



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 347.276 - SP (2016/0012695-4)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
IMPETRANTE : DANIEL LEON BIALSKI E OUTRO
ADVOGADO : DANIEL LEON BIALSKI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FERNANDO HENRIQUE PAULA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE (2.526,08g 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*. HIPÓTESE DIVERSA DAQUELA TRATADA NO ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL), DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PENA FINAL: 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO. REGIME FECHADO. GRAVIDADE ACENTUADA DO DELITO. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

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

2. A pena-base foi aumentada com fundamento na 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.

3. 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*.

4. Trata-se de hipótese diversa daquela 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).

5. Quanto ao regime prisional, a quantidade de droga apreendida – 2.526,08 gramas de maconha – (art. 42 da Lei n. 11.343/06) demonstra a gravidade acentuada do delito, justificando a imposição do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime inicial fechado. Além do mais, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal.

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, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Brasília (DF), 28 de junho de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 347.276 - SP (2016/0012695-4)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
IMPETRANTE : DANIEL LEON BIALSKI E OUTRO
ADVOGADO : DANIEL LEON BIALSKI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FERNANDO HENRIQUE PAULA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de FERNANDO HENRIQUE PAULA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido no julgamento da Apelação Criminal n. 0004401-08.2014.8.26.0081.

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o paciente, e mais outros corréus, à pena de 18 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso nos arts. 33, *caput*, e 35, c/c o art. 40, VI, todos da Lei n. 11.343/06.

Em apelação da defesa, o Tribunal *a quo* absolveu o paciente do crime de associação para o tráfico (art. 35), reduziu a pena-base do crime de tráfico (art. 33) e excluiu a causa de aumento decorrente da participação de menores (art. 40, VI), fixando a pena em 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado.

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados.

Os impetrantes sustentam 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*.

Aduz ainda que a imposição do regime prisional fechado funda-se, tão somente, na hediondez e na gravidade abstrata do delito, em afronta aos enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Diante disso, requer a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas e a alteração do regime prisional.

Indeferida a liminar e prestadas as informações, o Ministério Público



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Federal manifestou-se pela concessão parcial da ordem:

*HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. **BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA.** UTILIZAÇÃO DA QUANTIDADE NA PRIMEIRA FASE APENAS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. **REGIME FECHADO JUSTIFICADO NA GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME.** INADEQUAÇÃO. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO WRIT, MAS PELA CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM (fl. 863).*

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 347.276 - SP (2016/0012695-4)

VOTO

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

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

No caso, policiais militares surpreenderam o paciente empreendendo fuga pela sacada do apartamento da corré, na posse de uma mochila contendo três tijolos de maconha e uma balança de precisão. O corréu Fábio foi encontrado *"dando descargas no vaso sanitário, enquanto que ao seu lado havia um saco para lixo, com vestígios e forte odor de maconha"*. Também havia no imóvel *"uma vasilha plástica, contendo em seu interior parte de 'tijolo' de maconha, que estava fracionado em 'pequenos pedaços', além de uma faca, utilizada para o fracionamento da droga"*.

O Juízo de primeiro grau condenou o paciente por tráfico de drogas (art. 33) e associação para o tráfico (art. 35). Na primeira fase da dosimetria, elevou a pena-base com fundamento na grande quantidade de droga apreendida (2.526,08g de maconha), 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:

[...]

*Atendendo ao que dispõe o artigo 59, do Código Penal, c/c art. 42 da Lei 11.343/06, verifica-se que **a quantidade de droga apreendida é elevada (2.526,08 gramas de maconha), o que justifica a elevação da pena base** na medida em o Réu, diferenciando-se do pequeno traficante que perambula pelas ruas comercializando pequenas quantidades de drogas, ingressou patamar diferenciado de tráfico, socialmente muito mais lesivo porque melhor estruturado e capaz de comercializar volumes muito maiores.*

[...]

*Não há causas de diminuição a serem consideradas, **eis que as circunstâncias em que se deu a apreensão**, deixou evidenciado o severo envolvimento com o tráfico de drogas, revelando operação própria de atividade criminosa organizada, não se confundindo a conduta do Réu FERNANDO com a da figura do micro traficante fisgado pelo*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

comércio espúrio em ciclo vicioso, o que impede a aplicação da causa de diminuição de pena contida no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/06, razão pela qual torno definitiva a pena de 11 anos e 8 meses de reclusão e pagamento de 1166 dias-multa (fl. 73/74).

