



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 491.886 - SP (2019/0033058-8)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : WAGNER NOVAS DA COSTA
ADVOGADO : WAGNER NOVAS DA COSTA - SP0289390
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CEZAR AUGUSTO FERNANDES ALBOY (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL E INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. REITERAÇÃO DE PEDIDOS. INADMISSIBILIDADE. NÃO APLICAÇÃO DO REDUTOR EM RAZÃO DA DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INEXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. HIPÓTESE DIVERSA DAQUELA TRATADA NO ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL), DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. ATENUANTE NÃO UTILIZADA PARA A CONDENAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, ante as alegações expostas na inicial, afigura-se razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Os pleitos relativos à majoração da pena-base, bem como à incidência do redutor do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, já foram discutidos e examinados por esta Corte Superior, nos autos do HC n. 446.762/SP, tratando-se, portanto, de mera reiteração de pedido.

3. O Tribunal de origem aumentou a pena-base com fundamento na quantidade e natureza da droga apreendida, 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 face das circunstâncias apuradas na instrução processual evidenciarem a dedicação do réu em atividade criminosa, inviabilizando a concessão do benefício. A reforma desse entendimento constitui matéria que refoge ao restrito escopo do *habeas corpus*, porquanto demanda percuente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

4. Além do mais, trata-se de hipótese diversa daquela versada 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).

5. É firme a jurisprudência deste Sodalício em afastar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incidência da atenuante da confissão espontânea nas hipóteses em que a confissão não concorreu para a condenação do réu, como no caso dos autos. Precedentes.

6. *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 e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Brasília, 11 de abril de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 491.886 - SP (2019/0033058-8)

IMPETRANTE : WAGNER NOVAS DA COSTA
ADVOGADO : WAGNER NOVAS DA COSTA - SP0289390
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CEZAR AUGUSTO FERNANDES ALBOY (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, impetrado em benefício de CEZAR AUGUSTO FERNANDES ALBOY contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n. 0008843-18.2015.8.26.0037).

Infere-se dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o paciente, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas), à pena de 5 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais 555 dias-multa.

Interposta apelação por ambas as partes, o Tribunal negou provimento ao recurso da defesa e acolheu a irresignação do Ministério Público, majorando a reprimenda para 6 anos e 8 meses de reclusão, inicialmente no regime fechado, em julgamento que ficou assim resumido:

Tráfico ilícito de entorpecentes (Lei nº 11.343/06). Crime caracterizado, integralmente. Flagrante inquestionável. Acondicionamento e quantidade da droga que revelam comércio. Palavras coerentes e incriminatórias de Policiais Civis e de testemunha presencial. Confissão parcial, ademais. Responsabilização inevitável. Necessidade condenatória imperiosa. Apenamento. Necessidade de correção. Redutor do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, que deve ser afastado. Apelo ministerial provido, improvido o da defesa (fl. 11).

Neste *writ*, o impetrante aponta violação ao princípio *no bis in idem*, pois a quantidade de drogas foi usada para exasperar a pena-base (primeira fase), bem como para afastar o redutor do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 e para a fixação do regime fechado.

Diz que deve ser reconhecida a confissão do paciente na segunda fase da dosimetria.

Afirma que o paciente faz jus à minorante da Lei de Drogas, nem que seja aplica na fração mínima.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Requer, assim, em liminar e no mérito, a diminuição da pena no mínimo legal, o reconhecimento da atenuante da confissão e a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

Pedido liminar indeferido às fls. 73/74.

Informações devidamente prestadas às fls. 79/81 e 83/122.

Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 124/125, pelo não seguimento do *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 491.886 - SP (2019/0033058-8)

VOTO

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

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável o processamento do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

De início, registro que os pedidos referentes à pena-base no mínimo legal, bem como à incidência do redutor do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, já foram discutidos e examinados nos autos do HC n. 446.762/SP, de minha relatoria, nos quais esta egrégia Quinta Turma não conheceu do *writ*. Destaco que referido *habeas corpus* tinha as mesmas partes e impugnava o mesmo acórdão do julgamento da Apelação Criminal n. 0008843-18.2015.8.26.0037.

Assim, diante de inadmissível reiteração de pedidos, obstaculizado o conhecimento destes pleitos.

Nesse sentido:

[...] TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. MAJORANTE DO ART. 40, INCISO III DA LEI N. 11.343/06. TEMAS ANALISADOS POR ESTA CORTE EM HABEAS CORPUS. REITERAÇÃO DE PEDIDO.

