



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 196.915 - SP (2011/0027930-9)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : ILKA SAITO MILLAN - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSE GILBERTO DE ARAUJO

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. VALORAÇÃO NEGATIVA DOS ANTECEDENTES. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO JUSTIFICADA. EXISTÊNCIA DE SEIS CONDENAÇÕES ANTERIORES. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Sendo os antecedentes circunstância judicial desfavorável ao condenado e constatando-se que registra em sua folha de antecedentes criminais nada menos do que seis outras condenações anteriores, muitas por crimes graves, não há o que se falar em coação ilegal na fixação da reprimenda básica em 1/2 (metade) acima do mínimo para o tipo penal violado, pois apontados clara e precisamente os motivos que ensejaram o aumento no patamar estabelecido.

2. A ponderação das circunstâncias do art. 59 do Código Penal não é uma operação aritmética, em que se dá pesos absolutos a cada uma delas, a serem extraídas de cálculo matemático levando-se em conta as penas máxima e mínima cominadas ao delito cometido pelo agente, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada.

DOSIMETRIA DA PENA. REINCIDÊNCIA. CARACTERIZAÇÃO. ELEVAÇÃO DA PENA, NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. REGISTRO DE CONDENAÇÃO ANTERIOR TRANSITADA EM JULGADO. UTILIZAÇÃO DE FATOS DIVERSOS DOS GERADORES DE MAUS ANTECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. A condenação definitiva anterior não alcançada pelo prazo de 5 (cinco) anos do art. 64, I, do CP, é caracterizadora de reincidência, justificando a elevação da reprimenda na segunda fase da dosimetria.

2. Não há ofensa ao princípio do *ne bis in idem*, nem ao enunciado sumular 241 deste STJ, quando há a utilização de fatos diversos para a caracterização dos maus antecedentes e da reincidência.

3. Ordem denegada.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 02 de agosto de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 196.915 - SP (2011/0027930-9)

IMPETRANTE : ILKA SAITO MILLAN - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSE GILBERTO DE ARAUJO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI: Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de JOSE GILBERTO DE ARAUJO contra acórdão da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, julgando a Apelação Criminal n.º 990.08.086158-1, interposta pelas partes, negou provimento ao recurso defensivo e deu parcial provimento ao apelo ministerial, para elevar a pena imposta ao paciente para 8 (oito) anos e 9 (nove) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Nova Lei de Drogas.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que configuraria *bis in idem* a consideração dos maus antecedentes para fixar a pena-base acima do mínimo legal e, posteriormente, considerar a reincidência como circunstância agravante da sanção imposta, porquanto, "ainda que tenham sido utilizadas certidões distintas" (fls. 3), a mesma circunstância objetiva, qual seja, a vida pregressa do paciente teria sido utilizada para exasperar a reprimenda em dois momentos diversos.

Alega que as certidões utilizadas a título de maus antecedentes não poderiam fundamentar o aumento da pena-base acima do mínimo legal, dado o transcurso do período depurador, conforme previsto no art. 64, I, do Diploma Repressor.

Defende que o aumento da pena-base em 1/2 (metade) e o posterior agravamento da reprimenda na segunda etapa da dosimetria em 1/6 (um sexto), em razão da reincidência, mostra-se desproporcional.

Pugnou, liminarmente e no mérito, pelo restabelecimento da reprimenda imposta na sentença.

A liminar foi indeferida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 196.915 - SP (2011/0027930-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Da análise dos autos verifica-se que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à reprimenda de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, pelo cometimento do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, porque, no dia 9-1-2008, nas imediações de estabelecimento de ensino, *"recebeu e trouxe consigo, para fornecer a consumo de terceiros, 13 pedras de "crack" (cocaína), com peso líquido de 3,3 gramas, substância entorpecente e que determina dependência física e psíquica"* (fls. 61).

Inconformadas, as partes interpuseram apelação perante o Tribunal de origem, tendo sido negado provimento ao recurso defensivo e dado parcial provimento ao apelo ministerial, para elevar a pena imposta ao paciente para 8 (oito) anos e 9 (nove) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Nova Lei de Drogas, mantida, no mais, a sentença impugnada.

No que se refere à aventada ilegalidade na imposição da reprimenda básica acima do mínimo legalmente previsto para o tipo penal violado, necessário se faz, para melhor análise da questão *sub examine*, transcrever o trecho da sentença condenatória relativo à dosimetria da pena:

Na primeira fase de aplicação da reprimenda, observo que o réu ostenta diversas condenações criminais, sendo pessoa afeta ao mundo do crime, pelo que aumento a pena-base em 1/6, fixando-a em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 853 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, fixados no valor unitário mínimo, ante a condição econômica do condenado.

