



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 275.072 - SP (2013/0257812-0)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
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 : JOSÉ CARLOS DE MATOS

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS NO INTERIOR DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. CULPABILIDADE. INOCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. CONSIDERAÇÃO DE FATOS DISTINTOS PARA O AUMENTO DA PENA. MAUS ANTECEDENTES CONFIGURADOS. AUSÊNCIA DE CONTRARIEDADE À SÚMULA N.º 444 DESTA CORTE. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL APRESENTADA PARA PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL. EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE EM 03 (TRÊS) ANOS ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DUAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. MAJORAÇÃO DA PENA EM 1/3 (UM TERÇO). EXISTÊNCIA DE UMA ÚNICA CONDENAÇÃO ANTERIOR. DESPROPORCIONALIDADE. MAJORANTE PREVISTA NO ART. 40, INCISO III, DA LEI N.º 11.343/2006. CRIME COMETIDO NAS DEPENDÊNCIAS DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. VALORAÇÃO NEGATIVA INERENTE À PRÓPRIA CAUSA DE AUMENTO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.

2. O juiz sentenciante considerou, para majorar a pena-base, o fato de o Réu ter cometido o delito durante o cumprimento de pena que lhe fora imposta em razão de crime anterior, o que não confunde com o fato de o crime ter sido praticado no interior de estabelecimento prisional.

3. Não se trata de violação ao princípio do *non bis in idem*, visto que, na hipótese dos autos, existem dois fatos diferentes justificando a elevação da pena. O que não se admite, sob pena de *bis in idem*, é a valoração de um mesmo fato, em momentos diversos.

4. O Acusado ostenta maus antecedentes, em virtude de condenação definitiva, da qual restou extinta a punibilidade em face do cumprimento da pena. Inexistência de desrespeito à Súmula n.º 444 do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes.

5. As circunstâncias judiciais da personalidade do agente e da conduta social foram indevidamente valoradas, pois justificadas mediante vagas considerações, sem qualquer fundamentação objetiva, portanto inadequadas para justificar a exasperação da pena-base.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. A fixação da pena-base acima do mínimo legal não se torna despropositada, levando em conta o reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis (culpabilidade e maus antecedentes), que, de fato, emprestaram à conduta do Paciente especial reprovabilidade e que não se afiguram inerentes ao delito.

7. Não obstante a maior reprovabilidade da conduta do agente, carece o decreto condenatório de motivação concreta para a fixação da pena-base em mais do que o dobro do mínimo legal, sobretudo porque a exasperação da reprimenda deverá, sempre, respeitar o princípio da proporcionalidade.

8. O Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento de pena a serem aplicados em razão de circunstâncias agravantes, cabendo à prudência do Magistrado fixar o patamar necessário, dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais.

9. As instâncias ordinárias fixaram o patamar de 1/3 (um terço), tão-só em razão da condição de reincidente específico do Paciente. Contudo, quando se verifica que ostentava ele apenas uma condenação anterior, capaz de ser contabilizada para fins de reincidência, evidencia-se a desproporcionalidade do incremento da pena, impondo-se a sua redução para 1/6 (um sexto).

10. Mesmo sendo discricionário ao juiz a fixação do *quantum* a ser atribuído à causa de aumento de pena, obedecidos aos parâmetros legais pré-determinados, não se exime o juiz da tarefa de indicar elementos concretamente aferíveis e distintos dos elementos da própria causa, que dêem suporte à sua valoração negativa.

11. No caso em análise, não se verifica motivação idônea no *decisum* condenatório para a fixação da majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006 no patamar de 1/3 (um terço), pois os elementos mencionados como fundamentos são, em realidade, inerentes à própria causa de aumento.

12. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida, a fim de reformar o acórdão impugnado no tocante à dosimetria da pena, nos termos explicitados no voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 17 de dezembro de 2013 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 275.072 - SP (2013/0257812-0)

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 : JOSÉ CARLOS DE MATOS

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido de liminar, impetrado em favor de JOSÉ CARLOS DE MATOS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que negou provimento à apelação.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado às penas de 12 (doze) anos, 09 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, bem como 1.280 (mil duzentos e oitenta) dias-multa, devido à prática do delito previsto no art. 33, *caput*, c.c. o art. 40, inciso III, ambos da Lei n.º 11.343/2006.

