



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 348.463 - SP (2016/0027583-4)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JULIANA DO VAL RIBEIRO - SP291690
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEFFERSON LIMA CONFESSOR

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA NATUREZA, DIVERSIDADE E QUANTIDADE DE ENTORPECENTE (5,175kg DE CRACK E 676,4g DE MACONHA). CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06) NÃO APLICADA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO INDICATIVAS DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INEXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. A questão atinente à possibilidade de compensar a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea não foi submetida ou apreciada pelo Tribunal de origem, o que obsta a sua análise por esta Corte Superior, sob risco de se incorrer em indesejável supressão de instância. Precedentes.

3. A pena-base foi aumentada com fundamento na natureza, diversidade e quantidade de droga, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06, e a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 desta Lei deixou de ser aplicada em razão das circunstâncias do delito, as quais revelaram o profundo envolvimento do paciente com o tráfico ilícito de entorpecentes, inviabilizando a concessão do benefício. Inexistência de *bis in idem*.

Habeas corpus não conhecido.

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.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 20 de outubro de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 348.463 - SP (2016/0027583-4)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JULIANA DO VAL RIBEIRO - SP291690
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEFFERSON LIMA CONFESSOR

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de JEFFERSON LIMA CONFESSOR contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n. 0005381-142015.8.26.0050).

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o paciente à pena de 12 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 1.250 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas).

Interposta apelação pela defesa, a Corte estadual manteve incólume a sentença, em julgamento assim ementado:

Lei de Drogas (nº 11.343/2006). Tráfico de entorpecentes. Crime caracterizado, integralmente. Flagrante inquestionável. Acondicionamento e quantidade de drogas que revelam comércio. Palavras coerentes e incriminatórias de Policiais Militares. Confissão parcial em juízo, ademais. Responsabilização inevitável. Necessidade condenatória imperiosa. Apenamento adequado, impassível de alterações. Acusado que não faz jus à redução prevista pelo art. 33, § 4º, Lei 11.343/06. Regime inicial fechado único possível (L. 11.464/07). Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Impossibilidade. Apelo improvido (fl. 87).

No presente *writ*, a Defensoria Pública alega constrangimento ilegal em face das instâncias ordinárias não terem compensado a atenuante da confissão espontânea com a circunstância agravante da reincidência. Aduz também que o paciente preenche todos os requisitos para a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. Ressalta que esse benefício foi negado com base na quantidade de entorpecente, elemento que também foi considerado no aumento da pena-base, havendo, assim, indevido *bis in idem*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diante disso, requer o abrandamento da reprimenda.

Indeferido o pedido liminar e dispensadas as informações, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do pedido e, subsidiariamente, pela denegação da ordem, nos termos da seguinte ementa:

Processo Penal. Habeas corpus. Tráfico de drogas. Pleito de alteração da dosimetria da pena.

1. A racionalização no uso do hc como substituição ao recurso próprio previsto na legislação determina o não conhecimento do writ. 2. O Juízo de primeira instância avaliou corretamente as circunstâncias incidentes na fixação da pena. Mantida a condenação à pena superior a 8 anos o regime fechado decorre do Código Penal. 3. Pelo não conhecimento do hc ou pela denegação da ordem (fl. 154).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 348.463 - SP (2016/0027583-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

Conforme relatado, a primeira controvérsia refere-se ao pedido de compensação da atenuante da confissão espontânea com a circunstância agravante da reincidência.

Entretanto, o exame dos autos revela que a irresignação sequer foi submetida à análise da Corte estadual. É o que se depreende do seguinte fragmento, extraído do julgamento colegiado:

O apelo do acusado - f. 104/109 - pretende, essencialmente, a modificação do julgado em sua parte meritória e conclusiva, buscando a improcedência da demanda e conseqüente inversão do resultado, com absolvição, por defendida insuficiência da prova acusatória.

