



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 339.223 - SC (2015/0265728-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : ALEXANDRE FERNANDES KITZBERGER (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA PARCIAL. UTILIZAÇÃO PARA EMBASAR A SENTENÇA. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE E COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. OBRIGATORIEDADE. PACIENTE REINCIDENTE. COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO AFASTA A OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão do réu, ainda que parcial ou retratada, for utilizada pelo magistrado para fundamentar a condenação, deve incidir a respectiva atenuante. Por envolver a personalidade do agente, a atenuante da confissão espontânea é igualmente preponderante e deve ser compensada com a agravante da reincidência.

2. O fato de a agravante da reincidência ter sido compensada com a atenuante da confissão espontânea não afasta a conveniência do regime inicial fechado a condenado à pena superior a 4 anos de reclusão.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de compensar a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, reduzindo a reprimenda corporal do paciente para 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, mantido o regime inicial fechado.

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: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 23 de fevereiro de 2016(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 339.223 - SC (2015/0265728-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : ALEXANDRE FERNANDES KITZBERGER (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ALEXANDRE FERNANDES KITZBERGER, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (Apelação n.º 2015.035169-7).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime fechado, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, pelo delito de tráfico de drogas e à pena de 1 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa pelo crime de receptação.

Inconformada, a defesa apelou, sendo dado parcial provimento ao recurso para absolver o paciente da imputação quanto ao crime de receptação e, de ofício, adequar a pena de multa referente ao delito de tráfico de entorpecentes. Confira-se o teor do acórdão atacado, no que interessa:

2- Do tráfico ilícito de entorpecentes

Em que pese não haja insurgência específica quanto a este crime, convém ressaltar que a materialidade e autoria delitivas estão demonstradas por meio do auto de prisão em flagrante (fls. 2/9), boletim de ocorrência (fls. 14/15), auto de exibição e apreensão (fls. 16/18), dos registros fotográficos (fls. 23/33), do laudo de constatação provisória (fl. 37), exame pericial definitivo (fls. 66/69), bem como da prova oral coligida ao longo da instrução.

Postula a defesa tão somente a preponderância da atenuante da confissão espontânea sobre a agravante da reincidência.

Constata-se que, na fase policial (fl. 7), o acusado permaneceu silente, conforme já consignado. Em Juízo (mídia eletrônica à fl. 91), confessou a propriedade da droga (3'43"), mas o fez sob a escusa de que vendia para usar (3'54").

Pois bem.

Na etapa intermediária da dosimetria, o Magistrado *a quo* reconheceu a atenuante da confissão espontânea - destacando que ocorreu de forma parcial e de modo não determinante ao esclarecimento do delito - e a agravante da reincidência (fl. 44), a qual considerou preponderante no caso concreto. Dessa forma, majorou a sanção em 1/8 (um oitavo), alcançando 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, pena que se tornou definitiva em face da ausência de causas de aumento ou de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diminuição.

Na hipótese, a despeito do posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial Repetitivo n. 1.341,370/MT, Tema 585, a Sentença está de acordo o entendimento iterativamente adotado por esta Corte - preponderância da agravante da reincidência sobre a atenuante da confissão espontânea -, observa o disposto no art. 67 do Código Penal e ajusta-se ao que têm decidido ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal.

(...)

Assim, mantém-se o aumento operado no *decisum*, especialmente porque se trata de reincidência específica (fl. 44) e, considerando a apreensão de grande quantidade de droga - 965,2g (novecentos e sessenta e cinco gramas e dois decigramas) de maconha e 25g (vinte e cinco gramas) de cocaína -, balança de precisão, material destinado à embalagem do entorpecente e demais circunstâncias do caso, a confissão do acusado, **a par de não ter sido plena, não foi preponderante para a demonstração da prática delituosa.**

Todavia, impende realizar, de ofício, correção na pena de multa, uma vez que é cediço que ela deve ser fixada proporcionalmente à sanção privativa de liberdade, o que não ocorreu na espécie.