O Tribunal de origem negou provimento ao apelo, limitando-se a ratificar a dosimetria da pena aplicada pelo Juízo de primeira instância.

No presente *habeas corpus*, a Defesa argumenta que: (i) ocorreu *bis in idem* na primeira fase da dosimetria da pena, já que o fato de o crime ter sido cometido no interior de estabelecimento prisional teria sido considerado como circunstância judicial desfavorável e, posteriormente, como causa de aumento; (ii) incide a Súmula n.º 444/STJ, na primeira fase, visto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, levando-se em consideração inquéritos e ações penais em curso; (iii) na primeira fase, o *quantum* adequado para fixar a pena-base acima do mínimo, face à presença de apenas uma circunstância judicial desfavorável, seria o de 1/6 (um sexto); (iv) na segunda fase da dosimetria, o patamar de 1/3 (um terço) fixado para agravar a pena é desproporcional, sendo adequado o de 1/6 (um sexto); e (v) na última fase da dosimetria, a fração de 1/3 (um terço) fixada para a causa de aumento é desproporcional, sendo razoável um aumento de 1/6 (um sexto).

Por estarem os autos devidamente instruídos, foram dispensadas as informações do Órgão Jurisdicional Impetrado.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 131/135, opinando pelo não conhecimento da ordem de *habeas corpus* e, acaso superado o óbice formal, pela sua denegação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 275.072 - SP (2013/0257812-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS NO INTERIOR DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. CULPABILIDADE. INOCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. CONSIDERAÇÃO DE FATOS DISTINTOS PARA O AUMENTO DA PENA. MAUS ANTECEDENTES CONFIGURADOS. AUSÊNCIA DE CONTRARIEDADE À SÚMULA N.º 444 DESTA CORTE. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL APRESENTADA PARA PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL. EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE EM 03 (TRÊS) ANOS ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DUAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. MAJORAÇÃO DA PENA EM 1/3 (UM TERÇO). EXISTÊNCIA DE UMA ÚNICA CONDENAÇÃO ANTERIOR. DESPROPORCIONALIDADE. MAJORANTE PREVISTA NO ART. 40, INCISO III, DA LEI N.º 11.343/2006. CRIME COMETIDO NAS DEPENDÊNCIAS DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. VALORAÇÃO NEGATIVA INERENTE À PRÓPRIA CAUSA DE AUMENTO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.

2. O juiz sentenciante considerou, para majorar a pena-base, o fato de o Réu ter cometido o delito durante o cumprimento de pena que lhe fora imposta em razão de crime anterior, o que não confunde com o fato de o crime ter sido praticado no interior de estabelecimento prisional.

3. Não se trata de violação ao princípio do *non bis in idem*, visto que, na hipótese dos autos, existem dois fatos diferentes justificando a elevação da pena. O que não se admite, sob pena de *bis in idem*, é a valoração de um mesmo fato, em momentos diversos.

4. O Acusado ostenta maus antecedentes, em virtude de condenação definitiva, da qual restou extinta a punibilidade em face do cumprimento da pena. Inexistência de desrespeito à Súmula n.º 444 do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes.

5. As circunstâncias judiciais da personalidade do agente e da conduta social foram indevidamente valoradas, pois justificadas mediante vagas considerações, sem qualquer fundamentação objetiva, portanto inadequadas para justificar a exasperação da pena-base.

6. A fixação da pena-base acima do mínimo legal não se torna despropositada, levando em conta o reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis (culpabilidade e maus antecedentes), que, de fato, emprestaram à conduta do Paciente especial reprovabilidade e que não se afiguram inerentes ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

delito.

7. Não obstante a maior reprovabilidade da conduta do agente, carece o decreto condenatório de motivação concreta para a fixação da pena-base em mais do que o dobro do mínimo legal, sobretudo porque a exasperação da reprimenda deverá, sempre, respeitar o princípio da proporcionalidade.

8. O Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento de pena a serem aplicados em razão de circunstâncias agravantes, cabendo à prudência do Magistrado fixar o patamar necessário, dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais.

