

HABEAS CORPUS Nº 563.287 - SP (2020/0045494-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : **ADRIANO PROCOPIO DE SOUZA**
ADVOGADO : **ADRIANO PROCÓPIO DE SOUZA - SP188301**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **CLAUDIO LUCIO LUIS (PRESO)**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **CLÁUDIO LÚCIO LUIS** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 9 anos e 3 meses de reclusão, em regime prisional fechado, como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, II, c/c o art. 14, II, do CP, e à pena de 1 ano de detenção, em regime aberto, pela prática do delito do art. 12, *caput*, da Lei n. 10.826/2003 (e-STJ, fls. 27-29).

Irresignada, a defesa apelou ao Colegiado de origem, que desproveu o recurso, nos moldes da seguinte ementa:

"APELAÇÃO - HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO - MOTIVO FÚTIL - POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO - SOLUÇÃO CONDENATÓRIA QUE ENCONTRA RESSONÂNCIA EM RAZOÁVEL VERTENTE PROBATÓRIA - SOBERANIA DOS VEREDICTOS - DOSIMETRIA PENAL ADEQUADA - RECURSO IMPROVIDO." (e-STJ, fl. 58)

Após o trânsito em julgado do decreto condenatório, foi ajuizada revisão criminal pelo ora paciente, sem êxito.

Os embargos declaratórios foram rejeitados.

Impetrado *habeas corpus* na origem, a ordem foi denegada.

Foi impetrado *writ* junto a este Superior Tribunal de Justiça - HC n. 520.297/SP -, tendo o feito sido indeferido liminarmente. Porém, determinou-se que a Corte local analisasse o mérito do *habeas corpus* impetrado na origem.

Atendendo à determinação desta Corte Superior, o Colegiado local analisou o mérito do *habeas corpus* e denegou a ordem. Eis a ementa do acórdão:

"*HABEAS CORPUS* - HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO - POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO - CONDENAÇÃO - IMPROVIMENTO DE RECURSO DE APELAÇÃO - C. STJ ANULOU O JULGAMENTO ANTERIOR DO *WRIT* - AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA FLAGRANTE - ORDEM DENEGADA." (e-STJ, fl. 14)

Neste *writ*, o impetrante sustenta, em síntese, que: a) apesar do paciente ter confessado espontaneamente que efetuou disparo contra a vítima, não foi reconhecida em

seu favor a atenuante da confissão espontânea; b) o crime de posse ilegal de arma, não obstante tenha sido reconhecido pelos jurados, deve ser absorvido pela tentativa de homicídio, uma vez que "ficou amplamente demonstrado na sentença que anexa que o crime menor funcionou como meio para a prática do homicídio tentado" (e-STJ, fl. 9).

Pugna pela concessão da ordem, a fim de que seja reconhecida a atenuante da confissão espontânea, bem como para que seja aplicado o princípio da consunção com relação ao crime de posse ilegal de armas.

Indeferido pedido liminar (e-STJ, fl. 33), a Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela concessão da ordem no que diz respeito à atenuante da confissão espontânea (e-STJ, fls. 117-118).

É o relatório.

Decido.

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

E mais, a individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os parâmetros concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

No caso, acerca do pleito de incidência da atenuante da confissão espontânea, a Corte local destacou, no julgamento da apelação e do *habeas corpus*, respectivamente:

"O acusado, ao longo da persecução penal, afirmou que não agiu com *animus necandi*, e que teria desferido o disparo durante uma discussão com a vítima (fls. 10/11, 219, 312/CD e 584/CD)." (e-STJ, fl. 23)

"Importa anotar, a propósito, quanto ao pleito defensivo de reconhecimento da circunstância atenuante da confissão, que, na realidade, como se verificou na motivação do V. Acórdão, o paciente buscou articular versão exculpatória, no sentido de que não agiu com *animus necandi*, razão pela qual não merece acolhimento (fl. 17)." (e-STJ, fl. 17)

Conforme se depreende, a atenuante da confissão espontânea deixou de ser reconhecida por ter sido exculpatória e parcial, uma vez que o paciente só admitiu ter efetuado o disparo, negando, porém o *animus necandi*.

Todavia, nos moldes da Súmula 545/STJ, a atenuante da confissão espontânea deve ser reconhecida, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, seja ela judicial ou extrajudicial, e mesmo que o réu venha a dela se retratar, quando a manifestação for utilizada para fundamentar a sua condenação.

A fim de corroborar tal entendimento, os seguintes precedentes:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.

CONFISSÃO PARCIAL. ATENUANTE CONFIGURADA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RÉU MULTIRREINCIDENTE. COMPENSAÇÃO PARCIAL. DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. ART. 563 DO CPP. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVOS REGIMENTAIS NÃO PROVIDOS.

1. Se a confissão do acusado foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, deve incidir a atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal, sendo irrelevante o fato de a confissão ter sido espontânea ou não, total ou parcial, ou mesmo que tenha havido posterior retratação. Inteligência da Súmula n. 545 do STJ.