Subsidiariamente, busca (i) a redução da pena-base, com a aplicação de menor fração de aumento pelo art. 42 da Lei Antidrogas, (ii) a aplicação da redução de penas prevista pelo art. 33, § 4.º da L. de Drogas, (iii) substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, e (iv) fixação de regime prisional mais brando.

Anotam-se contrarrazões ministeriais - f. 111/118 - que defendem a manutenção do decisório de origem (fls. 88/89).

Assim, à míngua de exame da matéria objeto dessa impetração, esta Corte fica impedida de pronunciar-se a respeito, sob pena de indevida supressão de instância. No mesmo sentido:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. INVIABILIDADE DE ANÁLISE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. A pretensão mandamental visa ao reconhecimento da atenuante da confissão espontânea e à compensação com a agravante da reincidência, a fim de reduzir a pena aplicada ao paciente e alterar o regime inicial de cumprimento, do fechado para o aberto.

2. Tais matérias, contudo, não foram decididas pela Corte



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de origem, razão pela qual não podem ser apreciadas originariamente por este Superior Tribunal, sob pena de supressão de instância.

3. Habeas corpus não conhecido (HC 327.517/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 21/10/2015).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. DOSIMETRIA. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E POSTERIOR COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. INVIABILIDADE DE ANÁLISE DIRETAMENTE POR ESTE TRIBUNAL SUPERIOR. MATÉRIAS NÃO DIRIMIDAS PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INOVAÇÃO DE TESES JURÍDICAS. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE. RECURSO IMPROVIDO.

1. Inviável o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea e sua compensação com a agravante da reincidência, porquanto tais questões não foram suscitadas pelo recorrente e tampouco analisadas pelo Tribunal a quo por ocasião do julgamento da apelação, sob pena de se incidir na indevida supressão de instância.

2. É inadmissível a apreciação, em sede de agravo regimental, de teses que não foram alegadas na inicial do remédio constitucional, pois à parte é vedado inovar quando da interposição do recurso interno, conforme jurisprudência deste Tribunal Superior.

Precedentes.

3. Agravo Regimental improvido (AgRg no HC 306.246/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 14/04/2015).

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. NÃO CONHECIMENTO. CRIME DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO DESPROVIDO.

[...]

V - Impossibilitada a análise por este Tribunal Superior acerca da possibilidade de reconhecimento da confissão espontânea, bem como sua compensação com a reincidência, porquanto a Corte de origem não emitiu juízo de valor sobre a respectiva tese defensiva, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes VI - A decisão agravada não merece reparos, porquanto proferida em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior.

VII - Agravo Regimental improvido (AgRg no HC 288.943/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, QUINTA TURMA,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DJe 29/08/2014).

No que diz respeito à segunda controvérsia, constata-se que policiais surpreenderam o paciente na posse de 5.175,6 g (cinco mil, cento e setenta e cinco gramas e seis decigramas) de cocaína, na forma de crack, bem como, guardava e tinha em depósito [...] 676,4 g de Cannabis sativa L, vulgarmente conhecida como 'maconha', além de 1 balança de precisão, 3 telefones celulares e anotações referentes ao comércio ilícito, (fl. 20), razão pela qual foi condenado por tráfico de drogas.

Na primeira fase da dosimetria, o Magistrado processante elevou a pena-base com fundamento na natureza, diversidade e na grande quantidade de droga apreendida, dentre outras circunstâncias. Na terceira fase, não aplicou a minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, por entender que o paciente se dedicava a atividades criminosas. Confirmam-se, aliás, os seguintes trechos da sentença:

[...]

