



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 317.780 - SP (2015/0044706-6)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : ADRIANA ALVES COUTINHO
ADVOGADO : ADRIANA ALVES COUTINHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARIO SERGIO GERALDELLI (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE PARA O DELITO DE TRÁFICO FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. CONFISSÃO UTILIZADA PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. ATENUANTE QUE DEVE SER CONSIDERADA, SEM EFEITOS NO MONTANTE DE PENA, JÁ REDUZIDA AO MÍNIMO PELA APLICAÇÃO, NA SEGUNDA FASE, DA ATENUANTE DE MENORIDADE. ENUNCIADO N. 231 DA SÚMULA DESTA CORTE. AFASTAMENTO DO REDUTOR DE PENA PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE QUE APRESENTA MAUS ANTECEDENTES. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA HEDIONDEZ DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. REGIME MAIS GRAVOSO MANTIDO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

– A quantidade, natureza e diversidade de drogas constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas no tráfico ilícito de entorpecentes.

– No caso, a fixação da pena-base acima do mínimo legal teve por fundamento a grande quantidade da droga apreendida – 34 porções de maconha pesando 52,3 gramas e 261 invólucros contendo cocaína, com peso de 107,8 gramas.

– Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, deve incidir a atenuante de confissão, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, quando a manifestação do réu for utilizada para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentar a condenação, como ocorreu na hipótese dos autos.

– Entretanto, a dosimetria realizada pelo Tribunal *a quo* demonstra que o acréscimo de 1/6 realizado na pena-base já foi decotado na segunda fase, em razão da incidência da atenuante de menoridade, tanto que a pena final manteve-se no mínimo legal de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa. Em razão do disposto no enunciado 231 da Súmula desta Corte, o reconhecimento da atenuante de confissão não gera qualquer efeito na pena final aplicada ao paciente.

– O afastamento do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 ocorreu em razão dos maus antecedentes do paciente, apontados no acórdão impugnado.

– O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

– Na hipótese, porém, considerando os maus antecedentes do paciente, a pena-base fixada acima do mínimo legal em razão da quantidade elevada da droga apreendida e a pena final de 5 anos de reclusão, recomenda-se a manutenção do regime mais gravoso, para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal. Precedentes.

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para reconhecer a atenuante de confissão espontânea, sem alteração na pena.

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, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 24 de novembro de 2015 (Data do Julgamento).

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 317.780 - SP (2015/0044706-6)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : ADRIANA ALVES COUTINHO
ADVOGADO : ADRIANA ALVES COUTINHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARIO SERGIO GERALDELLI (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MÁRIO SERGIO GERALDELLI contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0006960-31.2011.8.26.0472.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, pela prática da conduta descrita no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, à pena de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, no regime inicial fechado, porque (e-STJ fl. 12):

*[...] segundo a denúncia, trazia e guardava, para fins de entrega a terceiros **34 porções de "maconha"** pesando 52,3 gramas e 261 invólucros contendo cocaína, com **peso de 107,8 gramas** o que fazia sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.*

A defesa recorreu da sentença postulando a absolvição por ausência de provas e, subsidiariamente, a redução da reprimenda, pela aplicação da causa especial de redução da pena do § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos e o abrandamento do regime prisional.

O Tribunal revisor deu parcial provimento ao recurso para reduzir a reprimenda para 5 anos de reclusão, no regime fechado, além do pagamento de 500 dias-multa, no piso, mantida no mais a r. sentença (e-STJ fl. 10).

No presente *habeas corpus*, a impetrante alega que o Tribunal não considerou que o paciente, em seu interrogatório, confessou parcialmente o crime, circunstância relevante que deveria ser utilizada para atenuar a pena na segunda fase da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dosimetria.

Destaca que o paciente era tecnicamente primário à data dos fatos, teve a pena-base fixada no piso legal, além de não haver indícios que esteja ligado a organizações criminosas, fazendo jus, assim, à causa especial de redução da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

Sustenta, ainda, que o regime inicial foi estabelecido com base na gravidade abstrata do delito. Argumenta que, diante da quantidade de pena imposta, e considerando as condições subjetivas avaliadas na dosimetria, deveria ser fixado o regime intermediário, nos termos do art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal.

