

HABEAS CORPUS Nº 493.981 - SP (2019/0046257-0)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : EDILSON SAMPAIO CERQUEIRA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDILSON SAMPAIO CERQUEIRA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado de **próprio punho** por EDILSON SAMPAIO CERQUEIRA, contra v. acórdão proferido pelo g. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da apelação criminal n. 0023832-34.2014.8.26.0564.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 17 (dezessete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, incisos III e IV, do Código Penal (fls. 32-34).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, negou provimento ao apelo defensivo, em v. acórdão assim ementado:

"Júri – Homicídio qualificado – Decisão pelo plenário não manifestamente contrária à prova dos autos – Ausência dos pressupostos para sujeitar o réu a novo julgamento – Entendimento do art. 593, III, “d”, e § 3º, do CPP Optando o Conselho de Sentença por uma das versões apresentadas nos autos, não há porque anular-se a sentença e sujeitar-se o réu a novo julgamento, sob a alegação de que a decisão contrariaria manifestamente a prova dos autos, cumprindo manter-se o soberano veredito dos jurados.

Cálculo da pena Confissão espontânea parcial da prática delitiva Atenuante não caracterizada Não se caracteriza a atenuante da confissão espontânea se o acusado admite apenas parcialmente a prática delituosa.

Pena Júri Homicídio duplamente qualificado Regime prisional fechado para início do cumprimento de pena

Entendimento Em se tratando de homicídio duplamente qualificado, a opção pelo regime fechado mostra-se como sendo a mais adequada, uma vez tratar-se de delito que além de denotar maior ousadia e periculosidade por parte do agente, é fonte de inquietação e causa considerável abalo no corpo social.

Apelação Mandado de Prisão a ser expedido após acórdão condenatório proferido por órgão de Segundo Grau no qual impôs-se pena privativa de liberdade Trânsito em Julgado da matéria de fato Interposição eventual de Recursos Especial e Extraordinário desprovida de efeito suspensivo Admissibilidade Eventuais recursos de natureza especial ou extraordinária que venham a ser interpostos, respectivamente para o STJ ou para o STF, não estão abarcados na ideia de duplo grau de jurisdição, mesmo porque vêm eles desprovidos de efeito devolutivo amplo, na medida em que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória, tendo seu âmbito de cognição restrito à matéria de direito. Sua previsão não visa, com efeito, a outorgar uma terceira ou quarta oportunidades para que determinado pronunciamento jurisdicional, contra o qual o sucumbente se insurge, seja revisto; sua finalidade precípua é, antes, proporcionar a essas Cortes superiores a possibilidade de verificar se houve, in concreto, vulneração à lei federal ou às normas constitucionais, bem como, subsidiariamente, estabilizar, uniformizar e pacificar sua interpretação.

A presunção de inocência não possui nenhum princípio o tem caráter absoluto, devendo ser analisada sempre em conjunto com os demais princípios de igual hierarquia que integram o arcabouço Constitucional, tais como aqueles da proporcionalidade e da duração razoável do processo, cabendo ao intérprete valorar cada um deles, sopesando-os, para determinar qual irá prevalecer em cada situação concreta. Em havendo colidência entre princípios, a divergência a ser dirimida será, com efeito, apenas aparente.

Na seara criminal, a coisa julgada se forma de modo fracionado, conforme a ação penal avança. O próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu cuidar-se de instituto de envergadura constitucional, que se consolida em capítulos autônomos, cujo conteúdo vai precluindo, consoante não venha a ser atacado no curso da ação por recurso.

Torna-se, portanto, a parte relativa ao mérito da acusação e às provas “indiscutível, imutável”, tão logo seja realizado o julgamento em segundo grau de jurisdição, de tal sorte a ocorrer exatamente nesse momento o trânsito julgado desse capítulo da decisão, devendo o Juiz, então, expedir mandado de prisão ou recomendar o condenado no estabelecimento em que estiver recolhido, bem como determinar a

expedição de carta de guia, para que seja iniciado de imediato o cumprimento da pena" (fls. 38-39).

Dai o presente **writ**, onde o impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal na negativa de reconhecimento da sua confissão espontânea.

A Defensoria Pública intimada para atuar no feito, consignou que *"Com efeito, o paciente confessou que havia praticado o homicídio, mesmo que em legítima defesa. A própria sentença reconhece a confissão, mas, como imprestável para a compensação (e-STJ, fls. 33) Do mesmo modo, o E. TJ/SP reconhece a existência da confissão, mas, não faz a compensação porque teria sido apenas parcial (e-STJ, fls. 44): "O MM. Juiz Presidente, adequadamente, deixou de reconhecer a atenuante da confissão espontânea, uma vez que o apelante admitiu apenas parcialmente a prática delituosa, tendo buscado justificar a sua conduta mediante alegação de que agiu em legítima defesa putativa." Porém, mesmo que parcial, existiu a confissão e contribuiu para o deslinde do processo e na fundamentação da sentença condenatória e do acórdão. Logo, é de ser concedida a presente ordem no sentido de ser reconhecida a atenuante da confissão citada, e compensando-a com a reincidência, e com a consequente diminuição da pena aplicada" (fl. 54, grifei).*

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja reduzida a pena imposta com o reconhecimento da confissão espontânea.

