



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 126.109 - MS (2009/0007120-6)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : GRAZIELA EILERT BARCELLOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : MARLON SIMÕES
ADVOGADO : VITOR DE LUCA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO. ART. 59 DO CP. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. MAJORAÇÃO DA REPRIMENDA A TÍTULO DE MAUS ANTECEDENTES E DE REINCIDÊNCIA. ALUSÃO A CONDENAÇÕES DIVERSAS. **BIS IN IDEM**. INOCORRÊNCIA.

1. O pleito de desclassificação do delito de tráfico para o de uso de substância entorpecente constitui pretensão que demanda, necessariamente, análise aprofundada do conjunto fático-probatório, operação inviável na via estreita do **habeas corpus**.
2. É cediço que a pena-base deve ser fixada concreta e fundamentadamente (art. 93, IX, CF), de acordo com as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do delito.
3. A presença de maus antecedentes, de reiteração de práticas delitivas e a quantidade de entorpecentes apreendida constituem motivação suficiente para justificar o recrudesimento da pena-base, nos termos da jurisprudência assente desta Corte.
4. Na linha da orientação perfilhada na Súmula 241/STJ, configura constrangimento ilegal a dupla consideração do mesmo fato, como maus antecedentes e reincidência.
5. 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.
6. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 27 de março de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 126.109 - MS (2009/0007120-6)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrado em favor de Marlon Simões, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, que negou provimento ao apelo defensivo ali interposto.

Consta dos autos que o ora paciente foi condenado à pena de 12 (doze) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 1.283 (mil, duzentos e oitenta e três) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, **caput**, c.c. art. 40, III, ambos da Lei n.º 11.343/06, porque trazia consigo, para a comercialização dentro de estabelecimento prisional, 34 papелotes de cocaína (e-fl. 170).

Irresignada, a defesa apelou alegando, preliminarmente, nulidade no feito por cerceamento de defesa, por não haver sido realizado exame toxicológico a fim de comprovar a dependência química do réu. Seu recurso objetivava ainda a absolvição do ora paciente por insuficiência probatória, a desclassificação do crime de tráfico para uso e o redimensionamento da pena.

O Desembargador Relator do Tribunal **a quo** rejeitou todas as alegações, julgando manifestamente improcedente o recurso.

Daí o presente *writ*, no qual alega a impetrante que o apenado é simples usuário de entorpecente, fato que estaria evidenciado pela natureza e a quantidade da substância apreendida – próprias do uso normal de uma pessoa viciada –, pelo reconhecimento da condição de "usuário/traficante" pelo magistrado singular e ausência de reincidência específica.

Quanto à reincidência, alega que uma única condenação foi duplamente valorada nas duas primeiras etapas de fixação da pena, incorrendo o julgador em vedado **bis in idem**.

Por fim, afirma que a pena-base foi estabelecida acima do mínimo legal sem justificativa idônea que a embasasse, pleiteando a desconstituição do acórdão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recorrido com a desclassificação da conduta ou, subsidiariamente, o redimensionamento da pena.

O pedido liminar foi indeferido às e-fls. 189/190 pelo então relator, Ministro Paulo Gallotti.

Prestadas as informações, o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Francisco Dias Teixeira, opinou pela concessão parcial da ordem, para que sejam afastadas as circunstâncias judiciais tidas por desfavoráveis e refeito o cálculo da pena.

Determinada a redistribuição do feito pelo Presidente desta Corte, Ministro Ari Pargendler, foram os autos a mim atribuídos em 5.3.2012.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 126.109 - MS (2009/0007120-6)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): Duas são as questões apresentadas neste recurso, uma onde se pleiteia a desclassificação do delito e outra referente à dosimetria da pena. Passo ao exame da primeira tese.

Alega a impetrante que o apenado seria simples usuário de entorpecente, fato que estaria evidenciado pela natureza e a quantidade da substância apreendida - próprias do uso normal de uma pessoa viciada.

A jurisprudência desta Corte de Justiça tem se firmado no sentido de que o pleito de desclassificação do delito de tráfico para o de uso de substância entorpecente constitui pretensão que demanda, necessariamente, análise aprofundada do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via estreita do **habeas corpus**.

A propósito, vejam-se os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. REGIME SEMIABERTO. INVIABILIDADE DA SUBSTITUIÇÃO DE PENA.