Diante disso, pede, liminarmente e no mérito, a readequação da reprimenda e o estabelecimento do regime inicial semiaberto.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 317.780 - SP (2015/0044706-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpre analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, 1ª Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014; STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, 4ª Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Busca-se, na presente impetração, a realização de nova dosimetria de pena, com o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, III, *d*, do Código Penal, com a consequente redução da pena; a aplicação da causa especial de redução da pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006; e o estabelecimento de regime prisional menos gravoso.

Acerca da confissão do paciente, colhe-se do acórdão impugnado:

Pelo conjunto probatório produzido não restou claro ter o réu praticado a mercancia de entorpecentes, mas a guarda dos mesmos restou incontroversa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tal conduta, inclusive admitida pelo próprio apelante em juízo, prestigiado pelas garantias constitucionais ao contraditório e ampla defesa, insere-se em um dos núcleos do tipo penal preconizado no art. 33, da Lei nº. 11.343/2006 [...].

Cabe ressaltar que, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão do réu, ainda que parcial ou qualificada, for utilizada para fundamentar a condenação, como ocorreu na hipótese, é incabível o afastamento da respectiva atenuante.

Nessa linha:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO E EXTORSÃO QUALIFICADA. DOSIMETRIA. CONFISSÃO QUALIFICADA. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA 231 DO STJ.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. ***"Para efeitos de reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, III, alínea 'd', do CP (confissão espontânea) não é necessário, que a confissão seja completa, explicitando todas as circunstâncias do crime ou que seja movida por um motivo moral, o qual demonstre o arrependimento do acusado, ou, ainda, que influa decisivamente para a condenação" (HC 306.785/MS, rel. Ministro FELIX FISHER, Quinta Turma, DJe 3/3/2015).***

3. Hipótese em que o paciente admite sua participação no crime de extorsão mediante sequestro, notadamente, quando afirma ter sido obrigado a vigiar a vítima sob coação moral irresistível, acatando as determinações dos suspeitos para preservar a segurança de seus familiares, o que não ocorre em relação ao delito de extorsão.

4. Mesmo tendo a confissão do paciente agregado tese defensiva excludente de ilicitude (coação moral irresistível), a recente jurisprudência desta Corte tem admitido a sua incidência, desde que de alguma forma tenha influenciado na convicção do magistrado para a condenação.

5. ***"A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal"*** - Súmula 231 desta Corte.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem parcialmente concedida, de ofício, apenas para reconhecer a incidência da atenuante da confissão, sem, contudo, alteração da reprimenda (HC 265.331/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 23/6/2015, DJe 3/8/2015).

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONFISSÃO ESPONTÂNEA PARCIAL. UTILIZAÇÃO COMO SUPORTE DA CONDENAÇÃO. ATENUAÇÃO OBRIGATÓRIA. COMPENSAÇÃO COM REINCIDÊNCIA.

1. Consoante entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, nos casos em que a confissão do acusado servir como um dos fundamentos para a condenação, deve ser aplicada a atenuante em questão, 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.

2. É devida a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. Precedente da Terceira Seção.

3. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1412043/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 10/3/2015, DJe 19/3/2015).

Dessa forma, a confissão judicial foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, devendo incidir a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal.

Entretanto, da análise da dosimetria realizada pelo Tribunal *a quo*, verifica-se que o acréscimo de 1/6 realizado na pena-base, em razão da quantidade de drogas apreendidas, foi decotado na segunda fase, em razão do reconhecimento da atenuante de menoridade, tanto que a pena final manteve-se no mínimo legal de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa (e-STJ fl. 16).

Diante disso, em razão do disposto no enunciado 231 da Súmula desta Corte, o reconhecimento da incidência da atenuante de confissão não gera qualquer efeito na pena aplicada ao paciente.

