



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 298.264 - SP (2014/0160981-6)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : NILSON ANTONIO DIAS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : NILSON ANTONIO DIAS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. REITERAÇÃO DE PEDIDO. MATÉRIA ANALISADA PELO COLEGIADO EM OUTRO *WRIT*. CONFISSÃO PARCIAL. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.
2. Não se conhece do *habeas corpus* em relação à suposta ilegalidade na exasperação da pena-base, pois tal irresignação foi objeto de debate e julgamento no HC 281.821/SP.
3. A confissão do acusado, ainda que parcial, condicionada ou posteriormente retratada, enseja a incidência da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal, porquanto utilizada como fundamento para a condenação.
4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea e redimensionar a pena do paciente.

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 Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 10 de dezembro de 2015 (Data do Julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 298.264 - SP (2014/0160981-6)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : NILSON ANTONIO DIAS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : NILSON ANTONIO DIAS (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por NILSON ANTÔNIO DIAS, em causa própria, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0018300-67.2011.8.26.0408).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 9 anos, 8 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, por incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, incidente a majorante prevista no art. 40, inciso V, do mesmo estatuto (e-STJ fls. 33/40).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi improvido (e-STJ fls. 52/58), em acórdão assim ementado:

TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS - TRÁFICO INTERESTADUAL - INCISO V DO ART. 40 DA LEI 11.343/06 - DOSIMETRIA ADEQUADA - EXPRESSIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE - HIPÓTESE DE PERDIMENTO CARACTERIZADA - APELO IMPROVIDO.

O paciente formulou pedido de revisão criminal perante a Corte local, oportunidade em que postulou a sua absolvição e o afastamento da causa de aumento de pena prevista no art. 40, V, da Lei 11.343/2006, sendo o pedido julgado improcedente (e-STJ fls. 59/63).

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 1/5), o impetrante/paciente afirma que vem sofrendo constrangimento ilegal, pois mantida sentença que exasperou a pena-base em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2/3 sem fundamentação suficiente, além de não ter sido aplicada a atenuante da confissão espontânea pelo simples fato de sua parcialidade.

Ao final, liminarmente e no mérito, pede que a sua pena seja redimensionada, mediante redução da pena-base e aplicação da atenuante da confissão espontânea.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fl. 25).

A autoridade impetrada prestou informações às e-STJ fls. 33/99.

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 104/108, opinou pelo não conhecimento da impetração, mas pela concessão da ordem, de ofício, para que seja reconhecida a atenuante da confissão espontânea, conforme a seguinte ementa:

PROCESSUAL PENAL. 'HABEAS CORPUS' SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. REDIMENSIONAMENTO DA REPRIMENDA. PENA- BASE MAJORADA COM BASE EM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MAUS ANTECEDENTES, NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. CONFISSÃO PARCIAL. NÃO APLICAÇÃO DA ATENUANTE PREVISTA NO ARTIGO 65, INCISO III, ALÍNEA 'D', DO CÓDIGO PENAL. CONFISSÃO UTILIZADA PELO JUIZ PARA FINS DE CONDENAÇÃO. ILEGALIDADE MANIFESTA. PRECEDENTES.

- Parecer pelo não conhecimento da ordem e pela concessão de ofício a fim de que seja reconhecida a incidência da atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 298.264 - SP (2014/0160981-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

[...] Habeas corpus não conhecido. (HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...]. (STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se, na presente oportunidade, o reconhecimento de constrangimento ilegal decorrente da exasperação da pena em 2/3 na primeira fase da dosimetria, além do não reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.

Em relação à suposta ilegalidade na exasperação da pena-base, verifico que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tal irresignação foi objeto de debate e julgamento no HC 281.821/SP, sob a minha relatoria, na sessão do dia 1º/12/2015, cuja ementa segue transcrita:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. VALORAÇÃO NEGATIVA DA QUANTIDADE DE DROGA. CRITÉRIOS IDÔNEOS PARA A EXASPERAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. A análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos, a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito.

3. A natureza e a quantidade de entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas no tráfico ilícito de entorpecentes.

4. No caso, não há falar em constrangimento ilegal decorrente da exasperação da pena-base em 2/3 com fundamento na extensa folha de antecedentes do réu, além da expressiva quantidade de droga apreendida – 40 kg de maconha.

5. Habeas corpus não conhecido.

Assim, no ponto, resulta incabível a impetração, pois trata-se de mera reiteração de pedido já formulado e julgado por esta Corte Superior.

