



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 127.801 - SP (2009/0020642-4)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
IMPETRANTE : LEONARDO FERNANDO DE SOUZA ALMEIDA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO HENRIQUE DOS SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MAJORAÇÃO DA REPRIMENDA A TÍTULO DE MAUS ANTECEDENTES E DE REINICIDÊNCIA. ALUSÃO A CONDENAÇÕES DIVERSAS. **BIS IN IDEM**. INOCORRÊNCIA.

- 1.** Na linha da orientação perfilhada no enunciado da Súmula 241 desta Corte, configura constrangimento ilegal a dupla consideração do mesmo fato, como maus antecedentes e reincidência.
- 2.** No caso dos autos, porém, houve a efetiva alusão à existência de diversas condenações. Assim, nada obsta que uma caracterize maus antecedentes e as outras reincidência. Precedentes.
- 3.** Ordem denegada.

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, por maioria, denegar a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencido o Sr. Ministro Nilson Naves que a concedia. Os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 24 de agosto de 2009 (data do julgamento)

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 127.801 - SP (2009/0020642-4)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Paulo Henrique dos Santos contra acórdão proferido pela Décima Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu parcial provimento ao recurso interposto pela defesa, reduzindo a pena recaída sobre o ora paciente a 7 (sete) anos, 11 (onze) meses e 8 (oito) dias de reclusão, mais pagamento de 780 (setecentos e oitenta) dias-multa.

Alega a defensoria-impetrante que o paciente sofre constrangimento ilegal, porquanto a pena foi duplamente agravada, em razão dos maus antecedentes e da reincidência, o que, a seu ver, caracteriza **bis in idem**.

Pleiteia, ao final, a redução da pena imposta.

Com vista dos autos, o Ministério Público Federal (Subprocuradora-Geral Zélia Oliveira Gomes) opinou pela denegação da ordem. Eis a ementa do parecer (fls. 45):

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXISTÊNCIA DE MAIS DE UMA CONDENAÇÃO DEFINITIVA. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. **BIS IN IDEM NÃO CONFIGURADO.**

*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 fatos geradores. O que não se admite, em realidade, sob pena de **bis in idem**, é a valoração de um mesmo fato, em momentos diversos da fixação da pena. Precedentes do STJ.*

*Como afirmado no acórdão, conforme páginas citadas em referência à folha de antecedentes criminais do réu acostada aos autos principais, o paciente tem contra si diversas condenações transitadas em julgado, de maneira que as exasperações procedidas na primeira e na segunda fase do cálculo da pena decorreram da utilização de condenações diversas, não havendo razão para se falar em **bis in idem**.*

Parecer pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 127.801 - SP (2009/0020642-4)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): Veja-se o que escreveu o Relator da apelação a respeito das alegações que nos são trazidas (fls. 23/24):

Passo à análise das penas.

O réu tem contra si diversas condenações transitadas em julgado (fls. 128, 132/133 e 155), de forma que as exasperações procedidas na primeira e na segunda fase da dosimetria da pena foram ultimadas com a utilização de condenações diversas e, bem por isso, não há falar na ocorrência de bis in idem.

Entretanto, a proximidade entre o local dos fatos e a creche não pode ensejar a majoração das penas porque, como reconhecido na própria sentença, o réu não destinava o comércio de drogas aos frequentadores dessa instituição.

Assim, na primeira fase, fixo as penas-base em 1/6 acima do mínimo legal considerando os maus antecedentes do réu e, na segunda, agravo-as em 1/6 pela reincidência.

Comprovada e acertadamente reconhecida a causa de aumento prevista no artigo 40, inciso VI, da Lei 11.343/06, pois segundo o depoimento do policial Rafael, em consonância com farta prova produzida na fase inquisitorial, o réu acabara de vender droga a um adolescente, conservo o aumento de 1/6 operado na sentença sob esse fundamento, tornando definitivas as penas em 07 anos, 11 meses e 08 dias de reclusão e pagamento de 780 dias-multa.