9. As instâncias ordinárias fixaram o patamar de 1/3 (um terço), tão-só em razão da condição de reincidente específico do Paciente. Contudo, quando se verifica que ostentava ele apenas uma condenação anterior, capaz de ser contabilizada para fins de reincidência, evidencia-se a desproporcionalidade do incremento da pena, impondo-se a sua redução para 1/6 (um sexto).

10. Mesmo sendo discricionário ao juiz a fixação do *quantum* a ser atribuído à causa de aumento de pena, obedecidos aos parâmetros legais pré-determinados, não se exime o juiz da tarefa de indicar elementos concretamente aferíveis e distintos dos elementos da própria causa, que dêem suporte à sua valoração negativa.

11. No caso em análise, não se verifica motivação idônea no *decisum* condenatório para a fixação da majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006 no patamar de 1/3 (um terço), pois os elementos mencionados como fundamentos são, em realidade, inerentes à própria causa de aumento.

12. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida, a fim de reformar o acórdão impugnado no tocante à dosimetria da pena, nos termos explicitados no voto.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Depreende-se dos autos que o Paciente foi preso em flagrante, na data de 26 de junho de 2010, no interior da Penitenciária Adriano Marrey, juntamente a Jane Aparecida dos Santos que, ao lhe fazer visita no estabelecimento penitenciário, retirou da genitália um pacote de "maconha" - 172,42 g (cento e setenta e dois gramas e quarenta e dois decigramas) - a fim de entregar-lhe para provável consumo de terceiros, levando em conta a quantidade de droga trazida.

Em seguida, sobreveio denúncia e posterior sentença que condenou o Paciente por tráfico de drogas no interior de estabelecimento prisional, previsto no art. 33, *caput*, c.c. o art. 40, inciso III, ambos da Lei n.º 11.343/2006, às penas de 12 (doze) anos, 09 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, bem como 1.280 (mil duzentos e oitenta) dias-multa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No writ em tela, a Defesa alega, em síntese, que: (i) ocorreu *bis in idem* na primeira fase da dosimetria da pena, já que o fato de o crime ter sido cometido no interior de estabelecimento prisional teria sido considerado como circunstância judicial desfavorável e, na sequência, como causa de aumento; (ii) na primeira fase, incide a Súmula n.º 444/STJ, já que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, levando-se em consideração inquéritos e ações penais em curso; (iii) na primeira fase, o *quantum* adequado para fixar a pena-base acima do mínimo, face à presença de apenas uma circunstância judicial desfavorável, seria o de 1/6 (um sexto); (iv) na segunda fase da dosimetria, o patamar de 1/3 (um terço) fixado para agravar a pena é desproporcional, sendo adequado o de 1/6 (um sexto); e (v) na última fase da dosimetria, a fração de 1/3 (um terço) fixada para a causa de aumento é desproporcional, sendo razoável um aumento de 1/6 (um sexto).

De início, no que tange à dosimetria da pena, como é sabido, o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.

Especialmente, quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o magistrado declinar, **motivadamente**, as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Cumpre observar, por relevante, os seguintes excertos da sentença condenatória, referentes à dosimetria da pena, *ad litteram*:

"Assim, reconhecida a ocorrência do delito de tráfico de drogas, previsto no artigo 33 da Lei n.º 11.343/06, e demonstrada a responsabilidade dos réus, passo à fixação da pena que será imposta a cada um deles: O acusado José Carlos possui conduta social absolutamente reprovável, personalidade deturpada e voltada para a prática de crimes, além de péssimos antecedentes, eis que já processado outras vezes e cometeu o presente crime ainda no curso do cumprimento de penas que lhe foram anteriormente impostas, 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 n.º 11.343/06, em oito anos de reclusão e oitocentos dias-multa, considerando-se os patamares mínimo e máximo previstos no tipo penal.

[...]

Na terceira fase do cálculo, e sendo inquestionável a presença da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/06, eis que, conforme restou demonstrado, o crime foi praticado no interior da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Penitenciária Marrey Junior, 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 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, ainda, 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. 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. [...]” (Fls. 34/36, sem grifos no original.)

Carece de fundamento a alegação de *bis in idem*, quanto à suposta consideração do fato de o crime ter sido cometido no interior de estabelecimento prisional, tanto na primeira, quanto na última fase da fixação da dosimetria da pena.

