



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 392.018 - SP (2017/0055301-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ROSELEINE APARECIDA DA SILVA - SP265930
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WILLIAN JUNIOR RUIZ

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. SEGUNDA FASE. CONFISSÃO NA FASE INQUISITORIAL, POSTERIORMENTE RETRATADA EM JUÍZO. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 545 DA SÚMULA DESTA CORTE. COMPENSAÇÃO ENTRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE. MATÉRIA PACIFICADA NO ERESP N. 1.154.752/RS. ILEGALIDADE DEMONSTRADA. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *writ*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

– A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido de que, quando utilizada pelo juiz para fundamentar a condenação, incide a atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal, ainda que a confissão tenha sido realizada na fase inquisitorial e posteriormente retratada em juízo, entendimento que resultou na edição do enunciado n. 545 da Súmula desta Corte.

– A Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar o EREsp n. 1.154.752/RS, uniformizou o entendimento de que a atenuante da confissão espontânea deve ser compensada com a agravante da reincidência.

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas impostas ao paciente para 5 anos e 10 meses de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Brasília (DF), 23 de maio de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 392.018 - SP (2017/0055301-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ROSELEINE APARECIDA DA SILVA - SP265930
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WILLIAN JUNIOR RUIZ

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de WILLIAN JUNIOR RUIZ contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0049395-25.2012.8.26.0071.

Consta dos autos que o paciente foi condenado às penas de 7 anos, 11 meses e 8 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 780 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, c/c art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, conforme sentença de fls. 7/9.

Inconformada, apelou a defesa, tendo o Tribunal de origem provido parcialmente o recurso para diminuir as penas para 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, e 680 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação (acórdão de fls. 12/24).

Neste *writ*, sustenta a impetrante que o paciente sofre constrangimento ilegal, porquanto não foi compensada a agravante de reincidência com a atenuante de confissão, o que está em desacordo com o entendimento firmado pela jurisprudência desta Corte, inclusive expresso no enunciado n. 545 da Súmula desta Corte.

Requer, liminarmente e no mérito, a realização de nova dosimetria, reconhecendo-se a atenuante de confissão, reduzindo-se a pena aplicada ao paciente.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem apenas no que se refere ao reconhecimento da atenuante de confissão, sem que seja compensada com a agravante de reincidência, por esta preponderante (fls. 74/83).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 392.018 - SP (2017/0055301-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpre analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, 1ª Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, 4ª Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Busca-se o redimensionamento da pena imposta, em razão da alegada possibilidade de reconhecimento da confissão, realizada na fase inquisitorial, nos termos do enunciado n. 545 da Súmula desta Corte, e a sua posterior compensação com a agravante de reincidência.

As instâncias ordinárias, analisarem as provas presentes nos autos, firmaram o convencimento utilizando-se dos seguintes elementos:

No procedimento administrativo (fls.19), o réu disse que estava em dívida com um sentenciado na unidade, o qual não deseja citar o nome, e, como encontrou a droga num latão de lixo, resolveu entrar na unidade com a droga e acertar sua dívida.

O agente penitenciário João Carlos disse que estava presente na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sala, mas não foi quem fez a revista. Quando acharam a droga na perna dele, o depoente foi chamado. Disse que ele estava retornando do trabalho externo e passava pela revista, sendo que são mais de trezentos detentos que passam pela revista à noite. Disse que, por essa revista, não é possível entrar com a droga.

O agente Kunio disse que eles trabalham na área externa e depois das seis horas é feita a entrada deles na unidade. Na entrada, é feita a revista deles sem roupa; ao abaixar as calças do réu, estavam na perna três tijolos de maconha. Não se lembrou do réu pelo rosto, mas sim pelo nome dele.

Estas provas são suficientes para a condenação do acusado, pois demonstra que ele estava ingressando no estabelecimento penal com a droga referida na denúncia. A quantidade de droga evidencia que ela seria para comércio clandestino, pois ninguém entra com aquela quantidade de droga em penitenciária somente para uso próprio.

A negativa dele em juízo está contrariada pelos demais elementos de prova dos autos, notadamente o seu depoimento no procedimento administrativo, no qual confessa que ia adentrar no estabelecimento penal com a droga, a fim de acertar uma dívida. Tal confissão foi feita na presença do advogado da FUNAP, o qual foi solicitado pelo réu (sentença - fl. 8).

A autoria é indubitosa.

O réu, na fase administrativa (fls. 19) disse que, na data dos fatos, ao retorna para a unidade penitenciária depois de seu trabalho externo, na revista pessoal, foram encontrados com ele três (03) tijolos de “maconha”. Afirmou que estava ingressando com o referido entorpecente a fim de quitar uma dívida. Já em Juízo (fls. 76/vº - mídia digital) alterou sua versão, dizendo que o agente penitenciário que efetuou a revista nele forjou o flagrante, pois, no período da manhã do mesmo dia, o réu e tal agente tiveram um desentendimento.