Observa-se que o apelante foi condenado ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa. No entanto, a pena-base foi fixada no mínimo legal, as agravantes e atenuantes não devem influir na pena pecuniária e não foram reconhecidas causas de aumento ou de diminuição. Assim, adequa-se o quantum para 500 (quinhentos) dias-multa.

No mais, não há reparos a se realizar na reprimenda, uma vez que fixada com atenção às operadoras alinhadas no art. 59 do Código Penal e aos demais parâmetros legais, que garantem a sua individualização e contribuem para a efetivação dos seus objetivos, quais sejam: retribuição, prevenção e ressocialização do apenado.

Ante o exposto, o voto é no sentido dar parcial provimento ao recurso para absolver o apelante da imputação quanto ao crime de receptação e, de ofício, adequar a pena de multa referente ao delito de tráfico de entorpecentes.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados, em acórdão assim sumariado:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ALEGADA OMISSÃO INDIRETA. INOVAÇÃO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. NÃO CONHECIMENTO NO PONTO.

"É inviável a apreciação de matéria que não foi alegada no momento processual adequado, pois é vedado à parte inovar quando da oposição de embargos de declaração" (STJ, EDcl no HC n. 288.875/MG, j. em 3/2/2015).

SUSCITADA OMISSÃO QUANTO À APLICAÇÃO DO ART. 67 DO CÓDIGO PENAL. VÍCIO INEXISTENTE. PRETENSA REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. NÃO CABIMENTO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA DE QUAISQUER PRESSUPOSTOS INSCULPIDOS NO ART. 620 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. REJEIÇÃO.

1 A rediscussão da matéria não encontra espaço nos embargos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

declaratórios, devendo o embargante socorrer-se dos meios impugnativos pertinentes para esse fim.

2 Para efeito de prequestionamento, a oposição de embargos de declaração pressupõe também a existência de ambigüidade, obscuridade, contradição ou omissão (fl. 235).

No presente *mandamus*, o impetrante sustenta que "no caso em comento há controvérsia de natureza federal, que diz respeito à compensação entre a agravante de reincidência e a atenuante da confissão espontânea".

Defende que "não há que se falar que a confissão foi parcial e de modo não determinante ao esclarecimento do delito, pois o recorrente apenas sustentou que vendia drogas para sustentar o vício".

Destaca que o paciente inclusive informou "que as anotações contidas em um caderno apreendido na sua residência eram utilizadas para o comércio de drogas".

Ressalta que a "jurisprudência desse STJ sedimentou-se recentemente no sentido de que mesmo a confissão dita 'qualificada' enseja a aplicação da atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal".

Argumenta que a confissão espontânea deverá ser compensada integralmente com a agravante de reincidência na segunda fase da dosimetria penal, uma vez que ambas se revestem de caráter preponderante nos termos do artigo 67 do Código Penal, conforme sedimentado por este Superior Tribunal de Justiça".

Afirma que "houve negativa de vigência ao art. 33, §3º, do Código Penal, razão pela qual se deve realizar a fixação do regime semiaberto para o cumprimento de pena pelo paciente, na forma do art. 33, §2º, alínea b, do mesmo código".

Alega que "a indiscriminada imposição de cumprimento de pena em regime fechado malfez a garantia fundamental da individualização da reprimenda, eis que, exercendo o *jus puniendi* na maneira prescrita na Lei dos Crimes Hediondos, o Estado ignora todas as características subjetivas do crime e de seu autor, estabelecendo um forma de punição coletiva, geral e irrestrita, a todos que tenha incorrido nas sanções da Lei nº 8.072/90".

Requer, liminarmente, sejam suspensos os efeitos da condenação até julgamento final do *writ*. No mérito, busca a compensação da atenuante da "confissão espontânea com a agravante da reincidência, fixando-se nova pena ao paciente. Outrossim, seja fixado o regime semiaberto para o início de pena privativa de liberdade.

A liminar foi indeferida às fls. 248/251.

