



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 167.754 - RJ (2010/0058658-3)

RELATOR : **MINISTRO GILSON DIPP**
IMPETRANTE : AMÉRICO LUIZ DIOGO GRILO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : DEUZEDINO ROSA DA SILVA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA TAL FIM. DOSIMETRIA DA PENA. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. CONFISSÃO. FUNDAMENTO DA CONDENAÇÃO. ATENUANTE OBRIGATÓRIA. ILEGALIDADE FLAGRANTE. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I. Conquanto o uso do *habeas corpus* em substituição aos recursos cabíveis – ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo – crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do *habeas corpus*.

II. A viabilidade do exame da dosimetria da pena, em sede de *mandamus*, somente é possível caso evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial ou errônea aplicação do método trifásico e daí resultar flagrante ilegalidade, causando prejuízo ao réu – hipótese dos autos.

III. A questão posta neste *writ* retrata exceção que deve ser analisada na via eleita, uma vez que exsurge evidente contradição a Corte estadual impor reprimenda ao paciente pela associação para o tráfico, valendo-se das declarações por ele prestadas para lastrear o decreto condenatório e, por outro lado, desconsiderá-las por ocasião da dosimetria, não levando em conta tal circunstância para individualizar a sanção penal.

IV. Deve ser reformado o decreto condenatório, tão somente na parte relativa à dosimetria da reprimenda, mantendo-se a condenação do réu, e determinado que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro estabeleça novo cálculo, reconhecendo-se a atenuante da confissão, consoante a orientação jurisprudencial desta Corte.

V. *Writ* não conhecido. Ordem concedida de ofício, nos termos do voto do Relator.

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. "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 Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de outubro de 2011(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO GILSON DIPP

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 167.754 - RJ (2010/0058658-3)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, impetrado pela Defensoria Pública em favor de DEUZEDINO ROSA DA SILVA, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, proferido nos autos dos Embargos de Declaração na Apelação Criminal n.º 2009.050.07861, assim ementado:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ALEGAÇÃO DE CONTRADIÇÃO ENTRE O ACÓRDÃO E A SÚMULA DO JULGAMENTO E OMISSÃO NO TOCANTE À VALORAÇÃO DE CONFISSÃO INDIRETA FEITA AOS POLICIAIS, APTA A MITIGAR AS SANÇÕES. De fato, laborou em equívoco a eficiente Secretaria na confecção da certidão do julgamento, razão na necessária retificação da minuta, ora determinada. Quanto à confissão indireta, em que pese sua menção no aresto opugnado, esta não ostentou a força probante necessária à robustecer o juízo de condenação pelo delito de associação para o tráfico, não produzindo, pois, a finalidade para a qual é destinada. Note-se que o embargante, de forma peremptória negou a acusação. Por outro lado, é de se ressaltar, que a sentença de piso, no que diz respeito ao delito do art. 33, da Lei 11.343/06 deixou de valorar tal confissão indireta quando da dosimetria penal, resignando-se naquela oportunidade a defesa. Inexistência de Omissão. EMBARGOS CONHECIDOS E REJEITADOS." (fl. 140).

Os autos demonstram que o paciente foi condenado em 12.08.2009, no Juízo da 19ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro/RJ, a cumprir 06 anos, 03 meses e 05 dias de reclusão, no regime inicial fechado, além do pagamento de 641 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06.

Interposta apelação criminal por ambas as partes, o Tribunal *a quo* negou provimento ao inconformismo da Defesa, mas acolheu as razões do Ministério Público, condenando o réu também nas penas do art. 35, da Lei de Drogas, fixando a sanção corporal por aquele delito em 04 anos e 01 mês de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime mais gravoso, mais o pagamento de 875 dias-multa. O julgamento ocorreu na sessão do dia 04.02.2010.

Opostos embargos declaratórios, foram eles rejeitados no dia 11.03.2010.

Neste Superior Tribunal de Justiça, alega-se constrangimento ilegal sob o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

argumento de que as instâncias ordinárias não observaram a incidência da atenuante pela confissão espontânea, além de terem utilizado os antecedentes criminais como circunstâncias distintas na dosimetria da pena, sem que fossem absorvidos pela reincidência, causando *bis in idem*, em prejuízo do réu.

Requeru a concessão da ordem, para que fosse reformado o acórdão recorrido e retificado o cálculo da reprimenda.

Sem pedido liminar, foram solicitadas as informações à Corte estadual, as quais foram prestadas às fls. 108/110, acompanhadas dos documentos de fls. 111/144.

