



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 341.058 - RS (2015/0286596-9)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ANDRE VARGAS DE CARVALHO

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. Todavia, o alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

TRÁFICO DE DROGAS E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E MUNIÇÃO DE USO RESTRITO. DOSIMETRIA. COMPENSAÇÃO ENTRE A REINCIDÊNCIA E A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE. MATÉRIA PACIFICADA PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA TRIBUNAL. READEQUAÇÃO DA PENA. COAÇÃO EXISTENTE.

1. A Terceira Seção desta Corte Superior, ao examinar os Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.154.752/RS, firmou o entendimento de que, por serem igualmente preponderantes, é possível a compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, devendo, contudo, o julgador atentar para as singularidades do caso concreto.

2. Assim, tendo o paciente confessado o crime de posse ilegal de arma de fogo e munição de uso restrito, merece ser compensada a referida atenuante com a reincidência, apenas na reprimenda do delito descrito no art. 16, *caput*, da Lei n. 10.826/03.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de reduzir a sanção final do paciente para **10 (dez) anos e 06 (seis) meses de reclusão, e multa**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de abril de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 341.058 - RS (2015/0286596-9)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ANDRE VARGAS DE CARVALHO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de ANDRE VARGAS DE CARVALHO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que rejeitou os Embargos Infringentes e de Nulidade n. 70065295966, mantendo a decisão que o condenou à pena de 10 (dez) anos e 09 (nove) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 620 (seiscentos e vinte) dias-multa, pela prática dos delitos previstos nos arts. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 e 16, *caput* da Lei n. 10.826/03.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que, em relação à pena referente ao ilícito de posse de arma de fogo e de munição de uso restrito, a atenuante da confissão espontânea deveria ter sido compensada com a agravante da reincidência, conforme jurisprudência deste Tribunal Superior.

Requer a concessão da ordem constitucional para que seja redimensionada a pena do segundo fato constante na denúncia.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público opinou pela concessão da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 341.058 - RS (2015/0286596-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105 da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

A propósito:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA DEMONSTRADA. ACUSADO FORAGIDO. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL.

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, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em se concede a ordem de ofício.

(...)

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 302.771/PI, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 11/11/2014, DJe 19/11/2014)

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Inferre-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 10 (dez) anos e 09 (nove) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 620 (seiscentos e vinte) dias-multa, pela prática dos delitos previstos nos arts. 33, *caput* da Lei n. 11.343/06, e 16, *caput* da Lei n. 10.826/03, porque:

"1º FATO

No dia 13 de janeiro de 2014, por volta das 15h30min, na residência localizada na Rua Plínio Salgado, 404, Bairro Cohab C, Parada 74, em Gravata/RS, os denunciados ANDRÉ DE VARGAS CARVALHO e JULIANA MROSS ARRUDA, em comunhão de esforços e acordo de vontades, guardavam e tinham em depósito para o fim de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tráfico ilícita, droga consistente em cocaína, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

2º FATO

Nas mesmas circunstâncias de tempo e local referidas no primeiro fato desta denúncia, os denunciados ANDRÉ VARGAS CARVALHO e JULIANA MROSS ARRUDA, em comunhão de esforços e acordo de vontades, possuíam arma de fogo e munição, ambos de uso restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar." (e-STJ fls. 09-10)

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante a Corte de origem, a qual lhe negou provimento, mantido o édito condenatório.

Ato seguinte, opôs Embargos Infringentes e de Nulidade, os quais foram rejeitados.

No tocante ao redimensionamento da pena, verifica-se que a Corte estadual negou a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, nos seguintes termos:

"Colhe-se, outrossim, cingir-se a controvérsia à existência - ou não - de preponderância da agravante reincidência no cotejo com a atenuante da confissão espontânea, afastada no voto vencido cuja prevalência é pretendida nos presentes embargos.

Nesse contexto, anoto, por primeiro, que, em julgamentos anteriores, considerando a orientação do Superior Tribunal de Justiça¹, produzi manifestação no sentido de que não havia preponderância entre a agravante e atenuantes precitadas.

Contudo, melhor refletindo, cheguei à conclusão de que, não obstante os precedentes emanados da Corte antes referida, avulta da regra posta no art. 67 do Código Penal² o fato de que a agravante prepondera, porquanto assim estabelece o dispositivo legal antes referido - e taxativamente - registrando serem preponderantes as circunstâncias que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.