*Embora o réu não ostente antecedentes desabonadores, forçoso convir que a natureza, a diversidade e a enorme quantidade de substâncias apreendidas recomendam a exasperação da pena, de modo que, atento aos ditames do artigo 42 da Lei nº 11.343/06 e do artigo 59 do Código Penal, estabeleço a pena-base em 12 (doze) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 1.250 (um mil, duzentos e cinquenta) dias-multa, tomando-se definitivas por inexistirem outras circunstâncias a serem sopesadas. A sanção pecuniária é fixada com piso unitário correspondente a 1/30 (um trigésimo) do maior salário mínimo vigente à época do fato, tendo-se especialmente em conta a ausência de informações quanto à sua atual situação econômica. In casu, não tem aplicação a circunstância atenuante da confissão espontânea prevista no artigo 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal, porquanto o réu negou qualquer envolvimento com a droga e demais itens apreendidos no barraco, procurando, com isso, desacreditar a palavra dos policiais e diminuir a sua responsabilidade na empreitada criminosa, salientando-se que para o reconhecimento da atenuante, a confissão deve ser plena, isenta de subterfúgios ou restrições, até porque nada justifica a transgressão da norma penal. **Por oportuno, cabe destacar que na hipótese sub examen, não se incide a causa de diminuição de pena preconizada no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, porquanto está mais do que patenteado nos autos, que o réu fazia do tráfico de entorpecentes o seu meio de vida, bastando que se atenha ao teor do seu interrogatório judicial e à expressiva quantidade e variedade de substâncias apreendidas, uma delas - crack - de alto potencial nocivo, anotando-se que um iniciante não teria à sua disposição, esta robusta quantidade de drogas. A pena privativa de liberdade aplicada será cumprida inicialmente em regime***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FECHADO, a teor do disposto no artigo 2o, § 1o, da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, com a nova redação que lhe deu a Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007 (fls. 22/23, sem destaque no original).

Em apelação da defesa, o Tribunal a quo manteve incólume a sentença, consignando:

Base fixada acima do mínimo legal, em 12 anos e 6 meses de reclusão, mais pagamento de 1.250 dias-multa, mínimo valor unitário, considerando a gigantesca quantidade de entorpecentes que o acusado transportava e mantinha em depósito, além da natureza do entorpecente apreendido - "crack" -, em estrita observância ao disposto pelo art. 42 da L. 11.343/2006, e assim tornada definitiva, ausentes outras circunstâncias modificadoras.

E aqui, quanto ao apenamento, nova razão para inconformismo da defesa, que busca a adoção de menor fração de aumento da pena-base, por considerar exagerada a exasperação promovida pela origem.

A uma porque a quantidade de droga apreendida – ao todo, 2.000 porções individuais de crack, além de 646 gramas de maconha, conforme já exaustivamente citado nesta decisão – justifica plenamente a majoração da pena-base, nos exatos termos do art. 42 da Lei nº 11.343/06 e precisamente como procedido pela origem.

Isso porque "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente" (grifos nossos).

A duas porque imperiosa a necessidade de tratar iguais, igualmente, e desiguais, desigualmente.

Fugir disto é negar equidade.

Não podem ser apenados identicamente, aqueles que traficam pequena, razoável ou média monta de entorpecente em via pública, daqueles que transportam, mantém em depósito e distribuem gigantesca quantidade de droga, abastecendo o tráfico de extensa região, revelando, com isso, total desapego às normas sociais e vida voltada à criminalidade.

[...]

A defesa busca, ainda, a redução das penas impostas ao acusado, com a aplicação do redutor previsto pelo art. 33, § 4.º da L. 11.343/06.

Sem qualquer razão, entretanto.

Isto porque, nada obstante tenha a novel legislação antidrogas (Lei nº 11.343, 23.ago.2006] criado aparente situação mais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

favorável aos traficantes primários (art. 33, § 4a], não é o caso de aqui aplicá-la.

Primeiro porque meramente facultativa a situação ("...as penas poderão ser reduzidas..." g.do a.).