Encaminhados os autos à Subprocuradoria Geral da República, o *Parquet* manifestou-se às fls. 148/156 pela concessão parcial da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 167.754 - RJ (2010/0058658-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, impetrado pela Defensoria Pública em favor de DEUZEDINO ROSA DA SILVA, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, proferido nos autos dos Embargos de Declaração na Apelação Criminal n.º 2009.050.07861.

Os autos demonstram que o paciente foi condenado em 12.08.2009, no Juízo da 19ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro/RJ, a cumprir 06 anos, 03 meses e 05 dias de reclusão, no regime inicial fechado, além do pagamento de 641 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06.

Interposta apelação criminal por ambas as partes, o Tribunal *a quo* negou provimento ao inconformismo da Defesa, mas acolheu as razões do Ministério Público, condenando o réu também nas penas do art. 35, da Lei de Drogas, fixando a sanção corporal por aquele delito em 04 anos e 01 mês de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime mais gravoso, mais o pagamento de 875 dias-multa. O julgamento ocorreu na sessão do dia 04.02.2010.

Opostos embargos declaratórios, foram eles rejeitados no dia 11.03.2010, consoante o acórdão ementado à fl. 140.

Neste Superior Tribunal de Justiça, alega-se constrangimento ilegal sob o argumento de que as instâncias ordinárias não observaram a incidência da atenuante pela confissão espontânea, além de terem utilizado os antecedentes criminais como circunstâncias distintas na dosimetria da pena, sem que fossem absorvidos pela reincidência, causando *bis in idem*, em prejuízo do réu.

Requeru a concessão da ordem, para que fosse reformado o acórdão recorrido e retificado o cálculo da reprimenda.

Passo à análise da irresignação.

A consulta realizada no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro revela que, após a Defensoria Pública ter ciência do acórdão recorrido, não interpôs qualquer outro recurso, tendo ocorrido a remessa dos autos em baixa definitiva para a comarca



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de origem, no dia 26.04.2010.

Denota-se, então que o impetrante não buscou o exame da irresignação em grau de cognição mais amplo, optando, por via oblíqua, utilizar-se da via estreita do *writ*, ao invés do regime recursal reservado pelos mecanismos legais, previsto e estruturado racionalmente para alcançar os resultados que aqui se almeja.

Não obstante, deve-se prestigiar a função constitucional excepcional do *mandamus*, evitando sua utilização indiscriminada e desmerecendo as funções das instâncias regulares de processo e julgamento, sob pena de se desmoralizar o sistema ordinário de recursos.

Conquanto o uso do *habeas corpus* em substituição aos recursos cabíveis - ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo, crescentemente fora de sua inspiração originária - tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição.

Sem pretender desmerecer a jurisprudência, deve ser ponderado que seja a impetração compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente, para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários e mesmo dos excepcionais por uma irrefletida banalização e vulgarização do *habeas corpus*, hoje praticamente erigido em remédio para qualquer irresignação, no mais das vezes muito longe de qualquer alegação de violência ou coação contra a liberdade de locomoção.

Tentar proteger os limites do *habeas corpus* é fazer respeitar sua credibilidade e funcionalidade, o que parece deva ser também uma importante missão deste Tribunal.

A questão posta neste *writ* é exemplar pois o recurso especial, instrumento ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que esta Corte Superior analise eventual ofensa à legislação federal nos fundamentos da dosimetria da pena imposta, aqui deliberadamente desdenhado, não pode ser substituído pelo *habeas corpus*, exceção que se liga necessariamente à violência, à coação, à ilegalidade ou ao abuso – circunstâncias que obviamente não constituem a regra senão a exceção – donde seu uso reclama naturalmente as restrições da exceção.

Neste contexto, o presente *writ* não deve ser conhecido, por consistir utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais.

Ressalta-se que o exame da dosimetria da pena, em sede de *mandamus*, somente é possível caso evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial ou errônea aplicação do método trifásico e daí resultar flagrante ilegalidade, causando prejuízo ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

réu.

Contudo, a hipótese dos autos retrata exceção que deve ser analisada na via eleita, uma vez que a irresignação tem respaldo na jurisprudência pacífica desta Corte, que tem determinado a revisão dos decretos condenatórios, ainda que transitados em julgado, para que as instâncias de origem façam incidir a atenuante da confissão, disciplinada no art. 65, inciso III, alínea "d", do Estatuto Repressivo, quando constatado que ela tenha servido de fundamento na condenação.