Claro está que não contempla a norma legal antes referida preponderância alguma para a confissão espontânea, pois não resulta essa da personalidade do agente, única das circunstâncias precitadas poderia - tanto não ocorre - abrigar a atenuante em questão.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por conseguinte, contrariamente ao afirmado no precedente jurisprudencial antes mencionado, não resulta da regra posta no art. 67 do Código Penal a inexistência de preponderância entre a reincidência e a confissão espontânea, senão que prepondera a agravante referida, com o que, à evidência, tal orientação nega vigência ao dispositivo legal precitado.

Por isso que a melhor solução para o caso presente encontra-se nos votos majoritários que devem prevalecer." (e-STJ fls. 543-544)

Quanto à possibilidade de compensação entre a circunstância agravante da reincidência e a circunstância atenuante da confissão espontânea, observou-se, de início, discordância contemporânea entre as Turmas que julgam a matéria Criminal nesta Corte Superior, em especial acerca da interpretação/alcance do art. 67 do Código Penal.

No entanto, no julgamento do EResp-1.154.752/RS, foi a matéria enfrentada pela 3ª Seção desta Corte Superior. A propósito, eis a ementa do julgado:

"EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. NOTÓRIO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. MITIGAÇÃO DOS REQUISITOS FORMAIS DE ADMISSIBILIDADE. ROUBO. CÁLCULO DA PENA. COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA.

1. Quando se trata de notório dissídio jurisprudencial, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça diz que devem ser mitigados os requisitos formais de admissibilidade concernentes aos embargos de divergência. Precedentes.

2. É possível, na segunda fase do cálculo 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.

3. Embargos de divergência acolhidos para restabelecer, no ponto, o acórdão proferido pelo Tribunal local." (EResp-1.154.752/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 3ª Seção, julgado em 23/5/12).

Sendo assim, prevaleceu o entendimento de que a agravante da reincidência deve ser compensada com a atenuante da confissão espontânea, devendo o julgador atentar para as singularidades do caso concreto.

Nesse norte:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA PARCIAL. UTILIZAÇÃO PARA EMBASAR A SENTENÇA. INCIDÊNCIA DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

(HC 339.223/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 02/03/2016)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. COMPENSAÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE. MATÉRIA DECIDIDA EM RECURSO REPETITIVO (RESP 1.341.370/MT).

1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.341.370/MT (Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 17/4/2013), sob o rito do art. 543-C do CPC, consolidou entendimento no sentido de que "É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência".

2. O Tribunal a quo, ao não compensar atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, consignou que "a parcial compensação foi justificadamente menos branda do que a do corréu, em razão da retratação em juízo" (e-STJ fl. 777). Ocorre que a jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que se a confissão do agente é utilizada como fundamento para embasar a conclusão condenatória, deve ser aplicada em seu favor, pouco importando se houve retratação posterior em juízo, sendo possível, mesmo nessa hipótese, a compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1448475/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 29/02/2016)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Portanto, consoante o entendimento acerca do tema, constatado o constrangimento ilegal apontado na impetração, haja vista que o acórdão objurgado consignou ser inviável a compensação entre as duas circunstâncias pela preponderância da agravante, deve ser concedida, de ofício, a ordem, realizando-se a compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea e, consequentemente, reduzindo-se a pena do crime de posse ilegal de arma de fogo e de munição restrita no mesmo montante utilizado pelo sentenciante para elevar a sanção pela reincidência.

Passando-se à dosimetria, tem-se que a pena-base, referente ao ilícito do art. 16, *caput*, da Lei n. 10.826/03, restou fixada em 04 (quatro) anos de reclusão e multa, *quantum* que permanece inalterado na segunda fase, em vista da compensação procedida entre a agravante de reincidência e atenuante de confissão espontânea.

Por fim, aplicada a regra do concurso material entre os delitos de tráfico de drogas e de posse ilegal de arma de fogo e de munição de uso restrito, somam-se as sanções, restando a reprimenda definitiva em **10 (dez) anos e 06 (seis) meses de reclusão, e multa.**

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, não se conhece do *writ*, concedendo-se, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal, para reduzir a pena do paciente para **10 (dez) anos e 06 (seis) meses de reclusão, e multa**, mantidos os demais termos do acórdão impugnado.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0286596-9

HC 341.058 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00009528420148210015 01521400002299 1521400002299 2149742920158217000
22014250144 70065295966 9528420148210015

EM MESA

JULGADO: 19/04/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

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

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE	: ANDRE VARGAS DE CARVALHO
CORRÉU	: JULIANA MROSS ARRUDA

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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.