*Depois porque, e isso é o que importa à vertente concreta, **o acusado foi surpreendido trazendo consigo ou mantendo em depósito grande quantidade de entorpecentes de alto potencial lesivo – 2.000 porções individuais de crack, além de 646 gramas de maconha, ainda não fracionadas o que demonstra estrutura organizada para a prática da mercancia de drogas e denota a gravidade da atividade criminosa por ele desenvolvida.***

Circunstâncias graves que diferenciam a conduta típica e desabilitam a aplicabilidade da causa de redução pretendida.

Daí que porque a necessidade de reprimenda à altura da prática criminosa de forte reprovabilidade.

Quanto ao regime, o inicial fechado é o único possível, considerando o "quantum" de pena imposta ao acusado, nos termos do disposto pelo art. 33, § 2.º, 'a' do Código Penal.

Impossível, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, dès que não se encontram preenchidos os mínimos requisitos legais para a postulação - art. 44, I e III, do Código Penal.

Nada se altera, portanto (fls. 97/103).

A impetrante sustenta a existência de *bis in idem* sob o argumento de que a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 não foi aplicada em razão da quantidade de entorpecente apreendida, elemento que também teria sido considerado no aumento da pena-base.

Razão não lhe assiste.

A pena-base foi aumentada com fundamento na natureza, diversidade e quantidade de droga, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06, e a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 desta Lei deixou de ser aplicada em razão das circunstâncias do delito, as quais revelaram o profundo envolvimento do paciente com o tráfico ilícito de entorpecentes, inviabilizando a concessão do benefício.

Ainda que assim não fosse, a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para elevar a pena-base (1ª fase) e para afastar a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (3ª fase) – por demonstrar que o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa – não configura *bis in idem*.

Diversa é a hipótese tratada no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar *bis in idem* a utilização da quantidade de droga *tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006* (ARE 666.334/RG, Rel.: Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014).

Quanto ao tema, confirmam-se os seguintes julgados:

*[...] o Supremo Tribunal Federal preocupou-se em evitar a dupla valoração da quantidade de entorpecentes na exasperação da pena-base e **na definição do patamar da fração** da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Assim, nada impede que a quantidade e a nocividade da droga justifiquem a exasperação da pena-base e fundamentem **o não reconhecimento do tráfico privilegiado** [...] (HC 342.870/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 19/04/2016).*

*[...] Quando a expressiva quantidade de droga encontrada em poder do paciente é considerada para exasperar a pena-base e **afastar o redutor** previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 - **por denotar que o réu se dedicava às atividades criminosas** - **não significa tenha havido bis in idem** na dosimetria da pena, porquanto o paradigma pretoriano preocupou-se em evitar a dupla valoração da quantidade de entorpecentes na exasperação da pena-base e no dimensionamento, **na modulação ou na definição do patamar daquela causa de diminuição**, situação aqui não verificada, já que tal circunstância não serviu para dosar o quantum de incidência da minorante, mas para deixar de reconhecer a figura do tráfico privilegiado. [...] (HC 287.951/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2015, DJe 13/10/2015).*

*[...] **Não há bis in idem** se a pena-base foi aumentada com base na apreensão de vultosa quantidade de drogas e a minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, **deixou de ser aplicada** por integrar o Condenado organização criminosa. **Em tais situações, não ocorre a situação de inconstitucionalidade declarada na sessão de 19/12/2013 pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal**, no julgamento conjunto dos HHCC n.os 112.776/MS e 109.193/MG, de relatoria do eminente Ministro TEORI ZAVASCKI e reafirmada pelo Plenário Virtual*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em 04/04/2014 (**ARE 666.334/AM**, Rel. Min. GILMAR MENDES - *repercussão geral*) [...]. (HC 290.868/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 20/05/2014, DJe 27/05/2014).

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0027583-4

HC 348.463 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00053811420158260050 1872015 20150000839476 53811420158260050 6052015 832015

EM MESA

JULGADO: 20/10/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JULIANA DO VAL RIBEIRO - SP291690
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEFFERSON LIMA CONFESSOR

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."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.