



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 325.078 - SP (2015/0124100-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : **CLEUSA DE FATIMA REIS MORALES**
ADVOGADO : **CLEUSA DE FATIMA REIS MORALES E OUTRO(S) - SP192061**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **JOSE DIAS DE OLIVEIRA**

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO. CABIMENTO. CONFISSÃO, AINDA QUE PARCIAL, UTILIZADA COMO ELEMENTO DE CONVICÇÃO PARA A CONDENAÇÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PENA APLICADA SUPERIOR A 4 (QUATRO) E NÃO EXCEDENTE A 8 (OITO) ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. Com efeito, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a confissão do acusado, ainda que parcial, condicionada ou posteriormente retratada, enseja a incidência da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea "a", do Código Penal.

3. Hipótese, em que mesmo parcial, a confissão judicial foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, devendo, no caso, incidir a atenuante prevista no art. 65, inciso III, "d", do Código Penal em favor do paciente.

4. O STF, no julgamento do HC n. 111.840/ES, assentou que inexistente a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. No caso, o paciente é primário, condenado a pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) e não excedente a 8 (oito) anos de reclusão, as circunstâncias judiciais lhe são favoráveis, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal, razão pela qual faz jus ao regime inicial semiaberto.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer a sentença e fixar o regime semiaberto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de maio de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 325.078 - SP (2015/0124100-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : CLEUSA DE FATIMA REIS MORALES
ADVOGADO : CLEUSA DE FATIMA REIS MORALES E OUTRO(S) - SP192061
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSE DIAS DE OLIVEIRA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de JOSÉ DIAS DE OLIVEIRA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 90000022-19.2011.8.26.0001).

Consta dos autos que o paciente foi pronunciado e, ao final, condenado, pelo Conselho de Sentença, à pena de 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de homicídio qualificado tentado contra ex-companheira (art. 121, § 2º, IV, c/c o art. 14, II, c/c o art. 65, III, alínea *d*, c/c o art. 61, II, alínea *f*, todos do Código Penal).

Interposta apelação pelas partes, o Tribunal local deu parcial provimento ao recurso da acusação para afastar a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual a pena do paciente foi redimensionada para 7 anos de reclusão, em regime inicial fechado, em acórdão assim ementado (e-STJ fls. 89):

APELAÇÃO CRIMINAL. Júri Popular. Condenação por tentativa de homicídio qualificado pela surpresa. Defesa pretende a renovação do julgamento por entender que a decisão é manifestamente contrária às provas dos autos; alternativamente a desclassificação para homicídio simples ou privilegiado ou lesão corporal; afastamento da causa qualificadora; abrandamento da pena e do regime. Acusação pede o afastamento da atenuante da confissão e a majoração da pena-base. - Duas versões foram apresentadas ao Conselho de Sentença: a do apelante, alegando ter agido sob domínio de violenta emoção; e a da acusação, sustentando que o crime foi praticado de forma premeditada e com "animus necandi". A opção por uma das vertentes não pode ser considerada arbitrária, sob pena de ofensa à soberania dos veredictos. Desistência voluntária não caracterizada. Ações antes, durante e depois perpetradas pelo réu indicam que o crime não se consumou por circunstâncias alheias a vontade do agente. Surpresa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

caracterizada. Pena. Majoração. Atenuante de confissão espontânea não configurada. Regime prisional adequado. - Parcial provimento para majorar a pena.

No presente *writ*, a impetrante se insurge contra o afastamento da atenuante da confissão espontânea, argumentando que em todos os seus depoimentos o acusado admitiu ter atirado na vítima, *embora sem a intenção de matá-la*, o que não retira a validade do testemunho para os fins do art. 65, III, *d*, do Código Penal. Alega a possibilidade de compensação da agravante do art. 61, II, *f*, do Código Penal (crime cometido no âmbito das relações domésticas contra ex-companheira) com a atenuante da confissão espontânea.

Sustenta, ainda, a ilegalidade e a inconstitucionalidade da fixação do regime inicial fechado apenas em vista da hediondez do delito.

Consigna que, nos termos da jurisprudência firmada nesta Corte e no Supremo Tribunal Federal, estabelecida a pena-base no mínimo legal, consideradas favoráveis todas as circunstâncias judiciais, o regime prisional deve obedecer ao disposto no art. 33 § 5º do Código Penal, porquanto declarada incidentalmente, pelo STF, a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072/1990 com a redação que lhe foi dada pela Lei 11.467/2007.

Cita, ainda, a Súmula 718 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual *a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a lei aplicada*.

Requer, assim, em caráter liminar e, também, no mérito, o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, com a redução da pena injustamente majorada, bem como a fixação do regime semiaberto.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 285/287.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 310/322, pela denegação da ordem:

HABEAS CORPUS. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. ART. 121, § 2º, INCISO IV, C/C ART.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

14, II, C/C ART. 65, INCISO III, ALÍNEA "D", C/C ART. 61, INCISO 11, ALÍNEA "F", TODOS DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. REGIME PRISIONAL. CONFISSÃO QUALIFICADA. IMPEDIMENTO AO RECONHECIMENTO DA ATENUANTE PREVISTA NO ART. 65, III, D" DO CÓDIGO PENAL. PRECEDENTES DO STJ.

1. E 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 confissão qualificada, na qual o agente agrega à confissão teses defensivas descriminantes ou exculpantes, não tem o condão de ensejar o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal.