Torno definitiva a pena acima imposta, ante a ausência de outros fatores modificativos. (fls. 57)

A Corte impetrada, por sua vez, ao dar parcial provimento à apelação interposta pelo Ministério Público, alterou a pena imposta ao paciente, assim



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

argumentando:

Entrementes, o apelo ministerial comporta parcial provimento, para a exasperação das penas básicas em maior patamar, face às seis condenações caracterizadoras de antecedentes, registradas nas certidões de fls. 89, 90, 94, 97, 106 (142) e 108 (144). Assim, atento ao número de maus antecedentes, deve ser aplicado o acréscimo de metade.

E, na segunda etapa da dosimetria das penas, cumpre fazer incidir a agravante, derivada da reincidência do acusado, destacada pelo órgão ministerial, registrada na certidão de fls. 95, que implica a sucessiva majoração de 1/6 (um sexto).

[...]

Destarte, as penas definitivas do recorrente, ora elevadas, perfazem 08 (oito) anos e 09 (nove) meses de reclusão e pagamento de 875 (oitocentos e setenta e cinco) dias-multa, no mínimo legal. (fls. 65/66)

A aplicação da pena-base é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o *quantum* ideal de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa e suficiente da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se pelos oito fatores indicativos relacionados no *caput* do art. 59 do Código Penal, dos quais não deve se furtar de analisar individualmente, e indicar, especificamente, dentro destes parâmetros, os motivos concretos pelos quais as considera favoráveis ou desfavoráveis, pois é justamente a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal.

Na hipótese em apreço, verifica-se que o juiz singular, quando da apreciação das circunstâncias judiciais, considerou desfavorável ao paciente tão-somente a relativa **aos antecedentes criminais**, e, diante disso, fixou a reprimenda básica 1/6 (um sexto) acima do mínimo, perfazendo a sanção, nessa etapa, 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

O Tribunal *a quo*, acolhendo o recurso ministerial, findou elevando a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena-base de 1/2 (metade), salientando que assim o fazia *"face às seis condenações caracterizadoras de antecedentes, registradas nas certidões de fls. 89, 90, 94, 97, 106 (142) e 108 (144)"* (fls. 65).

Nesse contexto, não há o que se falar em ilegalidade na imposição da reprimenda básica em 1/2 (metade) acima do mínimo previsto para o tipo penal violado, pois, da leitura da folha de antecedentes criminais do paciente, aqui juntadas a fls. 97-117), verifica-se a existência seis condenações anteriores em seu desfavor, sendo duas por crime graves - roubo e roubo em concurso material com estupro (fls. 113) - e outras quatro por lesão corporal, tentativa de roubo e tentativa de furto, geradoras de maus antecedentes, circunstância que, à toda evidência, justifica um maior apenamento na primeira etapa da dosimetria.

De se observar que a ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não é uma operação aritmética, em que se daria pesos absolutos a cada uma delas, a serem extraídas de cálculo matemático levando-se em conta as penas máxima e mínima cominadas ao delito cometido pelo agente, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada, como já salientado anteriormente, que impõe ao magistrado apontar, motivadamente, os fundamentos da consideração negativa, positiva ou neutra das oito circunstâncias judiciais mencionadas no art. 59 do CP e, dentro disso, eleger a reprimenda que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato-crime praticado, como feito pela Corte originária.

Na segunda fase da dosimetria da pena, o Tribunal impetrado, reconhecendo a agravante da reincidência, exasperou a reprimenda imposta ao paciente em 1/6 (um sexto), mesmo patamar utilizado pelo togado singular, findando a sanção então em 8 (oito) anos e 9 (nove) meses de reclusão, mais pagamento de 875 (oitocentos e setenta e cinco) dias-multa.

De acordo com a doutrina: *"Ponto relevante, que merece abordagem preliminar, refere-se ao quantum das agravantes e atenuantes. A norma do art. 61 limitou-se a estipular que as circunstâncias ali previstas sempre agravam a pena, embora não tenha fornecido, como ocorre em outros Códigos estrangeiros, qualquer valor. O mesmo ocorre com o disposto no art. 65, que determina dever ser a pena atenuada, porém sem qualquer menção ao montante"* (NUCCI, Guilherme de Souza,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Individualização da Pena, 3ª ed., RT:SP, 2009, p. 212).

No caso, da leitura do acórdão, infere-se que o aumento deu-se na fração de 1/6, e, assim, decidindo, não há o que se falar em constrangimento ilegal a ser sanado através da via eleita, pois além de a elevação encontrar guarida no entendimento doutrinário majoritário sobre o tema, no sentido de que o aumento por cada agravante ou atenuante deva ser equivalente a 1/6 da pena-base (menor montante fixado para as causas de aumento ou diminuição da pena), a fim de se evitar a aplicação em quantidades aleatórias, ao arbítrio do magistrado, esse Superior Tribunal tem orientado no sentido de que o *quantum* de acréscimo pela circunstância agravante deve observar os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, necessidade e suficiência à reprovação e prevenção ao crime, informadores do processo de aplicação da pena.

