



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 263.795 - SP (2013/0013615-3)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADRIANO SANTOS MONTEIRO

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL, REINCIDÊNCIA E MAJORANTE DO ART. 40, INCISO III. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. FUNDAMENTOS DISTINTOS. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *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. Não há falar em *bis in idem* em razão da majoração da pena-base, da aplicação da agravante da reincidência e da aplicação da causas de aumento de pena previstas no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006, haja vista que, em cada fase da dosimetria foram utilizados fundamentos distintos.

3. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 18 de setembro de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 263.795 - SP (2013/0013615-3)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADRIANO SANTOS MONTEIRO

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ADRIANO SANTOS MONTEIRO, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 0063647-14.2010.8.26.0224).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 9 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, c.c art. 40, III, ambos da Lei n.º 11.343/06. Confirmam-se os termos do *decisum*, no que interessa:

(...) O acusado Adriano cometeu o presente crime ainda no curso do cumprimento de pena que lhe foi anteriormente imposta, encontrando-se no interior do estabelecimento prisional. Tal conduta é gravíssima, o que impõe muito maior rigor na punição. Dessa forma, fixo-lhe a pena base acima do mínimo legal, observados os critérios do artigo 59 do Código Penal e do artigo 42 da Lei nº 11.343/06, em seis anos de reclusão e seiscentos dias-multa. O réu possui, conforme certidão criminal expedida pela Vara competente e Folha de Antecedentes expedida pela Vara das Execuções Criminais, uma condenação definitiva, com trânsito em julgado em data anterior ao cometimento do crime ora em julgamento, pelo cometimento de tráfico de drogas, sendo, portanto, reincidente específico. Tal agravante não se confunde com a circunstância anteriormente verificada, até porque, o réu poderia ser reincidente e não cometer o novo crime ainda no cumprimento da pena anterior, e menos ainda encontrando-se no interior de estabelecimento prisional, o que demonstra extrema ousadia. Assim, em razão da reincidência específica, gravíssima, a pena anterior será alimentada de 1/6, totalizando sete anos de reclusão, e a pecuniária de setecentos dias-multa. Na terceira fase do cálculo, e sendo inquestionável a presença da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06, eis que, conforme restou demonstrado, o crime foi praticado no interior da Penitenciária Marrey Júnior, e a droga destinava-se à entrega para consumo de presos daquele estabelecimento prisional, e considerando-se a extrema gravidade dessa circunstância, que demonstra extrema ousadia dos agentes, muito maior do que simplesmente praticar o crime nas proximidades de estabelecimentos dessa natureza, aumento a pena anterior na fração de 1/3, também considerados os valores mínimo e máximo de aumento admitidos para as diversas circunstâncias previstas naquele dispositivo. Neste ponto, cumpre esclarecer que tampouco esta causa de aumento confunde-se com as circunstâncias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apreciadas por ocasião da fixação da pena base. Ali, uma das circunstâncias consideradas foi o fato de o réu cometer o crime ainda durante o período de cumprimento de penas anteriormente impostas, e estando preso. Aqui, a causa de aumento consiste na prática do crime justamente no interior do estabelecimento prisional, estando a droga destinada ao consumo dos presos. Ora, o réu poderia cometer o crime encontrando-se preso, no cumprimento de pena (o que, somado a outras circunstâncias, ensejou a exacerbação da pena-base), e não consumir o tráfico pelo qual ora condenado, ou qualquer outro crime, no local em questão e destinando a droga a presos. Ou seja, poderia ter induzido a mulher a envolver-se no comércio de drogas em qualquer outro lugar, e tendo como finalidade o fornecimento a outras pessoas que não os presos. Daí porque não se confundem as circunstâncias consideradas em cada uma das fases de fixação da pena. Assim, a pena final imposta ao réu Adriano será de nove anos e quatro meses de reclusão, além da pecuniária correspondente a novecentos e trinta e três dias-multa, que será a definitiva, ante a ausência de outras circunstâncias a serem consideradas. (...)

(...)