Contudo, os agentes penitenciários João Carlos Marques e Kunio Ikeda (fls. 20/vº e fls. 76 mídia digital) disseram que estavam efetuando revista pessoal nos presos que retornavam do trabalho externo quando encontraram amarrados na perna do réu, três (03) tijolos de “maconha” (acórdão - fls. 36/37).

As instâncias ordinárias, a despeito de terem considerado a confissão do paciente na fase inquisitorial como elemento formador da convicção, deixaram de reconhecer a referida atenuante, ao fundamento de que *não há de se falar em compensação da confissão*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com sua reincidência posto que o réu apenas confessou a traficância na fase administrativa, mudando sua versão em Juízo, negando o fato (fl. 42).

Porém, nos termos da jurisprudência deste Tribunal, expressa no enunciado n. 545 da Súmula desta Corte, *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, ainda que retratada judicialmente, se há confissão do réu, incabível o afastamento da respectiva atenuante.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO SIMPLES TENTADO. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL, COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APELO DEFENSIVO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. SUA UTILIZAÇÃO PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO. RECONHECIMENTO OBRIGATÓRIO DA ATENUANTE DE CONFISSÃO, AINDA QUE PARCIAL. COMPENSAÇÃO DA ATENUANTE COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. QUESTÃO PACIFICADA PELA TERCEIRA SEÇÃO DO STJ. ERESP 1.154.754/RS. PENA INFERIOR A 04 ANOS. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL FECHADO. RÉU REINCIDENTE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 269 DO STJ. EXISTÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

[...]

VII. Para o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, basta que tenha ela servido de base para a condenação, seja a confissão total ou parcial ou retratada em Juízo. Precedentes.

[...]

XI. Habeas corpus não conhecido.

XII. Ordem concedida, de ofício, para aplicar a atenuante da confissão espontânea, compensá-la com a agravante da reincidência - reduzindo as penas, em consequência, a 02 anos de reclusão e 05 dias-multa - e estabelecer o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva (Súmula 269 do STJ). (HC 248.275/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Sexta Turma, julgado em 25/9/2012, DJe 30/10/2012).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, reconhecida a atenuante de confissão espontânea, cumpre destacar que a Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp n. 1.154.752/RS, uniformizou o entendimento de que a atenuante da confissão espontânea deve ser compensada com a agravante da reincidência, ao reconhecer que as causas devem ser igualmente valoradas. Acerca do tema, confirmam-se os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO. DOSIMETRIA. COMPENSAÇÃO ENTRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. MATÉRIA PACIFICADA NO ERESP 1.154.752/RS. 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.

- No julgamento EREsp n. 1.154.752/RS, a Terceira Seção desta Corte Superior uniformizou o entendimento de que a atenuante da confissão espontânea deve ser compensada com a agravante da reincidência, reconhecendo que ambas as causas devem ser igualmente valoradas.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para que seja compensada a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, reduzindo a pena imposta ao paciente para 3 (três) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão e 7 dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão (HC 275.896/SP, Relatora Ministra Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Sexta Turma, DJe 14/3/2014).

HABEAS CORPUS. ART. 155, CAPUT, E ART. 155, § 4.º, I, C.C. ART. 69, DO CÓDIGO PENAL. (1) WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. (2) QUALIFICADORA DE ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL. ILEGALIDADE MANIFESTA. (3) COMPENSAÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE. (4) WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. In casu, há manifesta ilegalidade no tocante à incidência da qualificadora de rompimento de obstáculos, dada a ausência de laudo pericial, não se justificando que seja suprido pela prova testemunhal sem motivação idônea. (Precedentes).

3. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EREsp 1.154.752/RS, pacificou o entendimento no sentido de que a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea são igualmente preponderantes, pelo que devem ser compensadas.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de afastar a qualificadora e compensar a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, reduzindo a reprimenda do paciente para 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, mais 23 (vinte e três) dias-multa, no tocante a Ação Penal n.º 30/2011, Código 26473, da 1.ª Vara da Comarca de Canarana/MT, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão (HC n. 234.153/MT, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 24/3/2014).

Necessária, portanto, a realização de nova dosimetria.

Fixada a pena-base no mínimo legal, afasta-se a exasperação da fração de 1/6, aplicada pelas instâncias ordinárias, mas mantém-se o aumento na fração de 1/6, pela incidência do art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, resultando em uma pena definitiva de 5 anos e 10 meses de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.

Ante o exposto, **não conheço** do presente *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício, para reduzir as penas impostas ao paciente, nos termos da fundamentação acima expendida.

É o voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0055301-5

HC 392.018 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00493952520128260071 493952520128260071

EM MESA

JULGADO: 23/05/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ROSELEINE APARECIDA DA SILVA - SP265930
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WILLIAN JUNIOR RUIZ

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