1. Os pleitos de absolvição e de desclassificação do delito de tráfico para o de uso de substância entorpecente constituem pretensões que demandam, necessariamente, análise aprofundada do conjunto fático-probatório, operação inviável na via estreita do habeas corpus.

2. O regime semiaberto mostra-se suficiente para a reprovação e prevenção do delito. Isso porque foram apreendidos, em poder do paciente, 23 (vinte e três) tubos contendo cocaína, um cheque no valor de R\$ 300,00 (trezentos reais) e um aparelho de telefonia celular, noticiando os agentes de polícia que "já conheciam [o acusado] de outro flagrante".

3. Por tais razões, atendendo-se ao preceito do art. 44, III, do Código Penal, não se revela socialmente recomendável a substituição da sanção corporal por medidas restritivas de direito. Eventual substituição de pena consubstanciaria, nesta sede, infringência ao princípio da proporcionalidade em sua face que veda a proteção deficiente a bens jurídicos constitucionalmente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tutelados. No caso, a saúde pública.

4. Ordem parcialmente concedida.

(HC 174.284/SP, de minha relatoria, DJe 10.10.2011)

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ARGUIÇÃO DE NULIDADE DE SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE ENFRENTAMENTO DAS TESES DEFENSIVAS. NÃO OCORRÊNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO PARA USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. EXIGÊNCIA DE ANÁLISE APROFUNDADA DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ORDEM DENEGADA.

1. O decreto condenatório está amplamente fundamentado na prova testemunhal colhida, bem como na confissão de um dos corréus, os quais demonstram a prática do delito. Mais ainda, a sentença é expressa ao dizer que a defesa "[...] não trouxe aos autos nenhum indício (receituário médico, consulta com psicólogo, internações em clínicas especializadas ou hospitais de toxicômanos), que pudesse levar a este Juiz à dúvida de ser ele dependente toxicológico." (fl. 35)

2. Não se pode confundir ausência de fundamentação com a decisão contrária aos interesses da parte, mormente aquela que enfrenta, ainda que de forma concisa, as teses defensivas, o que afasta a tese de suposta nulidade do decisum por afronta ao art. 93, inciso IX, da Constituição Federal. Precedentes.

3. Ademais, a desclassificação do delito de tráfico de drogas para o uso de entorpecente demandaria profunda análise do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado em sede de habeas corpus, por adotar rito célere e exigir prova pré-constituída das alegações. Precedentes.

4. Ordem denegada.

(HC 160.935/MG, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe 4.10.2011)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRETENSÕES DE ABSOLVIÇÃO E DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. EXAME APROFUNDADO DAS PROVAS. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 6.368/76. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. ARTIGO 44 DO CÓDIGO PENAL. IRRETROATIVIDADE DAS DISPOSIÇÕES PREJUDICIAIS DAS LEIS Nº 11.343/06 E 11.464/07. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. As pretensões de absolvição e de desclassificação do delito de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tráfico para o de uso de substância entorpecente não podem ser analisadas em sede de habeas corpus, em que é vedada a análise aprofundada dos elementos de convicção carreados aos autos.

(...)

(HC 97.235/DF, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 14.12.2009)

Também nesse sentido, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Confirmam-se:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO PARA O DELITO DE PORTE PARA USO PRÓPRIO. ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE PROVA DA TRAFICÂNCIA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

I – O pleito do recorrente de desclassificação do crime de tráfico para o uso próprio não pode ser acolhido nesta via, em razão da necessidade de reexame dos fatos e provas da causa, o que não se admite em habeas corpus.

II – Além disso, as instâncias ordinárias assentaram que a materialidade e autoria do crime de tráfico de drogas estavam devidamente comprovadas pelos elementos probatórios produzidos na instrução criminal, de modo que não há falar em insuficiência de prova da traficância.

III – Recurso desprovido.

(RHC 109.071, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe-033, Divulg 14.2.2012)

ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA: INAPLICABILIDADE AO RÉU ACUSADO POR TRÁFICO QUE CONFESSA PORTAR A DROGA PARA USO PRÓPRIO. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME PARA USO DE ENTORPECENTES: NECESSIDADE, NO PONTO, DE PROFUNDO REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS, AO QUE NÃO SE PRESTA O HABEAS CORPUS. ORDEM DENEGADA.