No que toca ao pleito de incidência da atenuante da confissão espontânea, constata-se que o paciente confessou a autoria, bem como o efetivo transporte da droga, embora associada a teses defensivas, conforme segue (e-STJ fls. 34 e 37):

O réu, interrogado em Juízo, confessou que estava transportando os mais de 40 kg de maconha. Alegou, contudo, que tinha uma dívida com algumas pessoas e que, como não tinha dinheiro para pagá-la, acabou aceitando a proposta de transportar a droga para pagamento dessa dívida, tendo sido ameaçado por essas pessoas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

caso não fizesse o transporte. Afirmou, ainda, que o transporte da droga era de Assis/SP para uma cidade próxima a Piraju, também no Estado de São Paulo (fls. 145/148).

[...]

Na segunda fase, não há agravantes ou atenuantes genéricas, porquanto a confissão do réu foi viciada por sua tentativa de se livrar de sua responsabilidade penal, afirmando coação e que não transportava a droga do Estado do Paraná para São Paulo, e somente a confissão integral e de acordo com a verdade dos fatos deve ser beneficiada com a redução da atenuante genérica.

O óbice apresentado pelo Juízo sentenciante para negar a incidência da atenuante foi secundado pelo Tribunal *a quo*, nos termos seguintes (e-STJ fls. 56/57):

Não é o caso de incidência da atenuante da circunstância atenuante da confissão, pois, em juízo, alegou ter agido sob coação, bem como negou que trazia o entorpecente do Estado do Paraná (fls. 145/148).

Entretanto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a confissão do acusado, ainda que parcial, condicionada ou posteriormente retratada, enseja a incidência da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal, desde que utilizada como fundamento para a condenação. Seguem recentes julgados:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. APLICABILIDADE. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL SOPESADA NO JUÍZO DE CONDENAÇÃO.

[...]

4. Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, mostra-se irrelevante 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. Na espécie, a sentença e o acórdão da apelação, muito embora tenham sopesado a confissão extrajudicial no juízo de condenação, não reconheceram a respectiva atenuante, ficando caracterizado o constrangimento ilegal nesse ponto.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reconhecer a atenuante da confissão espontânea e compensá-la com a reincidência, redimensionando a reprimenda imposta ao paciente. (HC 208.590/MS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe 19/10/2015).

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONFISSÃO ESPONTÂNEA PARCIAL. UTILIZAÇÃO COMO SUPORTE DA CONDENAÇÃO. ATENUAÇÃO OBRIGATÓRIA. COMPENSAÇÃO COM REINCIDÊNCIA.

1. Consoante entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, nos casos em que a confissão do acusado servir como um dos fundamentos para a condenação, deve ser aplicada a atenuante em questão, pouco importando se a confissão foi espontânea ou não, se foi total ou parcial, ou mesmo se foi realizada só na fase policial, com posterior retratação em juízo.

2. É devida a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. Precedente da Terceira Seção.

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1412043/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 10/3/2015, DJe 19/3/2015).

Na mesma esteira, segue o enunciado da Súmula 545/STJ: "Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal."

Assim, constata-se que a confissão, embora parcial, foi utilizada para fundamentar a condenação, razão pela qual o acórdão impugnado merece reparo no ponto em que refutou a aplicação da atenuante da confissão espontânea.

Portanto, em virtude do reconhecimento da referida atenuante, entendo proporcional e razoável atenuar a pena em 1/6 na segunda fase da dosimetria da pena.

Em consequência, passo ao respectivo redimensionamento.

Mantidos os critérios utilizados pela Corte local na primeira fase da dosimetria da pena, oportunidade em que a pena-base foi fixada em 8 anos e 4 meses de reclusão e 833 dias-multa (e-STJ fl. 37), reconheço a incidência da atenuante da confissão espontânea, na fração de 1/6, reduzindo a pena para 6 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão e 694 dias-multa. Na terceira fase, aplicada a majorante prevista no art. 40, inciso V, da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.343/2006, na fração de 1/6, conforme reconhecido pelas instâncias ordinárias (e-STJ fl. 37), aumento a pena para 7 anos, 10 meses e 26 dias de reclusão e 809 dias-multa, que se torna definitiva ante a ausência de outras causas de aumento ou diminuição.

Reduzida a pena para patamar superior a 4 e não excedente a 8 anos e constatada a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente, como a expressiva quantidade de droga – mais de 40 kg de maconha – e os maus antecedentes, tal como sustentado na origem, fica mantido o regime inicial fechado, na esteira do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício, para reduzir a pena do paciente para 7 (sete) anos, 10 (dez) meses e 26 (vinte e seis) dias de reclusão e 809 dias-multa, mantido o regime inicial fechado.

É o voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0160981-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 298.264 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00183006720118260408 00346632420138260000 183006720118260408
346632420138260000

EM MESA

JULGADO: 10/12/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO JOSÉ GISI**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : NILSON ANTONIO DIAS

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : NILSON ANTONIO DIAS (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 Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.