Verifica-se que a própria sentença cuidou de afastar qualquer ocorrência de *bis in idem* na dosimetria da pena, demonstrando a distinção entre o fato utilizado, na primeira fase, para fixação da pena-base acima do mínimo legal e, na última, para a aplicação da causa de aumento de pena.

Nesse contexto, vale destacar o entendimento da Corte Suprema, no que tange ao descumprimento ao referido princípio, quando da fixação da pena: “Somente existe **bis in idem** quando um **mesmo fato** for considerado mais de uma vez na **dosimetria** de um **mesmo crime**.” (AP 470 EDj-quartos, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 05/09/2013, PUBLIC 10-10-2013; sem grifos no original.)

Assim, não se trata de violação ao princípio do *non bis in idem*, visto que existem dois fatos diferentes justificando a majoração da pena. Na primeira fase, restou evidenciado que o MM. Juiz considerou o fato de o Réu ter cometido o delito em pauta durante o cumprimento de pena que lhe fora imposta em razão de crime anterior, o que enseja reprovabilidade especial da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conduta, daí o aumento de pena em função da circunstância judicial de culpabilidade, prevista no art. 59, do Código Penal. Por outro lado, no último momento do sistema trifásico, para estabelecer o percentual da causa de aumento, prescrita no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006, a qual remete ao local do cometimento do delito, utiliza-se o fato de o delito ter sido praticado no interior da penitenciária em que o Paciente cumpria pena.

Sustenta-se, também, violação à Súmula n.º 444/STJ, sob a alegação de que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal com base em inquéritos e ações penais em andamento.

Cabe transcrever o trecho, em que a sentença faz referência aos maus antecedentes na fixação da pena:

*"Assim, reconhecida a ocorrência do delito de tráfico de drogas, previsto no artigo 33 da Lei n.º 11.343/06, e demonstrada a responsabilidade dos réus, passo à fixação da pena que será imposta a cada um deles: O acusado José Carlos possui conduta social absolutamente reprovável, personalidade deturpada e voltada para a prática de crimes, além de **péssimos antecedentes, eis que já processado outras vezes** e cometeu o presente crime ainda no curso do cumprimento de penas que lhe foram anteriormente impostas, 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 [...]" (Fl. 34)*

No caso, ao contrário do que alega a Defesa, constata-se, da acurada leitura dos autos, à fl. 84, que, de fato, o Acusado, além da condenação considerada para caracterizar a reincidência, ostenta maus antecedentes, em virtude de sua condenação definitiva nos autos de n.º 739/1999, da qual restou extinta a punibilidade em face do cumprimento da pena há mais de 05 (cinco) anos do novo delito.

Portanto, apesar de ser imprópria a menção genérica feita pela sentença aos maus antecedentes do Réu, relacionando ao fato de ter sido este processado outras vezes, diante da comprovação da existência de mais de uma condenação definitiva, não se verifica a arguida violação ao disposto na Súmula n.º 444 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

"É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base."

A propósito, nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. PENAL. FALSIDADE IDEOLÓGICA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ENUNCIADO DA SÚMULA N.º 444 DESTA CORTE E BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. A exasperação da reprimenda restou devidamente justificada nos maus antecedentes do réu, devidamente comprovados por sentenças condenatórias transitadas em julgado, que não foram utilizadas para configurar a reincidência. Inexistência do alegado desrespeito ao enunciado da Súmula n.º 444 do Superior Tribunal de Justiça.

2. E nada impede que, singularmente apreciadas, sejam levadas em consideração duas condenações transitadas em julgado, a primeira como maus antecedentes e, a segunda, como reincidência, porquanto são distintos os elementos geradores. O que não se admite, sob pena de bis in idem, é a valoração de um mesmo fato, em momentos diversos da fixação da pena.

3. Ordem de habeas corpus denegada." (HC 254.346/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 01/02/2013.)

"PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. 1. DUAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. COLEGIADO ESTADUAL AFASTOU UMA DELAS. NÃO EXAME DO PONTO NESTA CORTE SUPERIOR. 2. ANTECEDENTES. EXISTÊNCIA DE PROCESSOS EM CURSO. INOCORRÊNCIA. CONDENAÇÕES ANTERIORES COM TRÂNSITO EM JULGADO. EXASPERAÇÃO. POSSIBILIDADE. 3. ORDEM DENEGADA.

