

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

Superior Tribunal de Justiça

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, 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.

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.

Cumprido 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.

Superior Tribunal de Justiça

O agente penitenciário João Carlos disse que estava presente na 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 retornar 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 com sua reincidência posto que o réu apenas confessou a*

Superior Tribunal de Justiça

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

**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.