



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 310.833 - SP (2014/0320261-2)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JOÃO RICARDO MEIRA AMARAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDERSON SOARES DA SILVA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA NA FASE INQUISITORIAL. RECONHECIMENTO. COMPENSAÇÃO COM AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.

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. No caso em exame, considerada a confissão espontânea do réu na fase inquisitorial para embasar a condenação, forçoso o reconhecimento da atenuante, devendo ser sopesada na aplicação da pena.

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. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena aplicada ao paciente, fixando-a em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, mantido o regime prisional fechado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 24 de março de 2015 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 310.833 - SP (2014/0320261-2)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial impetrado em favor de EDERSON SOARES DA SILVA, indicando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado e condenado, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 dias-multa (fls. 8/13).

Interposta apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso da defesa, mantendo a sentença condenatória (fls. 21/38).

No presente *writ*, a impetrante aduz que, mesmo extrajudicialmente, a confissão foi utilizada como fundamento para a convicção do Tribunal de origem a embasar a condenação.

Requer, assim, a concessão da ordem para, uma vez reconhecida a confissão e efetuada a compensação com a agravante da reincidência, reduzir a reprimenda.

Liminar indeferida (fls. 56/57).

Dispensadas as informações, o Ministério Público Federal, às fls. 65/67, opinou pela concessão da ordem .

É o relatório.

Em mesa para julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 310.833 - SP (2014/0320261-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Cumprе considerar, inicialmente, que 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.

Colhe-se dos autos que o paciente foi denunciado e condenado, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 dias-multa (fls. 8/13), o que foi mantido pelo Tribunal de origem (fls. 21/38).

No caso em exame, o juiz sentenciante, ao fixar a reprimenda, fez as seguintes considerações (fl. 11):

Na aplicação da pena, levando em consideração as condições do artigo 59 do Código Penal, as quais não são totalmente desfavoráveis ao acusado por falta de outros elementos nos autos, estabeleço a pena base no mínimo legal e fixo (05) cinco anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias multa.

Pela agravante da reincidência, a pena é acrescida de um sexto, o que perfaz (05) cinco anos e (10) dez meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias multa, pena definitiva por inexistirem outros fatores a considerar.

Não se aplica a redução prevista no artigo 33, § 4º, da citada lei, uma vez que o acusado não é primário, conforme expressa disposição legal. Refira situação não configura "bis in idem". Em um primeiro momento o réu deixa de ser beneficiado por não ser primário, e, em um segundo momento tem a pena agravada por ser reincidente. São, portanto, situações diversas.

Como se vê do trecho transcrito, verifica-se o alegado constrangimento ilegal. Isso porque, em sede de inquérito, o paciente admitiu o tráfico de drogas, conforme se extrai da própria sentença, na qual consta que "para os policiais o réu admitiu o comércio do entorpecente e justificou a conduta na falta de possibilidade de emprego e necessidade financeira" (fl. 09), aduzindo, ainda, que "interrogado pelo Delegado o réu se declarou arrependido e disse que estava vendendo as drogas por falta de oportunidade na vida" (fl. 09).

Assim, tendo sido considerada a confissão do réu para embasar a condenação, forçoso o reconhecimento da atenuante, devendo ser sopesada na aplicação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO *WRIT*. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. UTILIZAÇÃO DA CONFISSÃO PARA A CONDENAÇÃO. RECONHECIMENTO DEVIDO. PLEITO DE AFASTAMENTO DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA. INEXISTÊNCIA DE APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO. CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE VOLTADA À PRÁTICA DE DELITOS. INEXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO DEFINITIVA EM DESFAVOR DOS PACIENTES. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444/STJ. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. RÉUS PRIMÁRIOS. PENA-BASE REDUZIDA AO MÍNIMO LEGAL. DIREITO AO REGIME SEMIABERTO. SÚMULAS 440/STJ E 718 E 719/STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. HC NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM 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. Nos termos da jurisprudência pacífica desta Corte, tendo sido considerada a confissão do réu para fins de dar suporte à condenação, é mister seja reconhecida e sopesada a atenuante na aplicação da pena. Precedentes.

3. A jurisprudência das Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que, para a incidência da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, é prescindível a apreensão e perícia da arma, desde que evidenciada sua utilização por outros meios de prova, tais como a palavra da vítima, ou pelo depoimento de testemunhas.

4. A teor do entendimento cristalizado na Súmula 444/STJ: [é] *vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base*.

5. Uma vez reduzida a pena-base ao mínimo legal, tratando-se de réus primários, não se justifica a imposição de regime prisional mais gravoso. Inteligência das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas a 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa, fixando o regime inicial semiaberto para o cumprimento das penas reclusivas. (HC 194.634/RJ, rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, DJe 17/03/2015)

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIMES DE QUADRILHA ARMADA, DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E DE USO RESTRITO, DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO, DE ESTELIONATO, DE RECEPÇÃO, DE POSSE DE SUBSTÂNCIA OU ENGENHO EXPLOSIVO E DE RESISTÊNCIA. TESES DE NULIDADE DO FEITO, POR CERCEAMENTO DE DEFESA E DE INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO ENTRE OS DELITOS DE PORTE DE ARMAS DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FOGO DE USO PERMITIDO E DE USO RESTRITO. QUESTÕES NÃO ANALISADAS NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA PARA A CONDENAÇÃO PORQUANTO BASEADA EM PROVAS COLHIDAS EXCLUSIVAMENTE NA FASE INQUISITORIAL. NÃO-OCORRÊNCIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INCIDÊNCIA. RETRATAÇÃO EM JUÍZO. IRRELEVÂNCIA. PRECEDENTES.

1. Tendo em vista que as questões relativas à nulidade do feito, por cerceamento de defesa, porquanto os Pacientes não teriam sido processados pelo delito de roubo, e à incidência do princípio da consunção entre os crimes previstos nos arts. 14 e 16, ambos da Lei n.º 10.826/03, não foram sequer deduzidas perante Corte *a quo*, é vedada a sua análise por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de supressão de instância. Precedentes.

2. Outrossim, não merece guarida a alegação segundo a qual os Pacientes foram condenados com base exclusivamente em provas colhidas em sede de inquérito policial, sem o crivo do contraditório, de acordo com o que restou assentado pelas instâncias ordinárias.

3. Se a confissão espontânea do acusado foi utilizada para corroborar o acervo probatório, embasando a condenação, mostra-se obrigatória a atenuação da pena, a teor do art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, ainda que tenha havido retratação em juízo. Precedentes.

4. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, concedido, em parte, para, mantida a condenação, reformar o acórdão impugnado, no tocante à dosimetria da pena, reconhecendo a incidência, na espécie, da atenuante da confissão espontânea relativamente aos delitos imputados aos Pacientes, determinando o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau, a fim de que proceda aos devidos redimensionamentos das penas aplicadas. (HC 161.194/PB, rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJe 03/05/2012)

Ademais, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.341.370/MT, submetido ao procedimento previsto no art. 543-C, do Código de Processo Civil, adotou o entendimento de que inexistente preponderância entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, nos termos do art. 67 do Código Penal. Desse modo, considerou-se que as duas circunstâncias compensam-se entre si. Confira-se a ementa do mencionado julgado:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPC). PENAL. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.

2. Recurso especial provido.

(REsp 1.341.370/MT, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Terceira Seção, DJe 17/04/2013).

Por conseguinte, obedecidas as diretrizes fixadas pelas instâncias inferiores, reestruturo a pena imposta ao réu, que passa a ser a seguinte: pena-base fixada em 5 anos de reclusão. Na segunda fase, considerando que a agravante da reincidência deve ser compensada com a atenuante da confissão, mantenho o *quantum* anteriormente fixado, tornando



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a pena definitiva em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, pela inaplicabilidade da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, em face de o paciente não ser primário. Mantido o regime inicial fechado, pelo mesmo fundamento, por força do comando previsto no art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do presente *habeas corpus*. CONCEDO a ordem, de ofício, para, reconhecida a atenuante da confissão espontânea e efetuada a sua compensação com a agravante da reincidência, redimensionar a reprimenda do paciente no *quantum* da pena-base fixada (cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa), a ser cumprida no regime inicial fechado.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0320261-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 310.833 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00999527920128260050 18092012 20140000352255 20140000595586 99952792012
999527920128260050

EM MESA

JULGADO: 24/03/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JOÃO RICARDO MEIRA AMARAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDERSON SOARES DA SILVA (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 Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.