1. Consideradas desfavoráveis duas circunstâncias judiciais, e tendo o Colegiado estadual afastado uma delas, por entender que a fundamentação empregada era inidônea, somente persiste a necessidade de análise dos termos utilizados para justificar o acréscimo da outra circunstância judicial, a saber, os antecedentes.

2. Conquanto a existência de processos anteriores, sem trânsito em julgado, não legitime o aumento da pena-base pelos antecedentes (Súmula n.º 444 deste Superior Tribunal de Justiça), in casu, verifica-se que existem condenações contra o paciente anteriores a data do fato em apreço, com trânsito em julgado, conforme se depreende da certidão de antecedentes acostadas aos autos, estando, pois, justificado o acréscimo da reprimenda na primeira etapa da dosimetria.

3. Ordem denegada." (HC 179.607/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 05/12/2011.)

De outro lado, a fixação da pena-base acima do mínimo legal pautada pelas circunstâncias judiciais da **personalidade** do agente e da **conduta social** foi realizada mediante vagas considerações, sem qualquer fundamentação objetiva, portanto inadequadas para justificar a exasperação. Com efeito, o magistrado sentenciante não fez nenhuma menção a fato concreto que embasasse a valoração negativa acerca das referidas circunstâncias judiciais.

Quanto à personalidade, impende salientar que essa circunstância deve ser aferida a partir do modo de agir do criminoso, podendo-se avaliar a insensibilidade acentuada, a maldade, a desonestidade e a perversidade demonstrada e utilizada pelo criminoso na consecução



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do delito. Sua aferição somente é possível se existirem, nos autos, elementos suficientes e que efetivamente possam levar o julgador a uma conclusão segura sobre a questão, o que não se verifica no caso em análise.

Ilustrativamente:

"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES ANTERIORES. TRÂNSITO EM JULGADO. DOCUMENTAÇÃO INSUFICIENTE PARA AFASTAR A AFIRMAÇÃO JUDICIAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO.

1. Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base fundando-se, tão-somente, em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a exasperação, como ocorrido, na hipótese, com relação à culpabilidade do agente.

2. Impossível infirmar a conclusão de existência dos maus antecedentes e da agravante da reincidência, quando a Defesa, detentora do ônus de demonstrar de plano o constrangimento ilegal suportado pelo Paciente, não junta a folha de antecedentes penais ou certidão cartorária equivalente aos autos, não permitindo, assim, se aferir se, quando do cometimento do delito objeto do presente writ, o Paciente ostentava ou não, de fato, condenações definitivas anteriores.

3. Habeas corpus parcialmente concedido, a fim de, mantendo a condenação pelos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, reduzir a majoração das penas-base, fixando cada uma das reprimendas em 6 anos e 5 meses de reclusão e 630 dias-multa, o que resulta na pena total de 12 anos e 10 meses de reclusão e 1260 dias-multa, no piso." (HC 182.554/MS, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 27/04/2012; sem grifos no original.)

"HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PLURALIDADE DE QUALIFICADORAS. UTILIZAÇÃO DE UMA PARA QUALIFICAR O CRIME E DAS OUTRAS PARA EXASPERAR A REPRIMENDA BASE. POSSIBILIDADE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA (PERSONALIDADE, MOTIVOS, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME). EXISTÊNCIA. QUANTUM DE AUMENTO. DISCRICIONARIEDADE REGRADA DO JULGADOR. PRESERVAÇÃO. NECESSIDADE. MAJORAÇÃO QUE NÃO SE MOSTROU DESPROPORCIONAL OU DESARRAZOADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL A SER SANADO NA VIA ESTREITA DO WRIT. AUSÊNCIA.

1. Esta Corte Superior de Justiça tem reiteradamente decidido no sentido de ser possível, existindo pluralidade de qualificadoras, a consideração de uma para justificar o tipo penal qualificado e das demais como circunstâncias judiciais ou agravantes da segunda fase da dosimetria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da pena.