3. A escolha do regime prisional 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 Código Penal.

4. Parecer pelo não conhecimento do writ e, no mérito, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 325.078 - SP (2015/0124100-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

[...] Habeas corpus não conhecido.

(HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...].

(STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, em princípio, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Como já consignado no relatório, busca-se o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea e, conseqüentemente, a redução da pena, bem como a fixação do regime semiaberto.

No que tange à atenuante da confissão, este Superior Tribunal tem assentado que *a confissão, ainda que parcial, ou mesmo qualificada – em que o agente admite a*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 (HC 337.797/MA, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 18/2/2016, DJe 29/2/2016).

A matéria, inclusive, encontra-se sumulada, consoante o enunciado n. 545 da Súmula desta Corte, que dispõe:

Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal.

No caso, em relação à confissão, quando provocado a se manifestar, o Tribunal local afastou a atenuante da confissão reconhecida pelo Juízo de primeiro grau, por entender que a confissão foi parcial, não podendo, portanto ser reconhecida (fls. 98/99):

Concordo com o representante do "parquet" quanto ao afastamento da redução da confissão. É que a atenuante de confissão, diante da admissão meramente parcial dos fatos, que não facilitou a instrução do processo, não poderia ser reconhecida.

Conforme já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça:

"A confissão qualificada, na qual o agente agrega à confissão teses defensivas discriminantes ou exculpantes, não tem o condão de ensejar o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal. De qualquer forma, a versão dos fatos apresentados pelo ora Paciente sequer foi utilizada para embasar a sua condenação, uma vez que restou refutada pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Júri. 2. 'In casu', o Paciente confessou ter esfaqueado a vítima para se defender, alegando, portanto, ter agido em legítima defesa. 3. Ordem de Habeas Corpus denegada" (HC 197.395 - 5ª Turma - Rel. Min. Laurita Vaz - j. 23.04.2013 - DJe 30.04.2013).

Contudo, conforme explanado acima, o entendimento da Corte local está em dissonância deste Tribunal Superior, motivo pelo qual deve ser reconhecida a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal em seu favor.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nessa linha:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DOSIMETRIA DA PENA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CONFISSÃO PARCIAL. APLICAÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

IV - Na espécie, a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal, independe se a confissão foi integral ou parcial, especialmente quando utilizada para fundamentar a condenação. (Precedentes STF e STJ).

V - Esse entendimento, inclusive, foi objeto de recente enunciado da Súmula nº 545/STJ: "Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal." Ordem concedida de ofício para reconhecer a atenuante da confissão espontânea, devendo o processo retornar ao eg. Tribunal de origem para nova dosimetria da pena.

(HC 331.946/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 01/12/2015)

Dessa forma, de rigor o reconhecimento da atenuante da confissão, razão pela qual estabeleço a pena aplicada na sentença.

Por fim, em relação ao regime, é cediço que o Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 111.840/ES, assentou que inexistia a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, § 2º e 3º, do Código Penal.

Esse entendimento também é adotado por ambas as Turmas da Terceira Seção desta Corte, conforme segue:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ESTUPRO TENTADO. REGIME PRISIONAL FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

III - O Pretório Excelso, nos termos da r. decisão Plenária



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

proferida por ocasião do julgamento do HC n. 111.840/ES, ao considerar incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com redação dada pela Lei nº 11.464/07, concluiu ser possível, o afastamento da obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

IV - A hediondez do delito, por si só, é insuficiente para justificar a imposição do regime inicial mais gravoso para o cumprimento de pena. Faz-se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos nos artigos 33, § 2º, alínea c, e §3º, do CP (precedentes).

V - Nos termos do Enunciado Sumular nº 719/STF: "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

[...]

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para confirmar a liminar e fixar o regime prisional semiaberto para o início do cumprimento da pena.

(HC 311.618/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 24/6/2015)

Assim foi consignado pelas instâncias ordinárias para fixar o regime fechado:

Fixo para o início do cumprimento da pena o fechado (crime hediondo), podendo o réu recorrer em liberdade porque ausentes os requisitos e pressupostos da custódia cautelar. (Sentença fl. 44)

O regime fechado merece subsistir em decorrência do tratamento dado aos crimes hediondos (homicídio doloso qualificado, tentado ou consumado - art. 1º, inciso I, da Lei nº 8072/90, com redação determinada pela Lei nº 8930/94). (Acórdão fl. 99)

Conforme se observa das transcrições acima, o Juízo de primeiro grau fixou o regime inicial fechado com base tão somente na hediondez do delito, decisão mantida pela Corte estadual, fundamentos que são considerados inidôneos. Dessa forma, resulta imperativo aferir os requisitos previstos no art. 33, § 2º e 3º, do Código Penal.

No caso, o paciente é primário, condenado a pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) e não excedente a 8 (oito) anos de reclusão, as circunstâncias judiciais lhe são favoráveis, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal, razão pela qual deve ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fixado o regime semiaberto.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem, de ofício, para restabelecer a pena aplicada na sentença e fixar o regime semiaberto.

É o voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0124100-9

HC 325.078 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00133844720118260001 133844720118260001 20140000483467 2582011
9000221920118260001

EM MESA

JULGADO: 23/05/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : CLEUSA DE FATIMA REIS MORALES
ADVOGADO : CLEUSA DE FATIMA REIS MORALES E OUTRO(S) - SP192061
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSE DIAS DE OLIVEIRA

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.