2. Não é possível realizar a compensação integral entre a confissão e a reincidência, ante a multirreincidência do réu.

3. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que o reconhecimento de nulidade, relativa ou absoluta, exige a indicação em tempo oportuno e a demonstração do prejuízo, a teor do art. 563 do Código de Processo Penal.

4. 'A pena-base deve ser sempre fixada dentro das balizas estabelecidas pelo legislador, sendo defeso ao Juiz, mesmo quando as circunstâncias judiciais do art. 59 forem favoráveis ao réu, fixá-la abaixo do limite mínimo previsto na norma penal incriminadora' (REsp n. 212.237/GO, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, 5ª T., DJ 5/3/2001).

5. Agravos regimentais não providos." (AgInt no REsp 1661261/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 3/8/2017, DJe 10/8/2017, grifou-se);

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. CONFISSÃO PARCIAL UTILIZADA COMO ELEMENTO DE CONVICÇÃO PELO MAGISTRADO. REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL. CIRCUNSTÂNCIAS IGUALMENTE PREPONDERANTES. ERESP N. 1.154.752/RS. SÚMULA N. 545/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. A confissão parcial do réu configura a atenuante do art. 65, III, d, do Código Penal quando utilizada na formação da convicção do Magistrado. Nesse sentido: HC n. 337.662/RJ, Relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 01/08/2016. Súmula n. 545 do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para compensar a reincidência com a confissão espontânea, redimensionando a pena do paciente para 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, além do pagamento de 14 dias-multa, mantidos os demais termos do decreto condenatório." (HC 393.104/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em

27/6/2017, DJe 30/6/2017, grifou-se).

No caso, embora o paciente tenha negado a intenção de matar a vítima, a confissão quanto aos disparos de arma de fogo serviu de fundamento para a condenação pelo crime de tentativa de homicídio, de modo que resta justificada a incidência da atenuante da confissão espontânea, conforme a dicção da Súmula 545/STJ.

Por outro lado, quanto à absorção do crime do art. 12, *caput*, da Lei n. 10.826/2006 pelo crime de tentativa de homicídio, o Tribunal de origem asseverou o que segue:

"Há que se observar, também, que a solução condenatória adotada no julgamento em plenário, em relação ao crime conexo, qual seja, o previsto no art. 12, *caput*, da Lei 10.826/03, não pode ser tida como, manifestamente, contrária à prova dos autos, como expressamente se anotou no V. Acórdão, pois foi acolhida versão razoável sobre os fatos, nesse sentido não há que se falar em caracterização do princípio da consunção." (e-STJ, fl. 17)

De acordo com o que se extrai, a conclusão das instâncias ordinárias - soberanas na análise do acervo fático-probatório dos autos - foi no sentido de que as condutas de posse ilegal de arma e de tentativa de homicídio foram independentes, não se aplicando ao caso o princípio da consunção.

Desta feita, alterar este entendimento envolve reexame de fatos e provas, providência incabível na estreita vias do *habeas corpus*.

Ilustrativamente:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO MOTIVO FÚTIL, NA FORMA TENTADA. (ART. 121, § 2º, III E IV, C/C O ART. 14, II, AMBOS DO CP). LEGÍTIMA DEFESA. AUSÊNCIA DE PROVAS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 211/STJ, 282 e 356/STF. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. ACÓRDÃO FIRMADO EM MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. STF.

1. Conforme disposto no art. 593, III, d, e § 3º, do Código de Processo Penal, cabível novo julgamento pelo Tribunal do Júri se a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos (AgRg no AREsp n. 1.369.974/MG, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 21/10/2019).

2. Para alterar a conclusão a que chegaram as instâncias ordinárias e acolher a tese de legítima defesa e decidir pela absolvição sumária do agravante, ou desclassificar a conduta para lesão corporal ou, ainda, para excluir as qualificadoras, demandaria, necessariamente, revolvimento do acervo fático-probatório delineado nos autos, procedimento que encontra óbice na Súmula 7/STJ, que dispõe: a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial (AgRg no AREsp n. 1.482.074/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 30/9/2019).

3. O acolhimento da tese relativa à legítima defesa demanda o exame aprofundado do material fático-probatório, inviável em recurso especial, a teor da Súmula 7/STJ (AgRg no AREsp n. 1.476.923/RS, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 14/10/2019).

4. Da atenta leitura dos autos, denota-se que a suposta tese de legítima defesa nem sequer foi julgada ou debatida pelo acórdão estadual, o que atrai a incidência dos Enunciados n. 211/STJ, n. 282 e n. 356/STF, em decorrência da ausência de prequestionamento.

5. Etimologicamente, processo significa marcha avante, do latim *procedere*. Logo a interrupção de seu seguimento, por meio da imposição de nulidades infundadas, fere peremptoriamente o instituto jurídico. Em razão disso, segundo a legislação processual penal em vigor, é imprescindível - quando se trata de nulidade de ato processual - a demonstração do prejuízo sofrido, em consonância com o princípio *pas de nullité sans grief*, o que não ocorreu na espécie.