2. Inexiste constrangimento ilegal na fixação da pena-base quando são levados em consideração elementos concretos dos autos, aptos a justificar a exasperação da reprimenda-base a título de personalidade, motivos, circunstâncias e consequências do crime.

3. É inviável mensurar matematicamente o aumento da pena-base, de forma a se atribuir igual acréscimo de pena para cada circunstância judicial considerada negativa. A lei confere ao julgador certo grau de discricionariedade na análise das circunstâncias judiciais, devendo ser avaliado se a fundamentação exposta é proporcional e autoriza a fixação da pena-base no patamar escolhido.

4. Ordem denegada." (HC 173.608/RJ, 6.^a Turma, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe de 17/09/2012; sem grifos no original.)

Apesar disso, a fixação da pena-base acima do mínimo legal não se torna despropositada, levando em conta o reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis (culpabilidade e maus antecedentes), que, de fato, emprestaram à conduta do Paciente especial reprovabilidade e que não se afiguram inerentes ao delito.

Com efeito, o Réu, além de possuir maus antecedentes, conforme corroborado acima, cometeu o delito de tráfico de drogas no interior de estabelecimento prisional estando cumprindo pena, desde o dia 02 de fevereiro de 2007, em razão de outro crime cometido anteriormente, o que revela um grau mais elevado de culpabilidade.

Por outro lado, verifica-se que o *quantum* de 03 (três) anos atribuído para a fixação da pena-base acima do mínimo legal revela-se desproporcional na medida em que existem, na prática, apenas 2 (duas) circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Nessa linha, *mutatis mutandis*:

"HABEAS CORPUS. PENAL. MANUTENÇÃO DE DEPÓSITOS NO EXTERIOR NÃO DECLARADOS À REPARTIÇÃO FEDERAL COMPETENTE. ART. 22, PARÁGRAFO ÚNICO, 2ª PARTE, LEI N. 7.492/1986. PREJUÍZO CAUSADO AO ERÁRIO. AGRAVAMENTO DA PENA-BASE. FUNDAMENTO IDÔNEO. REPARAÇÃO DOS PREJUÍZOS. NÃO OCORRÊNCIA. LESÃO AO SISTEMA FINANCEIRO. MAJORAÇÃO. DESPROPORCIONALIDADE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE ADMISSÃO DO CARÁTER ILÍCITO DO FATO.

[...]

4. A fundamentação exposta pelas instâncias ordinárias não autoriza a fixação da pena-base no dobro do mínimo legal, ou seja, em 4 anos de reclusão. Deve ser reduzida de forma a melhor refletir a gravidade concreta do delito, segundo os parâmetros estabelecidos na análise das circunstâncias judiciais, das quais apenas uma foi considerada negativa.

5. Não é cabível o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea se os pacientes admitiram ser os titulares de parte dos valores,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mas negaram o caráter ilegal dos depósitos mantidos no exterior.

6. *Ordem parcialmente concedida apenas para reduzir as penas dos pacientes para 3 anos de reclusão e 100 dias-multa, no valor estabelecido pelas instâncias ordinárias, sendo mantidos o regime inicial aberto e a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, na forma estabelecida pelas instâncias ordinárias.*" (HC 132.826/MS, 6.^a Turma, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe de 24/10/2011; sem grifos no original.)

"HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. EMISSÃO E NEGOCIAÇÃO DE VALORES IMOBILIÁRIOS SEM LASTRO OU GARANTIA SUFICIENTE. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. DESFAVORABILIDADE. ACENTUADA REPROVABILIDADE DA CONDUTA DELITUOSA PRATICADA. REPRIMENDA BÁSICA FIXADA NO DOBRO DO MÍNIMO LEGALMENTE PREVISTO. DESPROPORCIONALIDADE. SANÇÃO REDIMENSIONADA.

1. *Inviável considerar-se ilegal a sentença condenatória no ponto em que procedeu ao aumento da pena-base em razão da culpabilidade, haja vista a elevada reprovabilidade da conduta delituosa praticada.*

2. ***Embora seja acentuada a reprovabilidade da conduta ilícita cometida, no caso concreto mostra-se desproporcional a fixação da pena-base no dobro do mínimo legal tão somente por este fator, sobretudo se considerada a ausência de qualquer outra circunstância judicial desfavorável.***

[...]" (HC 141.002/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 23/05/2011; sem grifos no original.)

