



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 244.765 - RJ (2012/0115741-3)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : CLÁUDIA INEZ MARQUES - DEFENSORA PÚBLICA
ADVOGADO : CLÁUDIA INEZ MARQUES - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : EDSON CONCEIÇÃO SILVA MOTTA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E MUNIÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE POSSE. INADMISSIBILIDADE. NECESSÁRIO REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO VEDADO DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. UTILIZAÇÃO NO DECRETO CONDENATÓRIO. RECONHECIMENTO QUE SE IMPÕE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

– Estando a condenação pelo delito de porte ilegal de arma de fogo e munição fundamentada em dados concretos extraídos dos autos, a pretendida desclassificação para o delito de posse de armamento é inviável na via sumária do *habeas corpus*, por demandar o reexame aprofundado de provas.

– A atenuante do art. 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal, tem caráter objetivo, configurando-se, tão-somente, ante o reconhecimento espontâneo pelo acusado, perante a autoridade, da autoria do delito, não se sujeitando a critérios subjetivos ou fáticos.

– Assim, tendo a confissão do acusado sido utilizada no decreto condenatório e confirmada no acórdão impugnado, o reconhecimento da referida atenuante é medida que se impõe.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea, redimensionando as penas para 6 anos de reclusão, mais 600 (seiscentos) dias-multa para o delito de tráfico e para 2 anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, para o crime de porte ilegal de arma de fogo e munição, mantidos os demais termos do acórdão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Rogerio Schietti Cruz votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 20 de março de 2014(data do julgamento).

MINISTRA MARILZA MAYNARD
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 244.765 - RJ (2012/0115741-3)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)

IMPETRANTE : CLÁUDIA INEZ MARQUES - DEFENSORA PÚBLICA

ADVOGADO : CLÁUDIA INEZ MARQUES - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : EDSON CONCEIÇÃO SILVA MOTTA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) (Relatora):

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, impetrado em benefício de EDSON CONCEIÇÃO SILVA MOTTA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, como incurso no art. 33 da Lei 11.343/06 e no art. 14 da Lei 10.826/03, respectivamente às penas de 7 (sete) anos de reclusão mais 600 (seiscentos) dias-multa e 3 (três) anos de reclusão mais 185 (cento e oitenta e cinco) dias-multa, em regime fechado (fls. 17/21).

Em sede de apelação, o Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso defensivo. O aresto ficou assim ementado:

APELAÇÃO - Art. 33 da Lei 11.343/06 e art. 14 da Lei 10.826/03 n/f do art. 69 do CP – Apelante e a corré, de forma livre e consciente, guardavam, para fins de comércio, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, 270,21g de "Maconha", em 109 invólucros plásticos transparentes, 107,82g de "Cocaína" em 51 invólucros plásticos transparentes, fechados e ainda 3 g de Crack acondicionados em 10 invólucros plásticos. Associaram-se com a finalidade de praticar o crime de tráfico de drogas, sendo certo que as substâncias eram trazidas do Município do Rio de Janeiro para posterior revenda em Silva Jardim. Nas mesmas condições de tempo e lugar, de forma livre e consciente, mantinham sob sua guarda, sem autorização legal ou regulamentar, uma pistola Colt e 09 munições.- Incabível o pleito do reconhecimento da confissão: O apelante, quando interrogado, não negou os fatos, confessou que estava trabalhando para o tráfico ilícito de entorpecentes, admitindo que a droga encontrada destinava-se ao tráfico e, quanto a arma de fogo, também admitiu que lhe pertencia, porém a própria situação do flagrante faz com que a confissão espontânea não se configure como a pretendida atenuante, pois não contribuiu para o esclarecimento dos fatos. Improsperável o pleito do reconhecimento da causa especial de aumento de pena previsto no artigo 40, inciso IV, da Lei nº 11.343/06: O crime de porte irregular de arma de fogo restou efetivamente comprovado. Os depoimentos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prestados pelos policiais militares, declararam que a arma estava guardada na mesma geladeira que estavam as substâncias entorpecentes, no interior da casa, não estando em utilização naquele momento, para intimidar alguém ou certa coletividade. O pleito deve ser afastado, pois o ora apelante não estava utilizando a arma como meio de intimidação para dar proteção ao comércio ilícito das drogas apreendidas pelos policiais. Melhor sorte não socorre a defesa quanto ao pleito de desclassificação do artigo 14 para o art. 12 da Lei 10.826/03. Por se tratar de tipo de conteúdo variado, não se exige a configuração simultânea de todos os verbos do núcleo do tipo. A realização de uma única conduta entre aquelas previstas já é suficiente para caracterizar o crime de porte de arma de fogo. In casu, a conduta delitiva é típica eis que ocultava a arma de fogo, e, como depreende-se dos depoimentos dos policiais, estava escondida na geladeira da sua residência. Trata-se de crime de mera conduta e de perigo abstrato, ocorrendo a incidência da norma penal incriminadora estampada no Estatuto do Desarmamento sem que seja necessária a ocorrência de qualquer resultado. Prequestionamento injustificado, buscando somente acesso aos Tribunais Superiores - Manutenção da sentença - DESPROVIMENTO DO RECURSO (fls. 74/75).

No presente *writ*, o impetrante sustenta inicialmente a necessidade do reconhecimento da confissão espontânea quanto aos delitos de tráfico e porte de arma de fogo, ante sua utilização no decreto condenatório.

Assevera, ainda, que deve ser desclassificado o porte de arma de fogo para o delito de posse de arma de fogo, tendo em vista que a arma foi encontrada dentro de um congelador na residência do paciente.

Pleiteia, assim, o redimensionamento da pena, ante a aplicação da atenuante da confissão espontânea e a desclassificação da conduta para o delito de posse de arma.

Prestadas as informações às fls. 66/71, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* (fls. 88/98).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 244.765 - RJ (2012/0115741-3)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) (Relatora):

Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso no processo penal.

São precedentes de ambas as Turmas que julgam a matéria criminal nesta Corte:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PORTE DE ARMA. (1) VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO CONHECIMENTO. (2) DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. (3) REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. PACIENTE CUMPRE PENA DOMICILIAR. PEDIDO PREJUDICADO. (4) WRIT PREJUDICADO EM PARTE E, NO MAIS, NÃO CONHECIDO.

1. Mostra-se inadequado e descabido o manejo de habeas corpus em substituição ao recurso especial cabível. É imperiosa a necessidade de racionalização do writ, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal, devendo ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção, o que não se vê na espécie.

2. Inexiste ilegalidade na dosimetria da pena se o magistrado de primeiro grau e o Tribunal de origem apontaram motivos concretos para a fixação da pena-base em patamar acima do mínimo legal. Em sede de habeas corpus não se afere o quantum aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório.

3. O Paciente cumpre pena em regime aberto, na modalidade de prisão albergue domiciliar. Assim, forçoso reconhecer que o objeto deste mandamus, no ponto, se esvaiu.

4. Writ prejudicado em parte e, no mais, não conhecido. (HC 207.052/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 04/11/2013)

**HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO
ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O STF. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o habeas corpus substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Primeira Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/08/2012, publicado no DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 28/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012; HC 108181/RS, Primeira Turma, Relator Min. LUIZ FUX, julgado em 21/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, 'no tocante a habeas já formalizado sob a ótica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.'

3. Hipótese em que o Paciente teve a prisão preventiva decretada a fim de assegurar a execução de medida protetiva de urgência, porque, 'usuário de drogas, já se envolveu em outras situações de violência doméstica contra a mulher, estando, inclusive, respondendo por tentativa de homicídio de [sua esposa], de onde se infere que a sua custódia é necessária para a garantia da ordem pública e, sobretudo, da segurança da ofendida'.

4. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 221.200/DF, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJe 19.9.2012).

Assim, deixo de conhecer o presente *writ* por se cuidar de substitutivo de recurso próprio.

Todavia, passo à análise dos pedidos deduzidos diante da possibilidade da concessão de ordem de ofício no caso de restar configurada alguma flagrante ilegalidade a ser sanada.

Busca-se na presente impetração a desclassificação do delito de porte de arma de fogo e munição para a posse de armamento, bem como o redimensionamento da pena ante o reconhecimento da confissão espontânea.

Por oportuno, confirmam-se trecho da sentença condenatória:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Entendo que estão comprovados os fatos narrados na denúncia.

Com efeito, não há dúvida de que o réu tinha em depósito e guardava os entorpecentes maconha, cocaína e crack na forma e na quantidade mencionadas na denúncia, bem como guardava a pistola e as munições descritas na peça acusatória.

De acordo com os depoimentos uníssomos prestados pelos policiais que participaram da diligência, mormente o policial Josiel Pereira da Conceição, os entorpecentes foram encontrados no congelador da geladeira, ao passo que a pistola e as munições foram encontradas numa pochete, sendo que o réu admitiu que todo o material era dele (fls. 111).

O réu, em seu interrogatório, confessou que estava vivendo do tráfico ilícito de entorpecentes, que a droga encontrada destinava-se ao tráfico e que a arma era sua.

Não há nada que infirme tal versão apresentada pelos milicianos, especialmente o Josiel, o qual não teria motivo para mentir, sendo certo que, a teor da Súmula nº 70 do TJRJ, os depoimentos prestados por policiais gozam de prestígio, como agentes públicos que são, e podem, por si sós, embasar um decreto condenatório.

Outrossim, corno já frisei, o réu não negou os fatos e, malgrado tenha se declarado viciado, confessou que trabalhava como traficante de drogas.

A eventual condição de usuário do réu autoriza a condenação, porquanto é pacífica a jurisprudência no sentido de que as qualidades de traficante e usuário de entorpecentes podem coexistir na mesma pessoa, sendo que, no caso vertente, sequer foi provada a condição de usuário.

Por conseguinte, estão provadas as condutas do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 e do art. 14 da Lei nº 10.826/2003.

[...].

Isto posto, julgo PROCEDENTE O PEDIDO, para condenar o réu pela prática dos crimes previstos no art. 33 da Lei nº 11.343/2006 e no art. 14 da Lei nº 10.826/2003, bem como para ABSOLVER o réu pela prática do crime previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/2006, com amparo no art. 386, VII, do CPP.

Passo à dosimetria da pena.

As circunstâncias judiciais previstas no art. 42 da Lei nº 11.343/2006 e no art. 59 do Código Penal desfavorecem o acusado, face à grande quantidade de entorpecente que ele tinha em depósito - total de 381,78g -, acondicionada em quase duas centenas de embalagens plásticas, de entorpecentes variados - maconha, cocaína e crack - capazes de atingir maior número de usuários e dependentes.

De acordo com a jurisprudência do STF, "é legítimo o aumento do pena-base com fundamento na elevada quantidade de entorpecente encontrado em poder da paciente" (HC nº 96.844/MS, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julg. em 04/12/2009, unânime, DJe de 05/02/2010).

Assim sendo, majoro a pena-base do crime do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, para fixá-la em seis anos de reclusão e seiscentos dias-multa.

No tocante ao crime do art. 14 da Lei nº 10.826/2003, as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não são desfavoráveis, razão pela qual fixo a pena-base no mínimo legal, qual seja, dois anos de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão e dez dias-multa.

Está presente a circunstância legal agravantes da reincidência (CP, art. 61, I), pois o réu possui contra si sentença coodenatória transitada em julgado, por crime de tráfico de entorpecentes (fls. 103), antes de decorrido o prazo do art. 64, 1, do CP.

Não se faz presente qualquer circunstância atenuante, nem mesmo a confissão espontânea, pois é cediço que "a prisão em flagrante é situação que afasta a possibilidade de confissão espontânea, uma vez que esta tem como objetivo maior a colaboração poro a busca da verdade real. Precedente' (STF, HC nº 108.148/MS, 1ª Turma, Rel. Min Ricardo Lewandowski, julg. em 07/06/2011, unânime, DJe de 01/07/2011).

Mesmo se se admitisse a caracterização da confissão espontânea, ela não teria o condão de compensar a agravante da reincidência, haja vista a redação do art. 67 do CP, na esteira de remansosa jurisprudência, como se infere a seguir:

[...].

Destarte, majoro as penas, para fixá-las em sete anos de reclusão e setecentos dias-multa, pelo crime do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 e em três anos de reclusão e cento e oitenta e cinco dias-multa, pelo crime do art. 14 da Lei nº 10.826/2003 (fls. 18/20).

O Tribunal de origem, por sua vez, manteve a sentença, consignando que:

Analizando primeiramente o pleito de reconhecimento da confissão, o mesmo não merece prosperar.

A autoria e a materialidade encontram-se cabalmente comprovadas em particular pelos depoimentos das testemunhas Emerson Ramos da Costa e Josiel Pereira da Conceição, policiais militares que efetuaram o flagrante que confirmaram a imputação penal formulada pelo Ministério Público.

De fato, verifica-se nos autos que o apelante, quando interrogado, não negou os fatos, confessou que estava trabalhando para o tráfico ilícito de entorpecentes, admitindo que a droga encontrada destinava-se ao tráfico e, quanto a arma de fogo, também admitiu que lhe pertencia, porém, no presente caso, a alegada confissão não contribuiu para o esclarecimento dos fatos.

A própria situação do flagrante faz com que a confissão espontânea não se configure como a pretendida atenuante, uma vez que tal confissão teria que servir para o esclarecimento dos fatos que, repito, em virtude do flagrante, já se encontravam plenamente esclarecidos.

Constata-se no depoimento do Policial Militar Josiel Pereira da Conceição, doc 137, que os entorpecentes foram encontrados no congelador da geladeira, ao passo que a pistola e as munições foram encontradas numa pochete, sendo que o ora apelante admitiu que todo o material era dele.

[...].

É sabido que para que se autorize o reconhecimento da confissão espontânea deve ser a mesma elucidatória, eis que o objetivo do legislador é estimular a verdade processual.

Assim, não há como reconhecer a atenuante em comento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...].

Improperável o pleito de desclassificação do artigo 14 para o art. 12 da Lei 10.826.

Alega a defesa que a arma foi encontrada no congelador da casa do ora apelante, portanto a figura tipificada seria de posse de arma e não do porte.

Não obstante tal alegação, não há como sustentá-la, visto que o apelante foi denunciado pela conduta de ocultar a arma de fogo, no interior da geladeira junto com uma quantidade expressiva de drogas, o que restou por ele confessado quando de seu interrogatório, que a droga encontrada destinava-se ao tráfico de drogas e que a arma lhe pertencia.

De acordo com os depoimentos uníssomos prestados pelos policiais que participaram da diligência, em especial o do policial Josiel Pereira da Conceição, doc. 136, que confirmou os termos da denúncia.

Com efeito, a materialidade delitiva restou demonstrada, assim como a autoria, a qual se mostra certa pela prova oral produzida, pelo auto de prisão em flagrante e pela própria confissão do acusado.

Em consequente, cumpre salientar que o delito descrito no artigo 14 da Lei 10.826/03 não se confunde com a figura prevista no artigo 12 da mesma lei.

Desta forma, não há falar em desclassificação do artigo 14 da Lei 10.826/03 para o artigo 12 do mesmo diploma legal, visto que a acusação imputada ao acusado é de deter arma de fogo sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar e não a de possuir em sua residência ou em seu local de trabalho armamento.

Não sobra espaço, assim, à acolhida da tese de que a conduta imputada ao apelante consubstanciava o crime de posse de arma de fogo.

Trata-se, efetivamente, do delito tipificado no art. 14, caput, da Lei 10.826/03, agir cuja reprovabilidade é robustecida.

A esse respeito, não é demasiado lembrar que cristalina é a subsunção da conduta à capitulação veiculada na exordial acusatória, que serviu de base à sentença condenatória. Estabelece a Lei 10.826/03:

"Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar" (grifei).

Por se tratar de tipo de conteúdo variado, não se exige a configuração simultânea de todos os verbos do núcleo do tipo. A realização de uma única conduta entre aquelas previstas já é suficiente para caracterizar o crime de porte de arma de fogo.

Se a prova testemunhal e a confissão do réu são harmônicas no sentido de ratificar a ocorrência do crime de porte, não há como desclassificá-lo para o crime de posse, previsto no art. 12 da Lei 10.826/03.

Ao analisar o núcleo do tipo do artigo 14, Guilherme de Souza Nucci esclarece que "portar" refere-se à idéia de "carregar consigo", "deter" significa "conservar em seu poder", "transportar" é "carregar de um lugar a outro", "manter sob sua guarda" remete à noção de "conservar algo sob



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vigilância" e "ocultar" tem o mesmo sentido de "esconder". ("Leis Penais e processuais penais comentadas". 5ª Edição. Editora Revista dos Tribunais, 2010 - nota 33 do art. 14, da Lei nº 10.826/03, pág. 89).

Ora, a conduta delitiva é típica eis que ocultava a arma de fogo, e, como depreende-se dos depoimentos dos policiais, estava escondida na geladeira da residência do ora apelante (fls. 35/41).

Verifica-se dos autos que a condenação do paciente quanto ao delito de porte de arma de fogo e munição restou fundamentada de forma suficiente em dados concretos extraídos dos autos, sendo inviável, na via sumária do *habeas corpus*, a pretendida desclassificação para o delito de posse de armamento e munição, tendo em vista o necessário reexame aprofundado das provas constantes da ação penal. Nesse sentido:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. USO DE DOCUMENTO FALSO. PORTE DE ARMA. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) CARTA PRECATÓRIA. OITIVA DE TESTEMUNHA DE ACUSAÇÃO. AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DO PACIENTE PRESO. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. PRECEDENTES. (3) PORTE DE ARMA DE FOGO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE DE ARMA. CONSEQUENTE ABOLITIO CRIMINIS. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. (4) DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. MAJORANTES DO ROUBO. SÚMULA 443/STJ. DESRESPEITO. ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO. ORDEM NÃO CONHECIDA. EXPEDIDO HABEAS CORPUS DE OFÍCIO PARA REDUZIR A PENA.

1. Tem-se como 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. Segundo a jurisprudência desta Corte, a falta de requisição de réu preso para a audiência de oitiva de testemunhas realizada por precatória constitui nulidade relativa, sendo indispensável a comprovação de prejuízo, o que não se verificou na hipótese.

3. A discussão acerca da ocorrência de posse e, não, de porte de arma, por envolver juízo fático-probatório, é incompatível com a angusta via eleita. Não se tratando de posse, mas, antes de porte de arma de fogo, tem-se como inviável a incidência das disposições de abolitio criminis temporária, para fato ocorrido em 15 de novembro de 2008.

4. A utilização, simplesmente, da pluralidade de majorantes, na terceira etapa de dosimetria do roubo, para o incremento da reprimenda, revela desrespeito ao entendimento pacificado nesta Corte (Súmula 443).

5. Ordem não conhecida, expedido *habeas corpus* de ofício para reduzir a pena do paciente para 14 anos de reclusão, mais 106 dias-multa, no valor unitário mínimo, mantido, no mais, o aresto guerreado (HC 176.894/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 26/08/2013).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. DENÚNCIA POR PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. ART. 14 DA LEI 10.826/2003. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 12 DA LEI 10.826/2003), COM SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO (ART. 89 DA LEI 9.099/95). NECESSIDADE DE APRECIÇÃO DE ELEMENTOS FÁTICO-PROBATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE, NA VIA DO HABEAS CORPUS. JURISPRUDÊNCIA FIRMADA PELO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I. Não se presta o remédio heróico a apreciar questões que envolvam exame aprofundado de matéria fático-probatória, como, no caso, quanto à pretensão de desclassificação do crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido para posse irregular de arma de fogo de uso permitido, com a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95).

II. O ato descrito na denúncia, seja ele porte ilegal ou posse irregular de arma de fogo de uso permitido, efetivamente, constitui crime, não sendo possível, por isso, nulificar todo o processo, por suposto erro na tipificação do delito, constante da peça acusatória. Cabe ao réu defender-se dos fatos descritos na denúncia, e não de sua capitulação, muito embora, durante a instrução criminal, possa comprovar que não cometeu o crime de porte ilegal de arma de fogo, mas de posse irregular de arma de fogo, fazendo, eventualmente, se for o caso, jus aos benefícios da Lei 9.099/95.

III. Consoante a jurisprudência, "a pretensão de desclassificação, em sede de habeas corpus, é inviável, dada a necessidade de se revolver matéria fático-probatória" (STJ, HC 119.279/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 08/06/2011).

IV. Ademais, "segundo a orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, desclassificado o crime para outro que se amolde aos requisitos previstos no art. 89 da Lei n.º 9.099/1995, deve ser conferida ao Ministério Público a oportunidade de se manifestar acerca do oferecimento do benefício da suspensão condicional do processo. Enunciado n.º 337 da Súmula desta Corte" (STJ, HC 163.412/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe de 31/05/2010).

V. Agravo Regimental desprovido (AgRg no HC 78.216/PE, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Sexta Turma, DJe 01/03/2013).

Noutro ponto, verifica-se, pela simples leitura dos autos, embora reconhecida pelas instâncias ordinárias, a atenuante da confissão espontânea foi afastada sob o fundamento de que a situação do flagrante afasta a sua aplicação.

Todavia, conforme a jurisprudência pacificada nesta Corte Superior, a atenuante da confissão espontânea, tem caráter objetivo, configurando-se, tão-somente, pelo reconhecimento espontâneo do acusado, perante a autoridade, da autoria do delito, não se sujeitando a critérios subjetivos ou fáticos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Cumpre ressaltar, que o art. 65, III, d, do Código Penal, dispõe que a confissão espontânea sempre atenuará a pena, não ressaltando que esta deve ser completa ou explicitar todas as circunstâncias do crime, possuindo, dessa maneira, caráter estritamente objetivo. No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. ROUBO QUALIFICADO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA PARCIAL DO CRIME. ATENUANTE. RECONHECIMENTO OBRIGATÓRIO. COMPENSAÇÃO COM AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.