A reincidência e os maus antecedentes do apelante impedem a redução de pena prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06.

A ordem não comporta concessão. Como visto, a fixação da pena-base acima do patamar mínimo foi devidamente justificada pela presença de circunstância judicial desfavorável, a saber, os maus antecedentes do ora paciente.

Não há falar, também, em **bis in idem** por conta da exasperação operada na segunda etapa da dosimetria. Isso porque a jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que, havendo mais de uma condenação, nada obsta a consideração de uma como maus antecedentes e da outra a título de reincidência.

Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal, 'Condenações diversas, transitadas em julgado, singularmente apreciadas, podem ser levadas em consideração, pelo julgador, para efeito de maus antecedentes e de reincidência, desde que, como in casu ocorre, sejam distintos os elementos geradores. O que não se admite é a valoração, em momentos diversos, durante a fixação da pena, de um mesmo fato' (REsp 736.345/RS, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJ de 19/12/05).

O art. 61, inciso I, do Código Penal prevê a reincidência como circunstância legal, sendo esta, portanto, norma de natureza cogente, ou seja, de aplicação obrigatória, que deverá sempre agravar a pena. (REsp 1031249/RS, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ de 16.3.09)

*Pena privativa de liberdade (fixação). Maus antecedentes e reincidência (reconhecimento). Diversas condenações (trânsito em julgado). Fatos delituosos (ausência de identidade). **Bis in idem** (não-ocorrência). Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 704741/RS, Relator Ministro Nilson Naves, DJ de 27.8.07)*

*Só há violação ao princípio do **ne bis in idem** e à Súmula n. 241 deste STJ, quando a circunstância judicial (maus antecedentes) e a legal (reincidência) derivam do mesmo fato, o que não se comprovou tenha ocorrido nos presentes autos, ao contrário, ao que tudo indica, derivaram de condenações anteriores diversas. (HC 100734/SP, Relator Ministro Jorge Mussi, DJ de 4.5.09)*

Tem-se assim que não há qualquer ilegalidade a ser reparada nesta via. Aliás, o entendimento adotado pelas instâncias ordinárias se coaduna com a orientação desta Corte.

À vista do exposto, voto pela denegação da ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 127.801 - SP (2009/0020642-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: De acordo com anteriores pronunciamentos meus, entendo não ser possível utilizar-se o julgador de condenações anteriores a fim de agravar a pena. Constitui bis in idem fixar a pena-base acima do mínimo, pelos maus antecedentes do agente e aumentá-la, na segunda etapa prevista no art. 68 do Cód. Penal, pela agravante obrigatória da reincidência, uma vez que todo reincidente é dotado de antecedentes comprometedores. A propósito, já ementei (AgRg no HC-97.344, DJe de 25.8.08) assim:

"Furto (tentativa). Pena privativa de liberdade (fixação). Reincidência e maus antecedentes (bis in idem). Regime semi-aberto (caso).

1. Constitui bis in idem fixar a pena-base acima do mínimo pelos maus antecedentes do agente e aumentá-la, na segunda etapa prevista no art. 68 do Cód. Penal, pela agravante obrigatória da reincidência, uma vez que todo reincidente é dotado de antecedentes comprometedores.

2. No caso, aplicável o regime semi-aberto porque, embora reincidente, foi o paciente condenado, por tentativa de furto, à pena de 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão.

3. Agravo regimental improvido."

À vista disso, concedo a ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0020642-4

HC 127801 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10812007 50070555753 993080444170

EM MESA

JULGADO: 24/08/2009

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NILSON NAVES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO FRANCISCO SOBRINHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LEONARDO FERNANDO DE SOUZA ALMEIDA - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : PAULO HENRIQUE DOS SANTOS

ASSUNTO: Penal - Leis Extravagantes - Crimes de Tráfico e Uso de Entorpecentes - Tráfico

CERTIDÃO

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

"A Turma, por maioria, denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencido o Sr. Ministro Nilson Naves. "

Os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília, 24 de agosto de 2009

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

Secretário