Em apelação da defesa, o Tribunal absolveu o paciente da acusação de associação para o tráfico e, quanto ao delito remanescente, fixou a pena-base em 1/6 acima do mínimo legal em razão da quantidade de droga, não aplicou a causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 e, por último, afastou a majorante do art. 40, VI, da Lei de Drogas, *in verbis*:

[...]

Em decorrência da absolvição parcial e da exclusão da causa de aumento, as penas devam ser redimensionadas.

Todos os réus são primários, mas a razoável quantidade de drogas que foi apreendida não permite que as penas bases sejam estipuladas no mínimo legal. Outros fatores que a sentença invocou não se prestam a autorizar a majoração, ou porque já integram o tipo penal do tráfico de drogas, ou porque dizem respeito à convicção pessoal do juiz sentenciante. ***Com o aumento de 1/6 pela quantidade, as sanções se elevam a cinco anos e dez meses de reclusão e quinhentos e oitenta e três dias/multa.*** Fábio confessou espontaneamente e a atenuante, reconhecida pela sentença, incide para compensar o aumento pela quantidade de droga, de modo que em relação a ele a pena permanece no mínimo legal.

Quanto a Raila, que apenas consentiu que o seu apartamento fosse utilizado para a prática do tráfico, é razoável a incidência da causa especial de redução de pena prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei Antidrogas. Como não há parâmetro para valorar a extensão da conduta dela, porque não se sabe se tinha conhecimento da quantidade de droga que Fábio e Fernando manipulavam, bem assim se em ocasião anterior ela também fornecera o imóvel com esse propósito, aplico a fração máxima, com o que a pena dela fica reduzida ao mínimo legal na base e, no momento seguinte, a um ano e oito meses de reclusão e cento e sessenta e seis dias/multa. ***Fábio e Fernando não têm direito à causa especial de redução da pena, benefício que o legislador outorgou ao agente que pratica o tráfico miúdo; basicamente aquele que comercializa o entorpecente para sustentar o vício. Os dois, no entanto, revelam conduta que já havia extrapolado essa fase inicial e movimentavam boa quantidade de entorpecente.***

Para ambos é mantido o regime inicial fechado, porque o tráfico ilícito de substância entorpecente é conduta das mais deletérias, que atenta contra a saúde e até mesmo a vida de considerável parcela da população, composta basicamente por jovens adolescentes, os quais, uma vez iniciados no vício, raramente dele conseguem se livrar. Além disso, se constitui em porta aberta para o cometimento de outros crimes, notadamente voltados contra



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o patrimônio, sabido que não raro usuário destituído de capacidade econômica subtrai bens alheios para conseguir dinheiro para sustentar o vício. Cuida-se, ademais, de conduta equiparada a crime hediondo. Tudo, enfim, a justificar maior rigor na retribuição (fls. 101/104).

Os impetrantes sustentam 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 apreendido, elemento que também teria sido considerado no aumento da pena-base.

Razão não lhe assiste.

A pena-base foi aumentada com fundamento na 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 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).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...] 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 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).

Quanto ao regime prisional, a quantidade de droga apreendida – **2.526,08 gramas de maconha** – (art. 42 da Lei n. 11.343/06) demonstra a gravidade acentuada do delito, justificando a imposição do regime inicial fechado. Além do mais, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À SANÇÃO CORPORAL TOTAL DE 6 ANOS DE RECLUSÃO. QUANTIDADE CONSIDERÁVEL DA DROGA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA LEI N. 11.434/2006. NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. IMPOSSIBILIDADE. PENA QUE NÃO ATENDE AO REQUISITO OBJETIVO DO ART. 44, I, DO CP.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. REGIME FECHADO MANTIDO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE ENSEJAM A NECESSIDADE DO REGIME MAIS GRAVOSO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

- O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas 440/STJ e 718/STF.

- **Há de ser afastado o fundamento da hediondez do delito na fixação do regime fechado. Contudo, no caso, considerando-se que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em 6 anos de reclusão, em razão da quantidade e nocividade da droga apreendida, há circunstância concreta que recomenda o regime mais gravoso para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal e art. 42 da Lei n. 11.343/2006.**

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 335.780/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 31/05/2016).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0012695-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 347.276 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00044010820148260081 11082014 20150000931552 44010820148260081

EM MESA

JULGADO: 28/06/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DANIEL LEON BIALSKI E OUTRO
ADVOGADO	: DANIEL LEON BIALSKI
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: FERNANDO HENRIQUE PAULA (PRESO)
CORRÉU	: FABIO APARECIDO DOS SANTOS
CORRÉU	: RAILA POLIZEL RANIERI
CORRÉU	: WELLINGTON MORENO DOS SANTOS

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, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Mussi.