1. Firme é a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que não se aplica a atenuante da confissão espontânea para efeito de redução da pena se o réu, denunciado por tráfico de droga, confessa que a portava apenas para uso próprio. Neste sentido, dentre outros, Habeas Corpus n. 73.075, Rel. Ministro Maurício Corrêa, DJ 12.3.1996; 71.903, Rel. Ministro Néri da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Silveira, DJ 9.8.1996. Para a incidência da atenuante genérica da confissão espontânea, faz-se imprescindível que o Paciente tenha confessado a traficância: situação não havida na espécie.

2. O exame do pedido de desclassificação do delito de tráfico ilícito de entorpecentes para o de uso de entorpecentes demanda o revolvimento de fatos e provas, ao que não se presta o procedimento sumário e documental do habeas corpus: Precedentes.

3. Ordem denegada.

(HC 94.295, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe-206 Divulg 30.10.2008)

Ademais, o Juízo de primeiro grau declinou devidamente os motivos que o levaram a concluir pela ocorrência do crime capitulado no art. 33 da Lei n.º 11.343/06. Vejamos:

A autoria delitiva, da mesma forma, vem amplamente demonstrada nos autos. Senão, vejamos.

A testemunha Abel de Lima, inquirido em juízo às fls. 79, narra detalhadamente a forma como foi localizado o entorpecente em poder do réu.

.....
O policial militar Valmir da Costa Freitas, também inquirido em juízo (fls. 82), corrobora as afirmações transcritas acima, asseverando que, de fato, quando feita a busca pessoal no réu no momento do cumprimento do mandado de prisão (regressão de regime), foi encontrado em poder do mesmo as 34 (trinta e quatro) porções de entorpecente do tipo cocaína, que encontravam-se embaladas em uma "camisinha", no interior de sua boca.

No mesmo rumo, ainda, são as declarações prestadas pelo policial militar Antônio Francisco na fase extrajudicial (fls. 09), oportunidade em que asseverou que, quando auxiliavam o Oficial de Justiça Abel Lima no cumprimento do mandado de prisão (regressão de regime), constatou-se que o réu tinha algo na boca e, após o réu ter cuspid o que tinha no interior da boca, verificou-se tratar do entorpecente apreendido, qual seja, 34 porções de cocaína.

As circunstâncias em que o entorpecente foi apreendido, isto é, no interior do presídio semiaberto e dentro da boca do réu, embalado em uma camisinha, além da expressiva quantia unitária do entorpecente apreendido (trinta e quatro porções), revelam que a pretensão do réu era o comércio e a distribuição do entorpecente.

.....*Dessa*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

forma, evidente que o réu trazia as porções de entorpecente apreendidas para fins de traficância.

Ainda assim, mesmo diante do seguro quadro probante até aqui reportado, o réu Marlon Simões, quando interrogado em juízo (fls. 80/81), assevera que o entorpecente consigo apreendido era para seu uso, negando que comercializava a droga apreendida.

Afirma ter o réu "ganhado" as porções de entorpecente de um caminhoneiro à troca de programa sexual. Tal versão não merece crédito, mormente pelo fato de que, certamente, um caminhoneiro não traria consigo tantas porções de entorpecente sabendo que enfrentará diversos postos policiais no trajeto de sua viagem.

Alega o réu, também, que como tinha que pernoitar no presídio de regime semiaberto, levou o entorpecente para lá fazer uso. Ora, se de fato assim fosse, não haveria motivo para o réu levar o entorpecente dividido em várias porções que, como dito, facilita a comercialização do produto.

Por fim, assevera o réu que é usuário contumaz de entorpecente e que mantinha seu vício por meio de seu trabalho em um "Pet-Shop" nesta cidade. Entretanto, uma vez mais não faz prova do que alega. Não traz aos autos qualquer prova de que, de fato, tinha trabalho lícito. Pelo contrário, é evidente dos autos que o réu, que se diz usuário de entorpecentes, mantinha seu vício comercializando drogas. É o caso claro do usuário/traficante. Uma situação não exclui a outra. Ao revés, é muito comum o caso de usuários que, para manterem seu vício, comercializam entorpecentes.