Foram prestadas informações às fls. 262/313 e 316/319.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Luciano Mariz Maia, "pela concessão parcial da ordem, apenas para que a atenuante da confissão espontânea seja compensada com a agravante da reincidência" (fls. 322/327).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 339.223 - SC (2015/0265728-2)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA PARCIAL. UTILIZAÇÃO PARA EMBASAR A SENTENÇA. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE E COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. OBRIGATORIEDADE. PACIENTE REINCIDENTE. COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO AFASTA A OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão do réu, ainda que parcial ou retratada, for utilizada pelo magistrado para fundamentar a condenação, deve incidir a respectiva atenuante. Por envolver a personalidade do agente, a atenuante da confissão espontânea é igualmente preponderante e deve ser compensada com a agravante da reincidência.

2. O fato de a agravante da reincidência ter sido compensada com a atenuante da confissão espontânea não afasta a conveniência do regime inicial fechado a condenado à pena superior a 4 anos de reclusão.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de compensar a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, reduzindo a reprimenda corporal do paciente para 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, mantido o regime inicial fechado.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Destaco, inicialmente, que se trata de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, o que impede o seu conhecimento. Cabe avaliar, de qualquer sorte, a existência de ilegalidade patente, a ensejar a concessão de ordem de ofício.

No que tange à possibilidade de aplicação da atenuante da confissão espontânea, cumpre transcrever excerto da sentença condenatória:

(...)

No interrogatório, sob o crivo do contraditório (mídia audiovisual de fl. 91), o acusado admitiu a posse dos entorpecentes apreendidos e disse que é usuário de drogas e que vendia para sustentar seu vício (03'54). Indagado para se manifestar acerca dos depoimentos dos policiais militares, o acusado se reservou no direito de permanecer em silêncio. Por fim, confirmou que as anotações contidas no caderno apreendido em sua residência e descrito na denúncia era utilizado para o comércio de drogas (04'17). Informou, também, que continha a anotação de alguns contatos de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

detentos que conheceu na unidade penitenciária onde esteve recluso, no estado do Paraná.

Desta forma, **a confissão do acusado, ainda que parcial, aliada aos demais elementos de prova, produzidas sob as garantias do contraditório e da ampla defesa, nos termos do art. 197 do Código de Processo Penal, fazem prova coerente e firme da autoria** (fl. 282) (grifou-se).

O Tribunal *a quo*, por sua vez, assim se manifestou acerca do tema:

(...)

Na etapa intermediária da dosimetria, o Magistrado a quo reconheceu a atenuante da confissão espontânea - destacando que ocorreu de forma parcial e de modo não determinante ao esclarecimento do delito - e a agravante da reincidência (fl. 44), a qual considerou preponderante no caso concreto. Dessa forma, majorou a sanção em 1/8 (um oitavo), alcançando 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, pena que se tornou definitiva em face da ausência de causas de aumento ou de diminuição.

Na hipótese, a despeito do posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial Repetitivo n. 1.341,370/MT, Tema 585, a Sentença está de acordo o entendimento iterativamente adotado por esta Corte - preponderância da agravante da reincidência sobre a atenuante da confissão espontânea -, observa o disposto no art. 67 do Código Penal e ajusta-se ao que têm decidido ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal.

(...)

Assim, mantém-se o aumento operado no decisum, especialmente porque se trata de reincidência específica (fl. 44) e, considerando a apreensão de grande quantidade de droga - 965,2g (novecentos e sessenta e cinco gramas e dois decigramas) de maconha e 25g (vinte e cinco gramas) de cocaína -, balança de precisão, material destinado à embalagem do entorpecente e demais circunstâncias do caso, a confissão do acusado, a par de não ter sido plena, não foi preponderante para a demonstração da prática delituosa (fls. 300/302).

Da leitura dos autos, verifica-se que o paciente confessou espontaneamente o cometimento do delito de tráfico, circunstância utilizada para embasar a condenação, todavia, apenas parcialmente considerada quando da dosimetria, pelo fato de a confissão "não ter sido plena", não tendo sido compensada integralmente com a agravante da reincidência.