1. Como é consabido, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça também nos casos de utilização do habeas corpus em substituição ao recurso especial, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. A atenuante do art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, tem caráter objetivo, configurando-se, tão-somente, pelo reconhecimento espontâneo do acusado, perante a autoridade, da autoria do delito, não se sujeitando a critérios subjetivos ou fáticos. In casu, o Paciente confessou a subtração, logo, ainda que tenha negado a qualificadora do concurso de agentes, impõem-se a aplicação da atenuante.

4. A Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, após o julgamento do EREsp n.º 1.154.752/RS, pacificou o entendimento no sentido da inexistência de preponderância entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, a teor do art. 67 do Código Penal, pelo que é cabível a compensação dessas circunstâncias.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, para, mantida a condenação, reconhecer a atenuante da confissão espontânea e redimensionar a sanção penal do Paciente, nos termos do voto (HC 275.600/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 19/12/2013).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. MODUS OPERANDI. INGESTÃO DE 76 CÁPSULAS DE DROGA. CONFISSÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ESPONTÂNEA. CIRCUNSTÂNCIA DE CARÁTER OBJETIVO. EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE. IRRELEVÂNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

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. Na espécie, não se vislumbra ilegalidade manifesta a ser reconhecida. As instâncias ordinárias adotaram fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base, não parecendo arbitrário ou desarrazoado o quantum imposto, tendo em vista a natureza e a quantidade da substância entorpecente apreendida - 638,2 g de cocaína, acondicionados em 76 cápsulas -, bem como o modus operandi empregado na prática do delito - ingestão de 76 cápsulas de droga -, a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006.

3. Pacífico o entendimento nesta Corte no sentido de que "a atenuante do art. 65, inc. III, alínea d, do Código Penal tem caráter objetivo, configurando-se, tão-somente, pelo reconhecimento espontâneo do acusado, perante a autoridade, da autoria do delito, não se sujeitando a critérios subjetivos ou fáticos" (REsp 711.026/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ de 9/8/2005).

4. Embora tenha afirmado ter agido sob estado de necessidade tendo em vista "a dificuldade financeira por ele enfrentada para sustentar, além de sua esposa e de seus dois filhos, a sua mãe, deficiente visual, e a sua irmã que não exerce atividade econômica" (fl. 13), o paciente, de fato, confessou espontaneamente a autoria dos fatos a ele imputados, o que atrai a incidência do art. 65, III, alínea "d", do Código Penal.

5. O estabelecimento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 na fração de 1/6 não se mostrou, de modo flagrante, desarrazoado, dada a quantidade e a natureza da droga apreendida - 638,2 g de cocaína, acondicionados em 76 cápsulas (art. 42 da Lei n.º 11.343/06). O quantum de redução aplicado fica indene ao crivo do habeas corpus, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reconhecer a incidência da atenuante da confissão, reduzindo a pena total para 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, e 486 (quatrocentos e oitenta e seis) dias-multa, no valor unitário do mínimo legal, mantendo o regime outrora fixado pelas instâncias de origem (HC 212.924/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 05/11/2013).

Assim, o redimensionamento das penas é medida que se impõe:

Com relação ao delito previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006, mantenho a pena-base fixada pelas instâncias ordinárias em 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dias-multa e compenso, na segunda fase, a confissão espontânea com a reincidência. Ante a ausência de causas de aumento ou diminuição, torno definitiva a pena no patamar estipulado.

Quanto ao crime descrito no art. 14 da Lei 10.826/2003, também mantenho a pena-base fixada pelas instâncias ordinárias em 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa e compenso, na segunda fase, a confissão espontânea com a reincidência. Ante a ausência de causas de aumento ou diminuição, torno definitiva a pena no patamar estipulado.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem de ofício, para reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea, redimensionando as penas para 6 anos de reclusão, mais 600 (seiscentos) dias-multa para o delito de tráfico e para 2 anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, para o crime de porte ilegal de arma e munição, mantidos os demais termos do acórdão.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0115741-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 244.765 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 12076620118190059

EM MESA

JULGADO: 20/03/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: CLÁUDIA INEZ MARQUES - DEFENSORA PÚBLICA
ADVOGADO	: CLÁUDIA INEZ MARQUES - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	: EDSON CONCEIÇÃO SILVA MOTTA
CORRÉU	: JULIANA DE OLIVEIRA DUARTE DA SILVA

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 pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Rogerio Schietti Cruz votaram com a Sra. Ministra Relatora.