.....
Assim, restando provado nos autos que o réu trazia consigo o entorpecente, dividido em 34 porções, para comercialização no interior do presídio de regime semiaberto local, não há que se falar em desclassificação do delito para o previsto no artigo 28 da Lei 11.343/06, como quer a defesa, pelo contrário, a condenação do réu pelo delito de tráfico de entorpecentes no interior de estabelecimento prisional é medida que se impõe. (e-fls. 117/120).

Incabível tecer questionamentos sobre as provas examinadas nas instâncias ordinárias.

O segundo ponto objeto de recurso refere-se à dosimetria da pena. Segundo alega a impetrante a fixação da pena-base acima do mínimo legal teria se dado sem a devida fundamentação, assim como a reincidência do réu também teria sido valorada na primeira etapa de fixação da pena, incorrendo o julgador em vedado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

bis in idem.

Novamente enxergo a necessidade de extrair os fundamentos da sentença condenatória para melhor exame do caso.

Confira-se:

Em análise às circunstâncias judiciais de que trata o artigo 59 do CP, extrai-se dos autos que o réu possui antecedentes criminais (fls. 62, incidências 001 e 002). De outro tanto, tenho que pela natureza do entorpecente apreendido (cocaína), maior nocividade à saúde pública dado o seu alto grau de dependência física e psíquica a revelar circunstância do crime mais gravosa. A razoável quantidade do entorpecente apreendido (trinta e quatro trouxinhas), revela o réu firme propósito à traficância (dolo intenso) a revelar a culpabilidade acentuada. De outro tanto, o réu, quando interrogado em juízo, afirmou ser usuário contumaz de entorpecentes, o que denota sua conduta social reprovável. Ademais, conforme extrai-se dos autos, o réu cumpria pena em regime semiaberto e, mesmo assim, reiterou na prática de crimes. Assim, fixo a pena-base em 10 (dez) anos de reclusão e 1000 (mil) dias-multa.

Não há circunstância atenuante à sopesar. Como circunstância agravante, incide a da reincidência delitiva (fls. 62, incidência 003), com o que agravo a pena em 1 (um) ano de reclusão e 100 (cem) dias-multa, resultando a pena nesta fase em 11 (onze) anos de reclusão e 1100 (mil e cem) dias-multa.

Não há qualquer causa especial de diminuição de pena a sopesar. Como causa especial de aumento de pena, conforme amplamente demonstrado na fundamentação da presente, incide a prevista no artigo 40, III, da lei 11.343/06, com o que aumento a reprimenda em 1/6, correspondente a 1 (um) ano e 10 (dez) meses de reclusão e 183 (cento e oitenta e três) dias-multa, já que o réu comercializava entorpecente no interior do presídio de regime semiaberto local, resultando a pena nesta fase em 12 (doze) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 1.283 (mil duzentos e oitenta e três) dias-multa. (e-fls. 121/122) – sem destaques no original.

É cediço que a pena-base deve ser fixada concreta e fundamentadamente (art. 93, IX, CF), de acordo com as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do delito.

Na espécie, verifica-se que o julgador monocrático valeu-se da presença



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de maus antecedentes, de reiteração de práticas delitivas e da quantidade de entorpecentes apreendida para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal.

Ainda que o patamar escolhido ultrapasse os padrões utilizados para fixação da pena, não vislumbro constrangimento a ser reparado, já que a decisão está bem fundamentada, com lastro em elementos idôneos, atendendo ao princípio da proporcionalidade.

Em verdade, tem-se por inviável o reexame, em **habeas corpus**, de aspectos da sentença adstritos ao campo probatório, daí que, somente quando despontada a existência de ilegalidade na fixação da pena, é descortinada a possibilidade da sua correção na via eleita, o que não é a hipótese dos autos.

É da nossa jurisprudência:

DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL ANTE A CULPABILIDADE, ANTECEDENTES, MOTIVOS, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE.

1. De acordo com a jurisprudência pacífica deste Superior Tribunal de Justiça, o exame da dosimetria da pena por meio de habeas corpus somente é possível quando evidenciado de plano, sem a necessidade de exame de provas, flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu.

2. No caso dos autos, não se constata qualquer abuso ou irregularidade na dosagem da reprimenda imposta ao paciente, pois sua pena-base foi fixada acima do mínimo legal com base em elementos idôneos, não inerentes ao tipo penal supostamente violado.