Entretanto, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão do réu, ainda que parcial ou retratada, for utilizada pelo magistrado para fundamentar a condenação, deve incidir a respectiva atenuante. Confirmam-se:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA PARCIAL. IRRELEVÂNCIA. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. A orientação desta Corte é pela irrelevância de ser a confissão parcial ou total, condicionada ou irrestrita, com ou sem retratação posterior, devendo incidir a atenuante do art. 65, III, "d", do Código Penal, desde que utilizada como fundamento para a condenação. Precedentes.

2. Da mesma forma, pacificou a Corte Especial o entendimento segundo o qual, observadas as peculiaridades do caso concreto, "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o artigo 67 do Código Penal" (REsp 1.154.752/RS; DJe 04/09/12).

3. Agravo Regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1450875/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2015, DJe 20/08/2015)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. TESE DE JULGAMENTO CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS. QUESTÃO NÃO DEDUZIDA EM APELAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. TRIBUNAL DO JÚRI. EFEITO DEVOLUTIVO RESTRITO DA APELAÇÃO. 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). RECONHECIMENTO DEVIDO. PLEITO DE DECLARAÇÃO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. IMPOSSIBILIDADE. DECURSO DE LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO ENTRE OS MARCOS INTERRUPTIVOS NÃO EVIDENCIADO. DECRETAÇÃO DA REVELIA. SUSPENSÃO DO PROCESSO E DO PRAZO PRESCRICIONAL (ART. 366 DO CPP).

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. O pleito de nulidade da decisão dos jurados por contrariedade à prova dos autos não pode ser conhecida por esta Corte Superior sob pena de indevida supressão de instância, porquanto não foi objeto de análise perante o Tribunal de origem, já que o recurso de apelação foi interposto com fundamento na alínea "c" do inciso III do art.

593 do CPP, com o fim exclusivo de redução da pena.

3. Tratando-se de apelação interposta contra decisões do Tribunal do Júri, dotada de efeito devolutivo restritivo, o conhecimento do recurso limita-se às questões efetivamente arguidas nas razões recursais, não sendo devolvido ao Tribunal de 2º Grau o conhecimento amplo da matéria. Inteligência da Súmula 713/STF. Precedentes.

4. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

considerada para fins de atenuar a pena. Precedentes.

5. Não há falar em prescrição da pretensão punitiva, porquanto não decorrido prazo superior a 16 anos (art. 109, II, do CP), entre os marcos interruptivos, necessários à sua configuração, tendo em vista a decretação da revelia do réu, ensejando a suspensão do processo e do prazo prescricional, nos termos do art. 366 do CPP.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para reduzir as penas a 12 anos de reclusão.

(HC 87.337/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2015, DJe 25/06/2015)

Mister consignar, ainda, que a atenuante da confissão espontânea, por também envolver a personalidade do agente, deve ser compensada com a agravante da reincidência. É este o entendimento desta Corte, como se vê:

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. ARTS. 157, § 2º, I, II E V, E 158, § 1º, AMBOS DO CP. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE E MOTIVOS DO CRIME. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE EVIDENCIADA. REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A mera alegação de que a "culpabilidade restou devidamente comprovada, tendo em vista que o acusado tinha plena consciência que a conduta a qual praticava era ilícita", não é apta a ensejar a exasperação da pena-base, por não evidenciar o maior grau de reprovabilidade da conduta.

2. Em relação aos motivos do crime, registrou-se que o paciente manifestou "vontade consciente de subtrair bens da vítima, mediante grave ameaça, em proveito próprio" e, quanto à extorsão, "vontade consciente em extorquir a vítima, com o fim de obter vantagem econômica indevida", razões inerentes aos tipos penais imputados ao paciente e que não justificam a exasperação da reprimenda na primeira etapa da dosimetria, porquanto já consideradas pelo legislador na cominação da pena em abstrato.

3. No julgamento dos EREsp n. 1.154.752/RS (DJe 4/9/2012), a Terceira Seção deste Superior Tribunal pacificou o entendimento de que, observadas as peculiaridades de cada caso, é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal.

4. Ordem não conhecida. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para reconhecer a ilegalidade na exasperação da pena-base e compensar a confissão espontânea com a reincidência, redimensionando a pena final do paciente para 13 anos de reclusão e 31 dias-multa.