(...) JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a presente ação penal, para CONDENAR o réu ADRIANO SANTOS MONTEIRO como incurso no artigo 33 "caput" c.c. artigo 40, III, da Lei nº 11.343/06, impondo-lhe a pena de nove anos e quatro meses de reclusão, além da pecuniária correspondente a novecentos e trinta e três dias-multa, e para CONDENAR a ré JULIANA APARECIDA DE OLIVEIRA, também como incurso no artigo 33 "caput" c.c. artigo 40, III, da Lei nº 11.343/06, impondo-lhe o cumprimento da pena de três anos e quatro meses de reclusão, além da pecuniária correspondente a trezentos e trinta e três dias-multa, e para ABSOLVER os mesmos réus da imputação de prática do crime previsto no artigo 35 da Lei nº 11.343/06, por inexistência de provas do vínculo associativo em caráter permanente e duradouro. Conforme já fundamentado anteriormente, a privativa de liberdade será cumprida no regime inicial fechado, nos moldes do artigo 33 do Código Penal. E, considerando-se que não consta dos autos terem os réus situação financeira abastada, as penas de multa serão calculadas pelo valor unitário mínimo, conforme artigo 43 da Lei nº 11.343/06.

(...) (fls. 113/116).

Irresignados, a Defesa e o Ministério Público interpuseram recurso de apelação. O Tribunal de origem negou provimento ao recurso ministerial e deu parcial provimento aos recurso defensivo, *in verbis*:

(...)

Resta a análise das penas.

Começo com o réu Adriano, cuja base foi corretamente, com aumento de um quinto, ante a grande quantidade de droga e pelo fato de haver cometido o crime quando em cumprimento de pena (note-se: não há *bis in idem*, pois não se trata de estar preso, e sim de estar ainda em cumprimento de pena por outro crime (poderia estar, por exemplo, em regime aberto, e nem por isto a circunstância seria menos grave).

Novo aumento, desta vem de um sexto, em razão da reincidência - O



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime inicial fechado é, para ambos, obrigatório e adequado. E, respeitadas as opiniões divergentes, a substituição da pena privativa de liberdade continua proibida pelo art. 44, *caput*, da Lei de Drogas, e a decisão do Colendo STF não tem caráter normativo.

Ante o exposto, meu voto nega provimento ao recurso do Ministério Público e provê parcialmente os recursos dos acusados, na forma acima.

(...)

O regime inicial fechado é, para ambos, obrigatório e adequado. E, respeitadas as opiniões divergentes, a substituição da pena privativa de liberdade continua proibida pelo art. 44, *caput*, da Lei de Drogas, e a decisão do Colendo STF não tem caráter normativo.

Ante o exposto, meu voto nega provimento ao recurso do Ministério Público e provê parcialmente os recursos dos acusados, na forma acima (fls. 251/252).

No presente *mandamus*, alega o impetrante a "necessidade de reconhecimento do *bis in idem*", haja vista que "ao ser fixada a pena-base, sob o argumento de que o paciente teria praticado o delito quando ainda em cumprimento de pena (estava preso e recolhido na Penitenciária Adriano Marrey, em Guarulhos, por ocasião dos fatos), foi aumentada a reprimenda em primeira fase da dosimetria da pena. Em segunda fase, porém, sob o pretexto da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III (mais precisamente, ser o crime cometido no interior de estabelecimento prisional) realizaram novo aumento da pena, que foi, ainda, majorada pela reincidência" (fls. 2/3).

Assere que "uma mesma circunstância (condenação anterior) foi triplamente considerada: para majorar a pena-base, para aumento pela reincidência e para o reconhecimento da causa de aumento prevista em lei específica (crime praticado em presídio)" (fl. 4).

Requer a concessão da ordem para que "seja reconhecido o evidente *bis in idem*, corrigindo-se a pena aplicada ao paciente e sanando-se o constrangimento ilegal imposto" (fl. 5).