Da leitura do voto condutor no acórdão da apelação, extrai-se o seguinte fragmento, na parte que interessa:

"APELAÇÃO CRIMINAL N.º 2009.050.07861

APELANTE 1: MINISTÉRIO PÚBLICO

APELANTE 2: DEUZEBINO ROSA DA SILVA

APELADOS: OS MESMOS

(...)

Ao que revelam os autos, o 2º apte. em confissão indireta aos policiais afirmou taxativamente que o material apreendido era de sua propriedade e que trabalhava traficando drogas para terceiros, declarando aos policiais trabalhar para um tal de 'Puma', o 'dono da boca' local, auferindo a importância de R\$ 40,00 por carga vendida.

Vejamos tais depoimentos:

(...)

Por outro lado, a prova da estabilidade e permanência do vínculo que une o 2º apelante à referida associação criminosa é facilmente extraída dos elementos constantes dos autos, adredemente mencionada, daí a condenação de DEUZEDINO ROSA DA SILVA quanto ao delito tipificado no art. 35, da Lei 11.343/06.

O 2º apte. é possuidor de maus antecedentes (fl. 59), razão porque, com fulcro no art. 59 do CP, as penas básicas quanto a este delito deverão ser fixadas em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 750 DM à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato, corrigido até a data do efetivo pagamento.

Noutro vértice, por força da reincidência aferida à fls. 60, devem as reprimendas ser [sic] majoradas em 1/6, atingindo 04 (quatro) anos e 1 (um) mês de reclusão e 875 DM à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato corrigido até a data do efetivo pagamento, assim repousando." fls. (83/95).

Assim, constata-se flagrante constrangimento ilegal decorrente da contradição em o Tribunal *a quo* impor reprimenda ao paciente pela associação para o tráfico, valendo-se das declarações por ele prestadas para lastrear o decreto condenatório e, por outro lado, desconsiderá-las por ocasião da dosimetria, não levando em conta tal circunstância para individualizar a sanção penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A corroborar tal entendimento, trago à colação o seguinte precedente:

"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E USO DE DOCUMENTO FALSO. EXERCÍCIO DE AUTODEFESA. NÃO-CONFIGURAÇÃO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ATENUANTE OBRIGATÓRIA. CONCURSO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

(...)

2. Se a sentença e o acórdão utilizaram-se da confissão espontânea do acusado para corroborar o acervo probatório e concluir pela sua condenação, é obrigatória a atenuação da pena (art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal).

3. A reincidência, nos termos do art. 67 do Código Penal, é circunstância preponderante, que prevalece sobre a confissão espontânea no momento da fixação da reprimenda.

4. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação do Paciente, reformar a sentença de primeiro grau e o acórdão impugnados, no tocante à dosimetria da pena, nos termos explicitados."

(HC 155.415/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 17/12/2010)

Noutro giro, não se vislumbra o alegado constrangimento ilegal pela utilização de duas condenações transitadas em julgado, uma como antecedente criminal, outra como agravante pela reincidência. Em tal hipótese, não há que se falar em *bis in idem*.

A propósito:

"PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO. TENTATIVA. 1. DOSIMETRIA DA PENA. ANTECEDENTES. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES ANTERIORES DIVERSAS UTILIZADAS PARA AUMENTAR A PENA NAS DUAS CIRCUNSTÂNCIAS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA. 2. CONDENAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. RÉU REINCENTE. REGIME INICIAL FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOCORRÊNCIA. 3. ORDEM DENEGADA.

1. É permitido ao julgador utilizar-se de uma condenação anterior do acusado para exasperar a pena, em um primeiro momento, considerando como desfavoráveis as circunstâncias judiciais e, num segundo, considerando outra condenação anterior, fazer incidir a agravante da reincidência, não existindo, pois, afronta ao princípio ne bis in idem.

(...)

3. Ordem denegada."

(HC 116.786/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 31/05/2011, DJe 08/06/2011)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Desse modo, cabível a concessão da ordem de ofício, para reformar o decreto condenatório, tão somente na parte relativa à dosimetria da reprimenda, mantendo-se a condenação do réu, e determinar que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro estabeleça novo cálculo, reconhecendo-se a atenuante da confissão, consoante a orientação jurisprudencial desta Corte, acima destacada.

Neste contexto, o presente *writ* não deve ser conhecido, por consistir utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais. Entretanto, de ofício, concedo a ordem de *habeas corpus*, nos termos da fundamentação ora expendida.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0058658-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 167.754 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1311664120098190001 20090011317147 200905007861

EM MESA

JULGADO: 04/10/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GILSON DIPP**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : AMÉRICO LUIZ DIOGO GRILO - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : DEUZEDINO ROSA DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Associação para a Produção e Tráfico 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 Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.