(HC 214.096/ES, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/04/2015, DJe 27/04/2015)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. TESES NÃO DEBATIDAS NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONFISSÃO E REINCIDÊNCIA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COMPENSAÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 EM PATAMAR DIVERSO DO MÁXIMO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ISENÇÃO DA PENA DE MULTA. PACIENTES HIPOSSUFICIENTES. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.

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 for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Pleitos não debatidos na instância originária impedem o exame pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de supressão de instância.

3. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp 1.154.752/RS, pacificou o entendimento de que, observadas as peculiaridades do caso concreto, "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o artigo 67 do Código Penal".

4. A dosimetria da pena merece reparo diante do flagrante constrangimento ilegal sofrido pelo paciente, pois, ausente qualquer fundamentação, necessária se faz a compensação entre a confissão e a reincidência, na segunda fase.

5. O condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais para a causa especial de diminuição de pena prevista no art.

33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 a 2/3, a depender das circunstâncias do caso concreto.

Verifica-se que o legislador não definiu os critérios a serem adotados pelo magistrado para a escolha do percentual de redução da pena.

6. As instâncias ordinárias fixaram a pena-base no mínimo legal e reconheceram a minorante do tráfico privilegiado ao paciente, determinando a redução na fração de 1/2, em vista da quantidade de droga apreendida.

7. Estando devidamente fundamentada a aplicação de fração diversa do máximo, não há que se falar em constrangimento ilegal, visto que não cabe reexame do juízo subjetivo de convencimento realizado pelas instâncias ordinárias.

8. Tendo em vista que o descumprimento da pena de multa prevista no preceito secundário do crime de tráfico não autoriza a conversão da reprimenda em privativa de liberdade, não é possível admitir tal pleito como objeto de *habeas corpus*.

9. Este Superior Tribunal já firmou entendimento de que a alegação de impossibilidade financeira não tem o condão de afastar a pena de multa, pois trata-se de sanção de aplicação cogente e inexistente previsão legal que possibilite a isenção do preceito secundário contido no tipo penal incriminador.

10. *Habeas corpus* não conhecido. Concedida a ordem, de ofício, para efetuar a compensação da atenuante de confissão espontânea com a agravante da reincidência, redimensionando a reprimenda do paciente.

(HC 298.188/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 16/04/2015, DJe 28/04/2015)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Passo, portanto, à dosimetria pena.

Fixo a pena-base no mínimo legal, é dizer, em 5 anos de reclusão, e 500 dias-multa.

Na segunda fase do cálculo da reprimenda, reconhecida a atenuante da confissão espontânea, compenso-a integralmente com a agravante da reincidência, restando o *quantum* por definitivo em 5 anos de reclusão e 500-dias-multa, ante a ausência de outras circunstâncias atenuantes e agravantes e causas de diminuição e de aumento de pena.

No mais, quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, verifica-se que a pretensão não merece prosperar.

Com efeito, dispõe o art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal que "o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 anos e não exceda a 8, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto".

In casu, não se me afigura possível fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena, por se tratar, como visto, de réu reincidente, condenado a pena superior a 4 anos de reclusão (art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal). Nesta senda:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. (...) REGIME DIVERSO DO FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE QUE OSTENTA MAUS ANTECEDENTES E É REINCIDENTE. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

5. Os maus antecedentes e a reincidência do paciente justificam a imposição do regime inicial mais gravoso, nos termos do art. 33, parágrafos 2º e 3º, do Código Penal.

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 320.187/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/12/2015, DJe 14/12/2015)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. (...) REGIME DIVERSO DO FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE REINCIDENTE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

- Nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal, inexistente coação ilegal na fixação do regime fechado a acusado reincidente que, pela prática do delito de tráfico de entorpecentes, teve sua sanção corporal definitiva estabelecida em 6 anos e 9 meses de reclusão.

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 332.335/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 11/11/2015)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

CONDENAÇÃO SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. REINCIDÊNCIA E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA DIVERSO DO FECHADO.

