que o apelante teria tentado matar a vítima para se vingar desta e seus comparsas, os quais seriam todos desafetos do ora recorrente.

Ocorre que o acusado não foi denunciado, tampouco pronunciado pelo homicídio qualificado previsto no art. 121, § 2º, I do Código Penal, razão por que o motivo torpe não poderia ser considerado como circunstância judicial desfavorável na primeira fase da dosimetria da pena.

De acordo com o entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, os elementos que qualificam o crime de homicídio, desde que não previstos na pronuncia, não podem ser reconhecidos como circunstância Judicial que enseje, por via oblíqua, a exasperação da pena-base.

[...]

Nesse contexto, para fins de fixação da primeira fase da dosimetria da pena, impõe-se afastar a circunstância judicial do motivo do crime, devendo ser mantida apenas as circunstâncias do delito como a única desfavorável ao apelante, porquanto, nessa parte, mostra-se idônea a fundamentação adotada pela sentença recorrida, razão por que fixo a pena-base em 14 (quatorze) anos e 03 (três) meses de reclusão.

No que se refere ao alegado reconhecimento da atenuante da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

confissão espontânea, ao contrário do sustentado pelo apelante, entendendo acertada a deciso altercada, porquanto, segundo o STF, "A confissão qualificada não é suficiente para justificar a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal (Precedentes: HC 74.148/GO. Gel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma. DJ de 17.12.1996 e HC 103.172/MT, Rei. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 24.09.2013)." (Habeas Corpus nº 119.671/SP, 1-Turma do STF, Rei. Luiz Fux. j. 05.11.2013, maioria, DJe 03.12.2013). Grifou-se.

No mesmo sentido, esta 2ª Câmara Criminal já se pronunciou: [...].

Com efeito, a invocação de excludente de antijuridicidade pelo apelante obsta o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.

De mais a mais, por inexistir outras circunstâncias atenuantes, e ausente recurso da acusação, resta aplicar a causa de diminuição da pena prevista no parágrafo único, do artigo 14 do Código Penal², considerando a prática do crime de homicídio qualificado em sua forma tentada, de modo que determino o redimensionamento da reprimenda, para fixar a pena definitiva em 9 (nove) anos e 6 (seis) meses de reclusão, devendo ser cumprida inicialmente em regime fechado.

Ante o exposto, de acordo, em parte, com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso para, reformando parcialmente a sentença apelada, fixar a pena privativa de liberdade em 9 (nove) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mantendo inalterado o comando sentencial nos seus demais termos.

É como voto (acórdão fls. 13/17).

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 legalidade, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

Constata-se, de fato, 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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

Passo, assim, ao redimensionamento das penas.

Consoante consta do acórdão recorrido, foi a pena-base fixada em 14 anos e 3 meses de reclusão. Na segunda fase, presente a atenuante da confissão espontânea, ora reconhecida, reduz-se a pena em 1/6, para 11 anos, 10 meses e 15 dias de reclusão, que reduz-se em 1/3, na terceira fase, em razão da tentativa, tornando-a definitiva em 7 anos e 11 meses de reclusão.

Mesmo diante do redimensionamento da pena, permanece o regime prisional fechado, para início de cumprimento da pena, pois embora o paciente seja primário, a pena base foi fixada acima do mínimo legal, em razão de se verificar circunstância judicial desfavorável.

Ante o exposto, voto por não conhecer do writ, concedendo a ordem de ofício, porém, para reduzir a pena a 7 anos e 11 meses de reclusão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0249491-8

HC 337.797 / MA
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 255992009 25599702009 255997020098100001 535132014 682009

EM MESA

JULGADO: 18/02/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MARANHÃO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MARANHÃO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO
PACIENTE	: ALEXANDRO SALES AVELAR (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 pedido, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.