3. Ademais, é imperioso destacar que, ao contrário do que sustentado pela impetrante, não existe fração a ser observada pelo togado sentenciante no momento de elevar a reprimenda básica do acusado, exigindo-se apenas que haja fundamentação concreta sobre cada uma das circunstâncias judiciais utilizadas para agravar a sanção, tal como se deu na espécie.

(HC nº 138.719/ES, Relator o Ministro Jorge Mussi, DJe de 26/9/2011)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO (CRIME PRATICADO EM CONCURSO DE AGENTE). DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CULPABILIDADE EXACERBADA. E REGISTRO DE MAUS ANTECEDENTES. SUPOSTA OFENSA AO PRINCÍPIO DO NON BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. EXISTÊNCIA DE MAIS DE UMA CONDENAÇÃO DEFINITIVA. RECONHECIMENTO DE DUAS CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES DA PENA. APLICAÇÃO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

1. Havendo circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis com fundamentação idônea, não há ilegalidade na fixação da pena-base acima do mínimo legal. Precedentes.

2. São circunstâncias judiciais desfavoráveis, no caso, a culpabilidade do agente que agiu de forma sorrateira para conquistar a confiança das vítimas antes de praticar a infração, e os maus antecedentes, devidamente comprovados por condenação transitada em julgado e que não configura reincidência, inexistindo, portanto, manifesta ilegalidade a ser sanada.

3. Nada impede que, singularmente apreciadas, levem-se em conta duas condenações transitadas em julgado; uma, como maus antecedentes, com influência na fixação da pena-base; e outra, distinta daquela, como reincidência, com acréscimo na segunda fase do cálculo penal.

4. Na hipótese, a sentença condenatória consignou ser incontestado o concurso de agentes na empreitada criminoso, conforme demonstrado pelas provas carreadas aos autos. Assim, para se afastar a referida conclusão, seria imprescindível a realização de um aprofundado exame do conjunto fático-probatório, o que não se mostra viável na via

estreita do habeas corpus.

5. Ordem denegada.

(HC n.º 118.084/SP, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJe de 7/2/2011)

PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E EXTORSÃO. AUSÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. PROFUNDA ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PERÍCIA. PRESCINDIBILIDADE. ART. 158 DO CPP. IMPOSSIBILIDADE NA APREENSÃO. ART. 167 DO CPP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DOSIMETRIA DA PENA. OBSERVÂNCIA DO SISTEMA TRIFÁSICO. ART. 68 DO CÓDIGO PENAL. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. UTILIZAÇÃO DO MESMO FATO PARA ANTECEDENTES CRIMINAIS E REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. ROUBO. CONCURSO DE TRÊS MAJORANTES. NÃO DEMONSTRADAS CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE INDIQUEM A NECESSIDADE DE EXASPERAÇÃO DA PENA ALÉM DA FRAÇÃO MÍNIMA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

(...)

3. Eventual constrangimento ilegal na aplicação da pena, passível de ser sanado por meio de habeas corpus, depende, necessariamente, da demonstração inequívoca de ofensa aos critérios legais que regem a dosimetria da resposta penal, de ausência de fundamentação ou de flagrante injustiça.

4. Observado, para a fixação da pena, o sistema trifásico, considerando-se, em primeiro lugar, as circunstâncias judiciais do caput do art. 59, do CP, seguidas da aplicação da agravante genérica da reincidência e, depois, das causas de aumento da pena, não há falar em ilegalidade.

5. Afasta-se a alegação de bis in idem quando resta evidente que a apreciação da vida pregressa, para a fixação da pena-base, e a aplicação da agravante relativa à reincidência não dizem respeito ao mesmo fato.

6. Consoante iterativa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a presença de mais de uma causa especial de aumento da pena no crime de roubo pode agravar a pena em até metade, quando o magistrado, diante das peculiaridades do caso concreto, constatar a ocorrência de circunstâncias que indiquem a necessidade da elevação da pena acima da fração mínima.

