



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 352.064 - SP (2016/0075711-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MARIA ANGELICA ABUD CHINAGLIA BEMPENSANTE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIOGO BRIZA LOPES (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. COMPENSAÇÃO ENTRE ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. UMA CONDENAÇÃO ANTERIOR. POSSIBILIDADE. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). RÉU REINCIDENTE. CRITÉRIO IDÔNEO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade, o que não é o caso dos autos.

3. Esta Corte firmou entendimento no sentido de que deve incidir a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal, se a confissão do réu, ainda que parcial ou retratada, integrar o acervo probatório e fundamentar a condenação. A teor do tema, a Súmula 545 do STJ dispõe que "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."

4. A Terceira Seção, em 10/4/2013, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1.341.370/MT, de Relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, firmou o entendimento de que, observadas as especificidades do caso concreto, "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência".

5. *In casu*, a confissão do paciente, ainda que retratada em juízo, compôs o acervo probatório, bem como foi utilizada para fundamentar a sua condenação, o que impõe o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal.

6. Tratando-se de condenado que registra apenas uma condenação transitada em julgado anterior, não há qualquer óbice à compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, ainda que esta seja específica. Precedente.

7. Mantido o *quantum* da reprimenda imposta em patamar superior a 4 anos e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não superior a 8 anos e considerando a reincidência do réu, é incabível a alteração do regime prisional para o aberto ou semiaberto, a teor do art. 33, § 2º, "b", do CP, assim como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena final para 5 anos de reclusão, mais 500 dias-multa, mantido o regime fechado para cumprimento inicial da reprimenda.

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

Brasília (DF), 09 de agosto de 2016(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 352.064 - SP (2016/0075711-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MARIA ANGELICA ABUD CHINAGLIA BEMPENSANTE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIOGO BRIZA LOPES (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **DIOGO BRIZA LOPES**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 585 (quinhentos e oitenta e cinco) dias-multa, com incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Em sede recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo.

Neste *writ*, o impetrante insurge-se contra a dosimetria da pena, alegando que, embora a confissão do paciente tenha integrado o acervo probatório e tenha fundamentado sua condenação, as instâncias ordinárias deixaram de compensá-la com a agravante de reincidência, nos termos da Súmula 545 do STJ.

Requer, inclusive liminarmente, a redução da pena imposta, redimensionado o regime prisional inicial.

Liminar indeferida (e-STJ, fl. 29).

Informações prestadas (e-STJ, fls. 40-41).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus* e, no mérito, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 352.064 - SP (2016/0075711-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MARIA ANGELICA ABUD CHINAGLIA BEMPENSANTE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIOGO BRIZA LOPES (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. COMPENSAÇÃO ENTRE ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. UMA CONDENAÇÃO ANTERIOR. POSSIBILIDADE. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). RÉU REINCIDENTE. CRITÉRIO IDÔNEO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.
2. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade, o que não é o caso dos autos.
3. Esta Corte firmou entendimento no sentido de que deve incidir a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal, se a confissão do réu, ainda que parcial ou retratada, integrar o acervo probatório e fundamentar a condenação. A teor do tema, a Súmula 545 do STJ dispõe que "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."
4. A Terceira Seção, em 10/4/2013, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1.341.370/MT, de Relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, firmou o entendimento de que, observadas as especificidades do caso concreto, "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência".
5. *In casu*, a confissão do paciente, ainda que retratada em juízo, compôs o acervo probatório, bem como foi utilizada para fundamentar a sua condenação, o que impõe o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal.
6. Tratando-se de condenado que registra apenas uma condenação transitada em julgado anterior, não há qualquer óbice à compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, ainda que esta seja específica. Precedente.
7. Mantido o *quantum* da reprimenda imposta em patamar superior a 4 anos e não superior a 8 anos e considerando a reincidência do réu, é incabível a alteração



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do regime prisional para o aberto ou semiaberto, a teor do art. 33, § 2º, "b", do CP, assim como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena final para 5 anos de reclusão, mais 500 dias-multa, mantido o regime fechado para cumprimento inicial da reprimenda.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Nesse contexto, passo ao exame das supostas ilegalidades apontadas pela defesa.

Da análise da sentença condenatória, observa-se o Juízo sentenciante, diante da ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixou a pena-base em 5 anos, aumentando-a em 1/6, em razão da agravante de reincidência, a qual tornou definitiva em 5 anos e 10 meses, ante a ausência de causas de aumento ou diminuição de pena. No tocante à confissão do paciente, assim se manifestou (e-STJ, fl. 17):

"Embora o réu tenha alegado durante o interrogatório que foi prejudicado pelos policiais por motivo de vingança, pois meses antes dos fatos o miliciano Vagner após desentendimento prometeu que iria vingar-se, sua versão não convence.