1. Embora o paciente tenha sido condenado à pena privativa de liberdade inferior a 8 (oito) anos, é reincidente específico, valendo frisar, outrossim, que as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal não lhe foram consideradas favoráveis, motivo pelo qual é inviável a fixação de regime diverso do fechado para o resgate da sanção corporal. Precedentes.

(...)

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para reduzir a pena imposta ao paciente para 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado, além do pagamento de 800 (oitocentos) dias-multa.

(HC 297.450/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 21/10/2014, DJe 29/10/2014)

Ademais, o fato de a agravante da reincidência ter sido compensada com a atenuante da confissão espontânea não afasta a obrigatoriedade da imposição do regime inicial fechado a condenado à pena superior a 4 anos de reclusão. Nesse diapasão, confirmam-se os seguintes precedentes deste Sodalício:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. PACIENTE REINCENTE. COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO AFASTA A OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. 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 substitutiva de recurso especial.

2. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

3. In casu, o Colegiado estadual manteve o regime inicial fechado, fixado pelo juízo de primeiro grau, em razão da reincidência do paciente (art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal).

4. O fato de a agravante da reincidência ter sido compensada com a atenuante da confissão espontânea não afasta o acerto da fixação do regime inicial fechado a condenado à pena superior a 4 anos de reclusão.

5. O Tribunal a quo salientou, ainda, a gravidade concreta do delito em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

comento, destacando a natureza e a quantidade da substância entorpecente apreendida - mais de 380 g de cocaína, distribuídos em várias porções (art. 42 da Lei n.º 11.343/06).

6. Não configura bis in idem a utilização do vetor natureza/quantidade da droga para exasperar a pena-base e para impor o regime inicial fechado, porquanto é cabível que um mesmo instituto jurídico seja apreciado em fases distintas na individualização da pena, gerando efeitos diversos.

7. Devidamente fundamentada a negativa de abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena, em razão da reincidência e da natureza e da quantidade da substância entorpecente apreendida, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

8. Habeas corpus não conhecido.

(HC 273.906/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 29/08/2013, DJe 19/09/2013)

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE. PERSONALIDADE. VALORAÇÃO NEGATIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO EFETIVADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. EXISTÊNCIA DE OUTRA AGRAVANTE (CRIME PRATICADO CONTRA MAIOR DE 60 ANOS). EXASPERAÇÃO NA SEGUNDA FASE JUSTIFICADA. REGIME FECHADO. LEGALIDADE. REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO QUE NÃO AFASTA A OBRIGATORIEDADE DO REGIME FECHADO.

1. A simples assertiva de que os autos revelariam que a personalidade do paciente tem se inclinado para o crime, destituída de qualquer elemento concreto, não se presta para justificar o aumento da pena-base.

2. Na esteira da jurisprudência da Sexta Turma desta Corte, o Tribunal a quo procedeu à compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, sendo a pena do paciente majorada na segunda fase porque havia outra agravante, referente ao fato de o delito ter sido praticado contra maior de 60 anos.

3. O fato de a agravante da reincidência ter sido compensada com a atenuante da confissão espontânea não elimina a obrigatoriedade da fixação do regime fechado a condenado à pena superior a 4 anos de reclusão.

4. Ordem parcialmente concedida para, afastando a valoração negativa da personalidade, reduzir a pena-base ao mínimo legal, ficando a reprimenda definitivamente fixada em 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 14 dias-multa.

(HC 176.914/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 10/04/2012, DJe 25/04/2012)

Ante o exposto, **não conheço** do writ, **Concedo**, contudo, a ordem, de ofício, a fim de compensar a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, reduzindo a reprimenda corporal do paciente para 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, mantido o regime inicial fechado.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0265728-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 339.223 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00020809220148240036 00559529620158240000 036140020808 20150351697
20150351697000000 20150351697000100 20809220148240036 36140020808
559529620158240000

EM MESA

JULGADO: 23/02/2016

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUMBERTO DE PAIVA ARAÚJO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : ALEXANDRE FERNANDES KITZBERGER (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 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 habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.