Desse modo, saliente-se que o Juiz sentenciante deve aferir as circunstâncias do art. 59, do Código Penal, respeitando o critério da proporcionalidade entre o aumento implementado e as circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis.

No que se refere ao argumento de que na segunda fase da dosimetria, o patamar de 1/3 (um terço), fixado para agravar a pena, é desproporcional, ressalto que o Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento de pena a serem aplicados em razão de circunstâncias agravantes, cabendo à prudência do Magistrado fixar o patamar necessário, dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais.

Vale destacar os fundamentos da sentença, na segunda fase da dosimetria, para o agravamento da pena, *in verbis*:

"[...] O réu possui, conforme Folha de Antecedentes expedida pela Vara das Execuções Criminais, uma condenação definitiva, com trânsito em julgado em data anterior ao cometimento de crime ora em julgamento, sendo, portanto, reincidente específico. Possui duas condenações pelo mesmo delito, sendo, conforme já mencionado, uma delas definitiva. Tal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

agravante não se confunde com as circunstâncias anteriormente verificadas, até porque, o réu poderia ser reincidente e não cometer o novo crime ainda no cumprimento das penas anteriores, e menos ainda, encontrando-se no interior de estabelecimento prisional, o que demonstra extrema ousadia. Assim, em razão da reincidência específica, gravíssima, a pena será aumentada de 1/3, totalizando nove anos, sete meses e seis dias de reclusão, e a pecuniária de novecentos e sessenta dias-multa." (Fls. 34/35, sem grifos no original.)

No caso, as instâncias ordinárias fixaram o patamar de 1/3 (um terço), tão-só em razão da condição de reincidente específico do Paciente. Contudo, quando se verifica que ostentava ele apenas uma condenação anterior, capaz de ser contabilizada para fins de reincidência (fl. 93), evidencia-se a desproporcionalidade do incremento da pena, impondo-se a sua redução para 1/6 (um sexto).

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. INOCORRÊNCIA. ACRÉSCIMO DESPROPORCIONAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. NÃO CONFIGURAÇÃO. REEXAME DE PROVAS.

1. Em face de o Código Penal não ter estabelecido balizas para o agravamento e atenuação das penas, na segunda fase de sua aplicação, a doutrina e a jurisprudência desta Corte têm entendido que esse aumento ou diminuição deve se dar em até 1/6 (um sexto), atendendo a critérios de proporcionalidade.

2. No entanto, é possível maior punição, ou seja, aplicação da reprimenda em patamar diverso de 1/6 (um sexto) quando situações excepcionais justificarem tal medida.

[...]

7. Ordem parcialmente concedida." (HC 198.291/SP, 6.^a Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe 11/04/2012; sem grifos no original.)

Na terceira fase, acerca da desproporcionalidade da causa de aumento aplicada na fração de 1/3 (um terço), cabe tecer alguns esclarecimentos.

De início, cumpre observar as razões expostas na sentença para fixação do patamar da referida causa de aumento:

"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 Junior, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. (Fl. 35, sem grifos no original)

Vale observar também o que prevê o art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006, relativamente à aplicação da causa de aumento em pauta:

"Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

[...]

III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos; [...]" (sem grifos no original)

Veja-se que o dispositivo é claro quando dispõe que a pena do crime de tráfico de drogas será aumentada no intervalo de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) na situação de ter sido o delito levado a efeito nas dependências de estabelecimentos prisionais, e é exatamente nessas circunstâncias que se deu o caso concreto.

Frise-se que mesmo sendo discricionário ao juiz a fixação do *quantum* a ser atribuído à causa de aumento de pena, obedecidos aos parâmetros legais pré-determinados, não se exime o juiz da tarefa de indicar elementos concretamente aferíveis e distintos dos elementos da própria causa, que dêem suporte à sua valoração negativa.

Na espécie, não se verifica motivação idônea no *decisum* condenatório para sua fixação no patamar de 1/3 (um terço), pois os elementos mencionados como fundamentos são, em realidade, inerentes à própria causa de aumento.