Nesse norte:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE GENÉRICA. QUANTUM DE AUMENTO. JUSTIFICAÇÃO. NECESSIDADE. RECONHECIMENTO DE ERRO NA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA DE CO-RÉU. ART. 580, CÓDIGO PENAL. APLICAÇÃO.

1. O aumento pela agravante genérica da reincidência não é estabelecido pela lei. Deve o Magistrado sentenciante demonstrar, com circunstâncias específicas, a necessidade de um maior rigor, estabelecendo, de modo justificado, segundo o seu livre convencimento, o quantum necessário à melhor aplicação da lei penal. (art. 93, inciso IX, da Constituição Federal).

2. Ainda que a Defesa não sustente, em sede de apelação, o desrespeito ao critério trifásico de individualização da pena, cabe ao Tribunal a quo, já que se devolve no apelo o conhecimento pleno da matéria, reformar a reprimenda, sobretudo quando o fez para co-réu.

3. Writ concedido parcialmente para cassar o acórdão e a sentença na parte relativa à dosimetria das penas dos Pacientes, a fim de que, sem prejuízo da condenação, sejam novamente individualizadas, sem o indevido acréscimo na pena-base pelo reconhecimento dos maus antecedentes, observando-se a devida fundamentação quanto ao agravamento de 1/3 das penas (art. 93, inciso IX, da Constituição Federal), bem como o sistema trifásico de aplicação da pena (art. 68 do Código Penal). (HC 23.033/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 09/11/2004, DJ 13/12/2004 p. 385)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

E, no caso, a fração utilizada encontra-se justificada, pois da folha de antecedentes criminais do paciente, verifica-se que a reincidência é advinda de condenação anterior não alcançada pelo prazo de 5 (cinco) anos do art. 64, I, do CP, pelo delito de atentado violento ao pudor - art. 214 do CP - (fls. 116), crime considerado hediondo, circunstância que, a toda evidência, autoriza uma maior apenação nessa segunda etapa, não havendo, assim, o que se falar em desproporcionalidade na hipótese.

Nesse contexto, não se pode dizer que as instâncias ordinárias incidiram em constrangimento ilegal, uma vez que, quando do exame da dosimetria da pena, o Tribunal *a quo* considerou, das sete condenações com trânsito em julgado anterior em desfavor do paciente - folha de antecedentes indicada às fls. 97/117-, seis foram consideradas como maus antecedentes (circunstância judicial), fixando a reprimenda básica acima do mínimo legal, e a outra como reincidência (circunstância legal), aumentando a sanção na segunda fase da dosimetria, sendo descabida, assim, a alegação de ocorrência de *bis in idem*, nem em ofensa ao enunciado sumular 241 deste Superior Tribunal de Justiça, uma vez que os fatos utilizados para a exasperação de pena-base à título de maus antecedentes não são os mesmos que autorizaram a majoração na etapa seguinte, em razão da reincidência.

Veja-se, a propósito, os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. ROUBO (TENTATIVA). MAJORAÇÃO DA REPRIMENDA A TÍTULO DE MAUS ANTECEDENTES E DE REINCIDÊNCIA. ALUSÃO A CONDENAÇÕES DIVERSAS. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. CONCORRÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS E AGRAVANTE. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 269/STJ.

1. Na linha da orientação perfilhada na Súmula 241/STJ, 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. Segundo a Súmula 269 desta Corte, "é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais".

4. Na hipótese, embora a pena não alcance 4 (quatro) anos, foi apontada a reincidência do paciente e a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, o que afasta a incidência da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Súmula 269, autorizando o estabelecimento do regime mais severo.
5. Ordem denegada.

(HC 163.903/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 09/11/2011 - destacamos)

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. MAUS ANTECEDENTES. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES ANTERIORES DIVERSAS UTILIZADAS PARA AUMENTAR A PENA NA PRIMEIRA E SEGUNDA FASE DE FIXAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO NE BIS IN IDEM. ORDEM DENEGADA.

1. A majoração da pena-base deve ser mantida, levando em conta que se deu em razão dos maus antecedentes do paciente - que possui três condenações definitivas anteriores - sendo possível utilizar-se duas para a consideração negativa dos antecedentes e outra para a caracterização da agravante da reincidência, não havendo que se falar em bis in idem, por se tratar de valoração de fatos distintos.

2. Não há violação ao conteúdo da Súmula 241 desta Corte de Justiça, segundo a qual "a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial", pois o que se visa evitar com tal preceito é a utilização da mesma condenação anterior para embasar o aumento da pena-base pelos maus antecedentes e para agravar a pena em razão da reincidência, situação esta que não ocorreu no caso em apreço.

3. Habeas Corpus denegado.

(HC 175.768/MG, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 21/10/2010, DJe 29/11/2010 - destacamos)

Ante o exposto, **denega-se** a ordem.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0027930-9

HC 196.915 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 482008

50080027350

742008

990080861581

EM MESA

JULGADO: 02/08/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ILKA SAITO MILLAN - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : JOSE GILBERTO DE ARAUJO

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, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.