Isso porque, ambos os policiais militares narraram que foram comunicados via COPOM sobre o tráfico realizado na residência do réu, conhecido por 'Gordo da Aldeia' e assim se dirigiram ao local. Lá chegando foram atendidos pelo pai de DIOGO e logo após pelo próprio réu que autorizou a entrada na residência. Em bus no quarto do réu avistaram um baú de motocicleta contendo considerável quantidade de drogas, bem como armas e munições no interior de uma gaveta. O réu confessou o delito e esclareceu que era o responsável pela distribuição dos entorpecentes em parte da Aldeia (fls. 87 e 88).

Aliás, o réu foi indagado a respeito do referido baú e reconheceu que o utensílio levado à Delegacia de Polícia era idêntico ao seu. Se não bastasse, os entorpecentes foram exibidos aos pais de DIOGO, os quais estavam no local no momento da apreensão da droga e se realmente os fatos não fossem verdadeiros certamente algum dos familiares viriam a Juízo em defesa do filho.

Assim conclui-se que não há qualquer razão para suspeitar do depoimento dos policiais militares, e nem se argumente que o testemunho desses agentes tenha sempre o cunho de validar o trabalho que realizam, ao contrário, o valor a ser atribuído é o mesmo de qualquer outro testemunho, inclusive porque não há provas de animosidades anteriores entre referidos agentes e o réu."

A Corte *a quo*, por sua vez, negou provimento ao apelo defensivo e, ao rebater as teses defensivas, consignou que os policiais militares afirmaram a confissão extrajudicial do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente em seus relatos (e-STJ, fls. 23-24).

Inicialmente, consigno que a individualização da pena, como atividade discricionária vinculada do julgador, será revista apenas nas hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, quando não observados os parâmetros estabelecidos na legislação de regência e o princípio da proporcionalidade.

Como cediço, esta Corte firmou entendimento no sentido de que deve incidir a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal, se a confissão do réu, ainda que parcial ou retratada, integrar o acervo probatório e fundamentar a condenação. (HC 237.252/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 26/2/2014.)

A respeito do tema, a Súmula 545 do STJ dispõe que, "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."

A Terceira Seção, em 10/4/2013, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1.341.370/MT, de Relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, firmou o entendimento de que, observadas as especificidades do caso concreto, "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência".

No caso, observa-se dos excertos que a confissão do paciente, ainda que retratada em juízo, compôs o acervo probatório, bem como foi utilizada para fundamentar a sua condenação, o que impõe o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal, e sua compensação com a agravante de reincidência.

Nesse contexto, é certo que, em se tratando de réu multirreincidente e específico, este Tribunal tem entendido que deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do CP, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante. (Vide: HC 334.889/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 11/11/2015).

Entretanto, tem-se decidido, também, que não há qualquer óbice à compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, ainda que esta seja específica, caso o paciente registre apenas uma condenação transitada em julgado anterior, como na hipótese dos autos, consoante se extrai da folha de antecedentes criminas às e-STJ, fls. 48-53.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça 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." (AREsp n. 1.154.752/RS, DJe 4/9/2012).

2. No caso, o agravante ostenta apenas uma condenação definitiva anterior, não havendo, assim, impedimentos à compensação integral entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência.

3. Agravo regimental a que se nega provimento."

(AgRg no AREsp 710.851/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 21/09/2015.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA DA PENA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. REINCIDENTE ESPECÍFICO. POSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A Terceira Seção, em 10/4/2013, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1.341.370/MT, de Relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, firmou o entendimento de que, aferidas as especificidades do caso concreto, "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência".

2. Tratando-se de condenado que registra apenas uma condenação transitada em julgado anterior, não há qualquer óbice à compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, ainda que esta seja específica. Precedente.

3. O recurso especial não é a via adequada para a análise de supostas violações de dispositivos constitucionais, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, ainda que para fins de prequestionamento. Precedente.

4. Agravo regimental não provido."

(AgRg no REsp 1.518.232/RO, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 9/11/2015.)

Desse modo, compensada integralmente a atenuante de confissão espontânea com a agravante de reincidência, na segunda fase da dosimetria, a pena fica no mínimo legalmente previsto, 5 anos de reclusão, mais 500 (quinhentos) dias-multa, a qual torno definitiva, ante a ausência de causas de aumento ou diminuição de pena, conforme delineado pelas instâncias ordinárias.

Por fim, consigne-se que, mantido o *quantum* da reprimenda imposta em patamar superior a 4 anos e não superior a 8 anos e considerando a reincidência do réu, é incabível a alteração do regime prisional para o aberto ou semiaberto, a teor do art. 33, § 2º, "b", do CP, assim como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para reduzir a reprimenda final para 5 anos de reclusão, mais 500 (quinhentos) dias-multa, mantido o regime fechado para cumprimento inicial da pena.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0075711-8

HC 352.064 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00175599420118260127 1270120110175590 175599420118260127

EM MESA

JULGADO: 09/08/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: MARIA ANGELICA ABUD CHINAGLIA BEMPENSANTE
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: DIOGO BRIZA LOPES (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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.