Foram prestadas informações às fls. 283/308.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Moacir Mendes Sousa, pelo não conhecimento da ordem (fls. 311/317).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 263.795 - SP (2013/0013615-3)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL, REINCIDÊNCIA E MAJORANTE DO ART. 40, INCISO III. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. FUNDAMENTOS DISTINTOS. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *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. Não há falar em *bis in idem* em razão da majoração da pena-base, da aplicação da agravante da reincidência e da aplicação da causas de aumento de pena previstas no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006, haja vista que, em cada fase da dosimetria foram utilizados fundamentos distintos.

3. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Ab initio, cumpre registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las.

(HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do Resp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

Não há falar em *bis in idem* em razão da majoração da pena-base, da aplicação da agravante da reincidência e da aplicação da causas de aumento de pena prevista no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006, haja vista que, em cada fase da dosimetria foram utilizados fundamentos distintos.

Com efeito, na primeira fase da individualização da pena, a sanção básica foi exasperada em razão de o paciente ter cometido o delito "ainda no curso do cumprimento de pena que lhe foi anteriormente imposta" (fl. 113). Assim, entendeu o Magistrado de primeira instância que a ousadia e gravidade da conduta demandam um maior rigor punitivo.

No mesmo sentido, esclarece o Tribunal de origem que "não há *bis in idem*, pois não se trata de estar preso, e sim de estar ainda em cumprimento de pena por outro crime (poderia estar, por exemplo, em regime aberto, e nem por isto a circunstância seria menos grave) (fl. 251).

Na segunda fase, o Juízo de primeiro grau observou incidir na espécie a agravante da reincidência, porquanto o paciente ostentava condenação anterior, com trânsito em julgado em data anterior ao cometimento do crime ora em julgamento, pela prática de tráfico de drogas, sendo, portanto, reincidente específico. Consoante destacou o referido Juízo, "tal agravante não se confunde com a circunstância anteriormente verificada, até porque, o réu poderia ser reincidente e não cometer o novo crime ainda no cumprimento da pena anterior" (fl. 113).

Por derradeiro, da terceira fase da dosimetria, o julgador de primeira instância aplicou a agravante do art. 40, inciso II, tendo em vista que "o crime foi praticado no interior da Penitenciária Marrey Júnior, e a droga destinava-se à entrega para consumo de presos daquele estabelecimento prisional" (fl. 114), o que demonstra a extrema ousadia e gravidade da conduta do paciente, a ensejar a majoração da reprimenda pela referida causa especial de aumento de pena. A título ilustrativo, mister transcrever excerto do édito condenatório que muito bem elucida a questão:

(...) tampouco esta causa de aumento confunde-se com as circunstâncias apreciadas por ocasião da fixação da pena base. Ali, uma das circunstâncias consideradas foi o fato de o réu cometer o crime ainda durante o período de cumprimento de penas anteriormente impostas, e estando preso. Aqui, a causa de aumento consiste na prática do crime justamente no interior do estabelecimento prisional, estando a droga destinada ao consumo dos presos. Ora, o réu poderia cometer o crime encontrando-se preso, no cumprimento de pena (o que, somado a outras circunstâncias, ensejou a exacerbação da pena-base), e não consumir o tráfico pelo qual ora condenado, ou qualquer outro crime, no local em questão e destinando a droga a presos. Ou seja, poderia ter induzido a mulher a envolver-se no comércio de drogas em qualquer outro lugar, e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tendo como finalidade o fornecimento a outras pessoas que não os presos. Daí porque não se confundem as circunstâncias consideradas em cada uma das fases de fixação da pena (fl. 114).

Não houve, pois, tripla valoração da mesma circunstância, consoante quer levar a crer o impetrante, porquanto foram utilizados fundamentos distintos na primeira, na segunda e na terceira fase da individualização da pena.

Assim, tem-se que a impetração substitutiva não comporta a extraordinária cognição.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0013615-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 263.795 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20120000550264 23342010 634671420108260224

EM MESA

JULGADO: 18/09/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ADRIANO SANTOS MONTEIRO
CORRÉU	: JULIANA APARECIDA DE OLIVEIRA

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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.