O pedido liminar foi **indeferido** às fls. 15-16.

Informações prestadas às fls. 24-25.

O Ministério Público Federal, às fls. 56-58, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**, mas pela concessão da ordem, **de ofício**, em parecer assim ementado:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO

PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO DO WRIT. PENAL. CRIME DO ART. 121, § 2º, III E IV, DO CP. DOSIMETRIA DA PENA. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CONFISSÃO PARCIAL. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DO ART. 65, III, "D", DO CP. SÚMULA Nº 545/STJ. PRECEDENTES. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS, MAS PELA CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO" (fl. 56).

É o relatório.

Decido.

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Inicialmente, cumpre registrar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e se se tratar de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a *"dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade"* (HC n. 400.119/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/8/2017).

Transcrevo, para melhor delimitar a **quaestio**, os seguintes trechos do v. acórdão impugnado, quanto ao tema:

"Na segunda fase, houve a compensação entre a agravante da reincidência e o reconhecimento da atenuante genérica de que o réu agiu sob a influência de violenta emoção (art. 65, II, "c", do CP). O MM. Juiz Presidente, adequadamente, deixou de reconhecer a atenuante da confissão espontânea, uma vez que o apelante admitiu apenas parcialmente a prática delituosa, tendo buscado justificar a sua conduta mediante alegação de que agiu em legítima defesa putativa. Em razão da segunda qualificadora (meio cruel) reconhecida pelo Conselho de Sentença, ora considerada como agravante genérica prevista no art. 61, II, "d", do CP, a pena foi acrescida de 1/4, totalizando 17 anos e 06 meses de reclusão, em razão da inexistência de outras causas modificadoras da pena na última etapa do cálculo" (fl. 44, grifei).

E é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a confissão do acusado, ainda que **parcial, qualificada com tese defensiva**, condicionada ou posteriormente retratada, enseja a incidência da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea 'd', do Código Penal.

A propósito:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS DO CRIME. MOTIVAÇÃO IDÔNEA DECLINADA. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. NEUTRALIDADE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA QUALIFICADA. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DO ART. 65, III, 'D', DO CP. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

5. No que se refere à segunda fase do critério trifásico, a atenuante da confissão espontânea deve ser reconhecida, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, quando a manifestação do réu for utilizada para fundamentar a sua condenação, o que se infere na hipótese dos autos.

6. Conquanto tenha agregado tese defensiva, já que afirmou ter agido sob o pálio da legítima defesa (CP, art. 23, II), a confissão do réu, ainda que qualificada, foi sopesada na formação do juízo condenatório, devendo, portanto, ser reconhecida a incidência da atenuante do art. 65, III, 'd', do Código Penal.

7. Writ não conhecido e ordem concedida, de ofício,

para determinar que o Juízo das Execuções proceda à nova dosimetria da pena, afastando-se a valoração do comportamento da vítima na fixação da pena-base, devendo, ainda, ser reconhecida a incidência da atenuante da confissão espontânea. (HC 370.145/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 13/03/2018, DJe 20/03/2018)

PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO PRIVILEGIADO. PERCENTUAL DE REDUÇÃO DA PENA. CRITÉRIOS. ATENUANTE DA CONFISSÃO. INCIDÊNCIA. PENA-BASE. REEXAME DE PROVAS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

2. 'As instâncias ordinárias deixaram de aplicar a atenuante da confissão espontânea apenas porque ela teria vindo acompanhada da tese de que o delito teria sido praticado em legítima defesa. Contudo, segundo a jurisprudência desta Corte, a confissão, ainda que parcial ou qualificada, deve atenuar a pena' (AgInt no REsp 1.568.311/MG, Rel. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 13/6/2016).

[...]

Recurso especial parcialmente provido". (REsp 1475451/RS, Quinta Turma, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornin, DJe 29/03/2017, grifei).

Este é, precisamente, o caso da ação criminal da origem, em que o fato de o paciente haver assumido a autoria alegando que agiu em situação de legítima defesa não reconhecida - foi fundamental para a formação do juízo condenatório dos jurados e para que a instância **a quo** não anulasse a condenação, por contrariedade à prova dos autos.

Passo, então, ao redimensionamento da pena.

Na primeira fase, mantenho a pena-base exasperada em 1/6 (um sexto), pelo desfavorecimento dos maus antecedentes do acusado, resultando em **14 anos de reclusão.**

Na segunda etapa, no concurso entre as atenuantes (confissão e influência de violenta emoção) e as agravantes do art. 61, incisos **I** e **II**, "**d**", do Código Penal, promovo a compensação para manter a reprimenda no patamar

anteriormente fixado, por força da Súmula nº 231 desta Corte Superior.

No último estágio, não há causas de diminuição ou de aumento, razão pela qual a reprimenda se torna definitiva em **14 (quatorze) anos de reclusão**.

O regime prisional permanecerá o **fechado**, nos termos do **art. 33, § 2º, "a", do Código Penal**.

Ante o exposto não conheço do **writ**.

Conduto, **concedo a ordem, de ofício**, para reduzir a pena do paciente, pelo delito de homicídio qualificado, ao novo patamar de **14 (quatorze) anos de reclusão**, mantidos os demais termos da condenação.

P. e I.

Brasília (DF), 04 de abril de 2019.

Ministro Felix Fischer
Relator