Ademais, o acórdão impugnado, ao afastar a aplicação do disposto no § 4º



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, consignou que o paciente possui maus antecedentes, confira-se:

Na terceira fase, incabível a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos, pois tal dispositivo legal exige que o agente seja primário e de bons antecedentes, o que não se amolda ao réu que ostenta condenações anteriores, conforme supramencionado (e-STJ fl. 16).

Verifica-se, portanto, que o afastamento da redutora ocorreu por aplicação literal do disposto no referido parágrafo, segundo o qual, "nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa".

Quanto ao regime, não há que se desconsiderar a fundamentação apresentada pela Corte local:

O regime prisional fechado deve ser mantido.

É certo que o STF e o STJ recentemente proferiram decisões entendendo ser inconstitucional a obrigatoriedade da fixação do regime inicial fechado aos delitos equiparados a hediondo, como é o caso dos autos.

Entretanto, tendo em vista o montante da pena e conduta delitiva anterior na vida do réu tal regime é o que melhor se amolda ao caso sub judice.

No caso, apesar de afastado o fundamento referente à hediondez do delito para a fixação do regime inicial fechado, considerando-se os maus antecedentes do paciente, a pena-base fixada acima do mínimo legal em razão da quantidade elevada da droga apreendida – 34 porções de maconha pesando 52,3 gramas e 261 invólucros contendo cocaína, com peso de 107,8 gramas – e a pena final de 5 anos de reclusão, há circunstância concreta que recomenda o regime mais gravoso, para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA DIVERSO DO FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro da discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar-se para as singularidades do caso concreto, cumprindo-lhe, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelas circunstâncias relacionadas no caput do art. 59 do Código Penal.

2. Condenações anteriores com trânsito em julgado há mais de cinco anos não caracterizam a reincidência, mas podem ser consideradas como maus antecedentes.

3. A exasperação da pena-base em 6 meses, diante da circunstância judicial desfavorável - maus antecedentes -, mostra-se razoável e não merece qualquer reparo.

4. Nos crimes de tráfico de entorpecentes, a escolha do regime prisional inicial deve levar em consideração a quantidade da pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e as demais peculiaridades do caso concreto (como a natureza e a quantidade de drogas apreendidas, por exemplo), para que, então, seja escolhido o regime carcerário que, à luz do disposto no art. 33 e parágrafos do Código Penal, se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

5. Diante do quantum de pena imposta - 6 anos e 5 meses de reclusão - e dos maus antecedentes do agravante, não há qualquer ilegalidade na imposição do modo mais gravoso.

6. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 322.686/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 25/8/2015, DJe 11/9/2015) – (grifei).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. LEGALIDADE. REGIME MAIS GRAVOSO. CONFIRMAÇÃO.

1. O art. 42 da Lei n. 11.343/2006 estabelece que o magistrado, na quantificação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, de modo que a fixação da pena em cinco anos e dez meses de reclusão, na primeira fase da dosimetria, observou a disciplina contida na norma especial.

2. Como é sabido, para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

3. As instâncias ordinárias, após o exame dos elementos probatórios acostados aos autos, concluíram que o agravante se dedicava às atividades criminosas, de forma que, para afastar tal premissa, seria imprescindível o reexame dos fatos e das provas dos autos, o que é inviável em sede de habeas corpus.

4. Legalidade do regime fechado fixado na origem, não pela hediondez do delito, mas em razão da quantidade e da qualidade da droga apreendida (150g de cocaína), à vista do que dispõe o art. 42 da Lei de Entorpecentes. Precedentes.

5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC 300.677/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 8/9/2015, DJe 29/9/2015) – (grifei).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*, mas **concedo** a ordem de **ofício** apenas para reconhecer a atenuante de confissão espontânea, sem alteração no *quantum* da pena aplicada ao paciente.

É o voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0044706-6

HC 317.780 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00069603120118260472 20140000006466 69603120118260472

EM MESA

JULGADO: 24/11/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ADRIANA ALVES COUTINHO
ADVOGADO : ADRIANA ALVES COUTINHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARIO SERGIO GERALDELLI (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

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, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.