7. Não fica o Juízo sentenciante adstrito, simplesmente, à quantidade de majorantes para fixar a fração de aumento, pois, na hipótese de existência de apenas uma, havendo nos autos elementos que conduzem à exasperação da reprimenda – tais como a quantidade excessiva de agentes no concurso de pessoas (CP, art. 157, § 2º, II) ou o grosso calibre da arma de fogo utilizada na empreitada criminosa (CP, art. 157, § 2º, I) –, a fração pode e deve ser elevada, acima de 1/3, contanto que devidamente justificada na sentença, em observância ao art. 68 do CP. O mesmo raciocínio serve para uma situação inversa, em que o roubo foi praticado com arma de fogo e por número reduzido de agentes, hipótese em que pode o magistrado aplicar a fração mínima, apesar da duplicidade de majorantes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8. Não havendo fundamentação concreta para o acréscimo da reprimenda em 1/2, a fração de aumento da pena pelas majorantes previstas no art. 157, § 2º, I, II e V, deve ser fixada em 1/3.

9. Ordem parcialmente concedida apenas para fixar a pena do roubo em 8 anos, 10 meses e 20 dias, além do pagamento de 21 dias-multa, ficando a pena total – roubo e extorsão – em 17 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, além do pagamento de 42 dias-multa.

(HC nº 160.885/SP, Relator o Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe de 21/6/2010)

Do Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO SIMPLES. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA ACIMA DO LIMITE MÍNIMO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. LIMITES COGNITIVOS DO HABEAS CORPUS. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO DE PROVAS. ORDEM DENEGADA.

1. A constatação de que parte das circunstâncias judiciais é desfavorável ao condenado respalda a fixação da pena-base acima do mínimo legal. *Precedente.*

2. O princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CR) exige que o Magistrado confira ao delito sanção condizente aos seus contornos objetivos e subjetivos, evitando se dispense a casos diferentes o mesmo tratamento penal.

3. A denúncia por homicídio simples não inibe o Juiz Presidente de se debruçar sobre a prova produzida, para o fim de extrair elementos necessários ao exame de todas as circunstâncias listadas no art. 59 do Código Penal, inclusive no tocante à culpabilidade, aos motivos e à dinâmica dos acontecimentos.

4. **O reconhecimento da incorreção da aplicação da pena, quando não se trata de manifesta ilegalidade ou de indiscutível abuso do critério da discricionariedade, reclama percuente exame da prova, atividade incompatível com os limites tímidos e documentais do habeas corpus. *Precedente.***

5. Ordem denegada.

(HC nº 107.501/GO, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 19/5/2011)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Além disso, a jurisprudência desta Corte também já se firmou no sentido de que a natureza e a quantidade da droga apreendida são fatores que, na fixação da pena-base no crime de tráfico, preponderam sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, e justificam seu aumento acima do mínimo legal. Precedentes: HC 215.693/AC, Relator Ministro Jorge Mussi, DJe 15.2.2012; HC 124.554/MS, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 31.8.2011; AgRg no REsp 1245028/MT, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 15.2.2012; HC 214.123/AC, Relator Ministro Vasco Della Giustina – Desembargador convocado do TJ/RS, DJe 19.12.2011.

Por fim, no que se refere ao alegado **bis in idem** a ordem também não prospera.

Na linha da orientação perfilhada na Súmula 241 desta Corte, configura constrangimento ilegal a dupla consideração do mesmo fato, como maus antecedentes e reincidência.

No caso, contudo, a pena-base foi estabelecida motivadamente acima do mínimo legal levando em conta os antecedentes negativos do réu, inexistindo o alegado constrangimento. A pluralidade de condenações deu ensejo, ainda, ao reconhecimento da reincidência (e-fl. 121).

Esta 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:

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, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 19.12.2005).

O art. 61, inciso I, do Código Penal prevê a reincidência como circunstância legal, sendo esta, portanto, norma de natureza



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cogente, ou seja, de aplicação obrigatória, que deverá sempre agravar a pena.

(REsp 1.031.249/RS, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ de 16.3.2009)

*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 27.8.2007) 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 100.734/SP, Relator Ministro Jorge Mussi, DJ de 4.5.2009)

Ante o exposto, voto pela denegação da ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0007120-6

HC 126.109 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20080184063 21070062332

EM MESA

JULGADO: 27/03/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : GRAZIELA EILERT BARCELLOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : MARLON SIMÕES
ADVOGADO : VITOR DE LUCA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

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 Turma, por unanimidade, denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.