Nessa linha, *mutatis mutandis*:

"HABEAS CORPUS. ART. 288, DO CÓDIGO PENAL. ART. 4º, CAPUT, DA LEI N.º 7.492/86. ART. 22, CAPUT, DA LEI N.º 7.492/86. ART. 1º, INCISOS VI E VII, DA LEI N.º 9.613/98. ALEGAÇÃO DE INOBSERVÂNCIA DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL E VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. IDENTIDADE DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS ENTRE CO-RÉUS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL QUANTO A ESSE TOCANTE NÃO EVIDENCIADO. PENAS-BASES DOS DELITOS MAJORADAS EM RAZÃO DA PRETENSÃO DOS PACIENTES DE OBTEREM INDEVIDA VANTAGEM PATRIMONIAL, PELO FATO DE TER HAVIDO PREJUÍZO AOS COFRES PÚBLICOS, POR SER SOFISTICADO E COMPLEXO O ESQUEMA VOLTADO À PRÁTICA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

OPERAÇÕES FINANCEIRAS CLANDESTINAS E PELAS GRAVES CONSEQUÊNCIAS QUE TAIS FATOS GERARAM. ELEMENTOS QUE NÃO PODEM SER CONSIDERADOS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. VALORAÇÕES NEGATIVAS INERENTES AO PRÓPRIO TIPO PENAL. DIMINUIÇÃO DAS PENAS-BASES QUE SE IMPÕE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. É perfeitamente admissível a análise conjunta das circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal, quando similares as situações entre os Corréus, não ocorrendo nulidade na sentença por falta de individualização da pena. Precedentes desta Corte.

2. Entretanto, **não pode o julgador majorar a pena-base com fundamento em elementos constitutivos do crime, em suas qualificadoras ou, ainda, em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva. Explicite-se: é indevida a exasperação da pena-base mediante a utilização de circunstâncias inerentes aos próprios tipos penais pelos quais os Pacientes foram condenados.**

3. No caso, a pretensão dos Pacientes de obterem indevida vantagem patrimonial, o fato de ter havido prejuízo aos cofres públicos, a sofisticação e complexidade do esquema voltado à prática de operações financeiras clandestinas - elementos reconhecidos nas instâncias ordinárias para ressaltar a culpabilidade -, bem assim as graves consequências que tais fatos geraram, não podem ser considerados circunstâncias judiciais desfavoráveis. Tais dados, na verdade, são ínsitos aos paradigmas tipificados nas Leis Penais pelos quais foram condenados, e não extrapolam o resultado típico pretendido pelos Agentes.

4. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação, diminuir as penas-bases de todos os delitos pelos quais os Pacientes foram condenados para o mínimo legal, nos termos do voto condutor do julgado." (HC 123.760/SP, Quinta Turma, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe 28/11/2011; sem grifos no original.)

Desse modo, passo ao redimensionamento da pena:

Na primeira fase da dosimetria, fica a pena-base do Paciente estabelecida em 01 (um) ano acima do mínimo legal, ou seja, 06 anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, em razão da presença das circunstâncias judiciais desfavoráveis da culpabilidade e dos antecedentes.

Na segunda etapa, modifica-se o acréscimo da pena para 1/6 (um sexto), em virtude da existência de uma única condenação que permite agravar a pena por reincidência específica, alcançando a pena provisória 07 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa.

Na terceira e última fase, a pena deve ser acrescida de 1/6 (um sexto), pelo reconhecimento da causa de aumento, prevista no inciso III do art. 40 da Lei n.º 11.343/2006, totalizando a reprimenda **em 08 (oito) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 816 (oitocentos e dezesseis) dias-multa**, no valor estabelecido na sentença.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Fica mantido, ainda, o **regime prisional fechado** para o inicial cumprimento da reprimenda, em razão do *quantum* da pena estabelecida, além do reconhecimento da reincidência do Paciente e de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE a ordem de *habeas corpus* para, mantida a condenação do Paciente, reformar o acórdão impugnado no tocante à dosimetria da pena, nos termos acima explicitados.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0257812-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 275.072 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00405820620108260224 14892010 405820620108260224

EM MESA

JULGADO: 17/12/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

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	: JOSÉ CARLOS DE MATOS
CORRÉU	: JANE APARECIDA DOS SANTOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

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, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.