Os pleitos relativos à aplicação da causa de redução de pena prevista na Lei de Drogas e ao afastamento da majorante prevista no art. 40, inciso III da mesma Lei já foram objeto de análise nesta Corte, no julgamento do HC n. 410.448/SC, tratando-se, portanto, de mera reiteração de pedido.

[...]

3. Agravo regimental improvido." (AgRg no AREsp 1.226.836/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 1/8/2018)

No tocante ao alegado *bis in idem*, razão não assiste à defesa.

A pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da quantidade e da natureza da droga apreendida (6,8kg de maconha), bem como foi negada à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incidência da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, conforme se extrai dos seguintes trechos do voto condutor no acórdão impugnado:

[...]

Não há, enfim e nem de longe, fragilidade probatória.

Ela, ao reverso, é plena, categórica.

E nada foi feito ou produzido pela defesa, capaz de invalidar ou diminuir a força probante que os autos revelam.

Donde o quadro probatório indicar como autor do delito exatamente aquele que apontado e responsabilizado.

Condenação, portanto, inevitável.

“Quantum satis”.

Apenamento deve ser revisto.

Base fixada com adequado acréscimo na fração equivalente a 1/3, em razão da natureza e da quantidade da droga apreendida em poder do réu, como bem justificou a origem (f. 217).

Tudo em plena consonância com o disposto no art. 42, da Lei nº 11.343/2006.

E ao contrário do alegado pela defesa não se poderia considerar a “atenuante da confissão” para redução de penas, porque isso não se vê nos autos.

Afinal, em que pese ter admitido a guarda do entorpecente na sua casa, o acusado passou longe de admitir com clareza e totalidade dos fatos a si imputados finalidade de comercialização.

Daí que não se pode sequer cogitar da incidência da atenuante.

[...]

Por outro lado “data venia” do posicionamento adotado pela origem, não há como se aplicar ao acusado a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

Isto porque, nada obstante tenha a novel legislação antidrogas (Lei nº 11.343, 23.ago.2006) criado aparente situação mais favorável aos traficantes primários (art. 33, § 4º), não é o caso de aqui considerá-la mais benéfica e em favor do réu (“lex mitior”), porque meramente facultativa a situação (“...as penas poderão ser reduzidas...” g.do a.), o que desabilita sua aplicabilidade para o caso concreto, mais aqui, evidentemente, face às circunstâncias de sua prisão os Policiais Civis já tinham informações dando conta do seu envolvimento com o tráfico, levando a crer que Cezar vinha desenvolvendo a atividade ilícita há algum tempo.

O que denota habitualidade constante e reiterada, a revelar que o réu não pode ser tratado igualmente a outros.

Assim, ausentes agravantes ou atenuantes, bem como causas de aumento ou de diminuição, resultam as penas do acusado em 6 anos e 8 meses de reclusão, mais 666 dias-multa, valor unitário mínimo.

Daí o apelo ministerial, que veio em ótima hora e que vinga (fls. 16/19).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vê-se que pena-base foi aumentada com fundamento na quantidade e natureza da droga apreendida, 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 face das circunstâncias apuradas na instrução processual evidenciarem a dedicação do réu em atividade criminosa, inviabilizando a concessão do benefício (fl. 18). A reforma desse entendimento constitui matéria que refoge ao restrito escopo do *habeas corpus*, porquanto demanda percuciente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

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 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).

A propósito, 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, DJe 19/4/2016).

*[...] 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*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

figura do tráfico privilegiado. [...] (HC 287.951/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, 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 em 04/04/2014 (ARE 666.334/AM, Rel. Min. GILMAR MENDES - repercussão geral) [...]. (HC 290.868/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 27/5/2014).

Por fim, no que se refere ao pleito de reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, é certo que esta Corte possui entendimento sumulado, por meio do enunciado de n. 545 do Superior Tribunal de Justiça – STJ, segundo o qual "*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*".

No caso dos autos, entretanto, verifica-se que o magistrado sentenciante não utilizou o depoimento do paciente para a formação de seu convencimento, considerando apenas os demais probatórios colhidos nos autos, como depoimento da vítima, da testemunha e dos policiais, conforme se vê dos seguintes excertos transcritos:

Os Policiais Civis que abordaram o réu no dia dos fatos repetiram o que disseram na Delegacia de Polícia: foram até a casa do réu no dia dos fatos para intimá-lo a comparecer à Delegacia porque ele era suspeito do cometimento de crimes de roubo. Já havia informações de que o acusado distribuiria drogas na cidade. Chegando à casa do réu, ele soltou um cachorro na direção dos policiais e correu para os fundos da casa. Juntamente com outros policiais, prenderam o cachorro e, assim que chegaram na porta de entrada da residência, avistaram tabletes de maconha pelo chão e uma balança de precisão, além de um pedaço de marreta e um facão, utilizada, segundo o Policial Vander, para cortar a droga. Com tal visualização, os policiais entraram na casa, objetivando a prisão em flagrante do réu, que fugiu, deixando n local a namorada. Em revista pela casa, encontraram, em caixas de isopor localizadas na cozinha, mais entorpecente da mesma espécie, bem como diversos apetrechos utilizados para embalo da droga, como fitas e plástico. Com o apoio de outra equipe da DIG, localizaram o réu em bairro próximo, o qual foi conduzido à Delegacia de Polícia, preso em flagrante.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na busca pessoal, com o réu encontraram R\$ 400,00 em dinheiro, de origem não esclarecida. Esclareceram ainda que o réu assumiu a posse de todo o entorpecente, dizendo que o guardava para terceira pessoa (mídia anexa).

A testemunha Bruna, namorada do réu à época, confirmou a confissão parcial do acusado e o depoimento dos policiais civis (mídia anexa).

Ora, pela prova colhida conclui-se que o réu tinha em depósito e guardava, para fins de tráfico, expressiva quantidade de droga (quase sete quilos de maconha).

(...).

No caso em questão, o depoimento dos policiais são uníssonos e deixam claro que já havia denúncias anônimas dando conta de que o réu ia, numa festa da cidade, distribuir droga. Com a ida dos policiais até a casa do acusado por outro motivo, verificaram a guarda da droga pelo réu em sua casa, juntamente com vários apetrechos. Não há qualquer razão para suspeitar do que disseram, tampouco suspeitar de que pretendam acusar os réus pela prática de crime tão grave.

A tese de que não há prova suficiente para a condenação, já que não se comprovou que a droga era mesmo do réu, cai por terra pelo que até aqui se expôs, já que não houve contraprova nenhuma, pela Defesa, do que foi por ele alegado em Juízo. Ainda que a droga fosse de terceira pessoa, o verbo do tipo previsto no artigo 33 da Lei de Drogas é simplesmente "guardar", para fins de tráfico, o que se comprova por todas as condições em que a ação criminosa foi desenvolvida e as circunstâncias da detenção do réu, além da natureza da droga, o modo de acondicionamento (tabletes e pequenas porções) e os apetrechos encontrados.

Destarte, considerando todos os elementos de prova já mencionados, convenço-me da existência de fim de comércio da droga por parte do réu, o que configura o tráfico ilícito de entorpecentes (fls. 45/47).

Sendo assim, o depoimento do paciente não foi utilizado para lastrear a convicção do Magistrado acerca da procedência da acusação, não havendo falar, portanto, em aplicação da atenuante da confissão. Nesse sentido:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL NÃO UTILIZADA PARA CONDENAÇÃO. ACLARATÓRIOS ACOLHIDOS COM EFEITOS INFRINGENTES.

1. É firme a jurisprudência deste Sodalício em afastar a incidência da atenuante da confissão espontânea nas hipóteses em que a confissão não concorreu para a condenação do réu.

2. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para negar provimento ao recurso especial, mantendo a sentença condenatória (EDcl no AgRg no REsp 1668315/RO, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 29/6/2018)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. EXASPERAÇÃO DAS PENAS-BASE. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONFISSÃO NÃO UTILIZADA PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 545/STJ. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DO CRIME DE ROUBO. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DO STJ. NÃO APLICAÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

[...]

5. Nos termos do 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.

6. No caso, o Tribunal local entendeu que o convencimento do julgador não foi embasado em eventual confissão do acusado, assim, o paciente não faz jus à atenuante.

[...]

8. Na hipótese dos autos, foi aplicado o acréscimo em fração superior a 1/3, não em razão do número de majorantes, mas tendo em vista o número de agentes na empreitada criminosa, no caso três, que se utilizaram de arma de fogo, inclusive, havendo efetivo disparo da arma de fogo em direção às vítimas 9. Habeas corpus não conhecido (HC 411.168/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 16/10/2017)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0033058-8

HC 491.886 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00045167420168260496 00088431820158260037 45167420168260496
88431820158260037

EM MESA

JULGADO: 11/04/2019

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : WAGNER NOVAS DA COSTA
ADVOGADO : WAGNER NOVAS DA COSTA - SP0289390
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CEZAR AUGUSTO FERNANDES ALBOY (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."

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.