6. A verificação da real intenção da prática delitiva (homicídio) perpetrada pelo agravante envolve a análise do material fático-probatório disposto nos autos, o que, na via especial, esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

7. O voto condutor do acórdão estadual demonstrou não ter vinculação exclusiva entre o delito de porte de arma de fogo e o crime de homicídio, de maneira que aquele pudesse ser considerado crime meio e, portanto, ante factum impunível. Ao contrário, o Sodalício estadual apontou o porte do artefato pelo réu em outras ocasiões que não a prática do crime de homicídio, tornando inviável a aplicação da regra da consunção, haja vista a existência de crimes autônomos e independentes (HC n. 395.268/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 19/12/2017).

8. A absorção do crime de porte ilegal de arma de fogo pelo de homicídio exige que as condutas tenham sido praticadas no mesmo contexto, guardando relação de dependência ou subordinação, de modo que o porte tenha como fim unicamente a prática do delito de homicídio. A reversão das premissas fáticas deduzidas no acórdão de apelação - que manteve a condenação pela prática de homicídio e de porte ilegal de arma de fogo, em concurso material - implica revisão fático-probatória, providência inadmissível na via eleita, nos termos da Súmula 7/STJ (AgRg no AREsp n. 1.186.399/MS, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 15/5/2018).

9. A elaboração da dosimetria, *in casu*, obedeceu ao princípio da persuasão racional ou livre convencimento motivado, a justificar adequadamente a fixação da pena-base. Dessa forma, a fixação da dosimetria está suficientemente fundamentada, inexistindo flagrante ilegalidade ou teratologia a ser sanada (HC n. 250.601/RJ, Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 14/11/2012).

10. Fixada a redução da pena em razão da tentativa, com observância do iter criminis percorrido apurado nos autos, descabe em recurso especial a alteração da fração redutora, pois tal providência enseja o revolvimento fático-probatório, vedado pela Súmula n. 7/STJ (AgRg no AREsp n. 1.321.942/RS, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 26/8/2019).

11. Extraí-se dos autos que os princípios do contraditório e da ampla defesa foram adequadamente observados durante o trâmite processual, logo, para possível declaração de nulidade, indispensável a demonstração do prejuízo sofrido pela parte - *pas de nullité sans grief* (AgRg nos EDcl no REsp n. 721.555/PI, Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Sexta Turma, DJe 18/4/2011).

12. Inexistindo elementos capazes de alterar os fundamentos da decisão agravada, subsiste incólume o entendimento nela firmado, não merecendo prosperar o presente agravo.

13. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1687824/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 18/02/2020, DJe 02/03/2020);

"*HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. INAPLICABILIDADE NO CASO CONCRETO. ORDEM DENEGADA.

1. 'A conduta de portar arma ilegalmente é absorvida pelo crime de roubo, quando, ao longo da instrução criminal, restar evidenciado o nexo de dependência ou de subordinação entre as duas condutas e que os delitos foram praticados em um mesmo contexto fático, incidindo, assim, o princípio da consunção' (HC 178.561/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 13/06/2012).

2. *In casu*, as instâncias ordinárias concluíram que o porte ilegal de arma de fogo decorreu de desígnio autônomo e, para se chegar a qualquer conclusão em sentido contrário, seria necessária uma análise acurada dos fatos, depoimentos e elementos de convicção em que se arrimaram as instâncias ordinárias. Tal procedimento é inviável em sede de habeas corpus, pois importaria em transformar o writ em recurso dotado de ampla devolutividade.

3. *Habeas corpus* denegado."

(HC 441.638/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 29/08/2018).

Portanto, constatada flagrante ilegalidade apenas no que tange à atenuante da confissão espontânea, passe-se à nova dosimetria da pena do paciente pelo crime de tentativa de homicídio, porém somente no que toca à segunda fase.

Partindo da pena-base fixada em 14 anos e 3 meses de reclusão, na segunda fase reduz a pena em 1/6 pelo reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, resultando em 11 anos, 10 meses e 15 dias de reclusão.

Na terceira fase, mantém-se a redução da pena em 1/3 pelo reconhecimento da tentativa, totalizando 7 anos e 11 meses de reclusão.

Reconhecida a regra do concurso material de crimes, a pena do crime de homicídio (7 anos e 11 meses de reclusão) deve ser somada àquela do crime de posse ilegal de arma de fogo (1 ano de detenção), estabelecendo-se definitivamente em 7 anos e 11 meses de reclusão e 1 ano de detenção.

Por fim, tendo em vista a existência de circunstância judicial desfavorável quanto ao delito de homicídio, fica mantido o regime inicial fechado, nos termos do art.

Superior Tribunal de Justiça

33, § 3º, do Código Penal.

Ante o exposto, **não conheço** do *writ*, todavia **concedo a ordem**, de ofício, para reconhecer a atenuante da confissão espontânea quanto ao crime de tentativa de homicídio e reduzir a reprimenda final para 7 anos e 11 meses de reclusão e 1 ano de detenção.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 23 de março de 2020.

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator