



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 176.709 - SP (2010/0112666-7)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
IMPETRANTE : RAFAEL FOLADOR STRANO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXANDRE CRUZ DE AGUIAR

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. **BIS IN IDEM**. INOCORRÊNCIA. ACRÉSCIMO DESPROPORCIONAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Nos termos da jurisprudência assente nesta Corte de Justiça, é perfeitamente cabível o aumento da pena pelo instituto da reincidência, não havendo que se falar em inconstitucionalidade do dispositivo ou **bis in idem**. Em nada ofende os princípios da individualização da pena tratar de forma diferenciada o réu primário e o criminoso contumaz.

2. 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.

3. Na hipótese, reconhecida a agravante da reincidência, o órgão julgador se deteve, apenas, a mencionar o quantum da elevação – que se deu em 1/5 (um quinto) – sem declinar qualquer fundamentação apta a justificar a exasperação da pena, sendo cabível sua redução ao patamar mínimo.

4. Ordem parcialmente concedida.

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 unanimidade, conceder parcialmente 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, 22 de março de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 176.709 - SP (2010/0112666-7)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Alexandre Cruz de Aguiar, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que deu parcial provimento ao apelo defensivo ali interposto.

Consta dos autos que o ora paciente foi condenado pela prática do crime previsto no art. 33, **caput**, da Lei n.º 11.343/06, à pena de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mais pagamento de 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa. Na ocasião foi fixado o regime fechado para início de cumprimento da pena.

Irresignada, apelou a defesa, requerendo a absolvição do réu por insuficiência de provas. Reconhecendo que houve dupla consideração do mesmo fato, como maus antecedentes e reincidência, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao apelo, reduzindo a pena ao patamar de 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa.

No presente *writ*, em que a defesa sustenta, em resumo, não haver na Constituição Federal de 1988 nenhum dispositivo que sustente a majoração da pena com fulcro na reincidência, constituindo tal punição ofensa aos princípios da individualização da pena e do **ne bis in idem**.

Acrescenta que, mesmo não reconhecido o apontado constrangimento ilegal, é desarrazoada a majoração em 1/5 (um quinto) por conta da reincidência.

Requer o redimensionamento da pena.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República Aurea Maria Etelvina Nogueira Lustosa Pierre, opinou pelo não cabimento do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 176.709 - SP (2010/0112666-7)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): Consoante o disposto no art. 61, inciso I, do Código Penal, a reincidência é circunstância que sempre agrava a pena.

No caso concreto, após a revisão da pena realizadas pelo Tribunal de origem, a aplicação da causa genérica de aumento deu-se na segunda etapa da dosimetria da pena. Para melhor esclarecer, transcrevo:

4. Houve "bis in idem" na aplicação da pena. O mesmo fato, ou seja, o passado do apelante foi justificativa para o aumento da pena-base, e também foi fundamento para acréscimo a título de reincidência.

Assim, a pena-base é fixada no mínimo de 05 anos de reclusão e 500 dias-multa, piso. Por força da recidiva (fls. 87/89) é aumentada de 1/5. A pena alcança 06 anos de reclusão, e 600 dias-multa, piso.

5. A recidiva também justifica o regime fechado. (e-fl. 17).

Nesta impetração, alega-se que a reprimenda aplicada ao agente no crime anterior deveria constituir punição suficiente, não podendo servir para justificar o agravamento da pena em outra ação penal. Respeitados os argumentos apresentados pelo impetrante, entendo que a tese não comporta concessão.

A jurisprudência desta Corte de Justiça considera perfeitamente cabível o aumento da pena pelo instituto da reincidência, não havendo que se falar em inconstitucionalidade do dispositivo ou **bis in idem**. Aliás, em nada ofende os princípios da individualização da pena tratar de forma diferenciada o réu primário e o criminoso contumaz.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. COMPREENSÃO FIRMADA NA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERCEIRA SEÇÃO (ERESP Nº 961.863/RS). RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA. PROVA ORAL QUE DEMONSTRA A UTILIZAÇÃO DO INSTRUMENTO. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DO NÚMERO DE MAJORANTES. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 443 DO STJ. AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. ALEGADO **BIS IN IDEM**. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO OBRIGATÓRIA ART. 61, I, DO CP. **QUANTUM** DE AUMENTO. PREVISÃO LEGISLATIVA INEXISTENTE. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO. PROPORCIONALIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. DIREITO AO REGIME MENOS GRAVOSO. SÚMULAS 718 E 719 DO STF E SÚMULA 440 DO STJ.

.....
4. O aumento da pena-base pela reincidência é medida prevista na lei penal e não ofende a individualização da reprimenda, não havendo que se falar em ofensa ao princípio do ne bis in idem.

5. O legislador não previu fração mínima e máxima de redução ou aumento da pena, em virtude da aplicação de atenuantes e agravantes, cabendo ao magistrado sopesar o quantum a ser reduzido ou aumentado, segundo a análise do caso concreto, observado o princípio da proporcionalidade e a necessidade de motivação.

6. No caso, embora o magistrado tenha acrescido a reprimenda, em razão da reincidência, apenas de 3 (três) meses, o Tribunal de origem aplicou a fração de 1/6 sem proceder a qualquer fundamentação.

7. Para a exasperação do regime fixado em lei é necessária motivação idônea. Deve ser estabelecido o regime semiaberto ao réu primário, com circunstâncias judiciais favoráveis e sanção inferior a 8 anos, diante da falta de fundamentação para a imposição de regime mais gravoso. Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n.º 440 deste Superior Tribunal de Justiça.

8. Ordem parcialmente concedida para reduzir a pena imposta a Marcos Canuto para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime semiaberto, e 13 (treze) dias-multa, e a de Paulo Canuto para 6 (seis) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime fechado, e 14 (quatorze) dias-multa. Ficam preservados os demais termos do acórdão.

(HC 113.045/SP, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 15.6.2011)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. DOSIMETRIA DA PENA. ROUBO MAJORADO. RECONHECIMENTO DA PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REINCIDÊNCIA CONFIGURADA. ROUBO QUALIFICADO. FRAÇÃO DE AUMENTO DA PENA JUSTIFICADA NA QUANTIDADE DE MAJORANTES. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 443/STJ. REGIME PRISIONAL FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

.....
IV. Evidenciado que o acusado foi condenado anteriormente por outro delito de roubo, resta configurada a reincidência, não havendo que se falar em inconstitucionalidade do instituto, tampouco em bis in idem.

V. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, a majoração da pena acima do mínimo legal (um terço) deve estar fundamentada em circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de causas de aumento presentes no caso em análise. Incidência da Súmula n.º 443/STJ

VI. Com a determinação de que nova dosimetria da pena seja realizada, resta prejudicado o pleito de abrandamento do regime prisional fixado ao réu, consignando-se, contudo, que, tendo a pena-base sido aplicada acima do mínimo legal, em razão de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, e sendo o mesmo reincidente, não se verifica, em princípio, constrangimento ilegal na fixação do regime prisional fechado.

VII. Deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como a sentença condenatória, somente no tocante à dosimetria da pena imposta ao réu, para que o magistrado singular, afastando-se a motivação referente à quantidade de qualificadoras do delito de roubo, fundamente eventual aumento da fração acima do mínimo legal.

VIII. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido de ofício, nos termos do voto do relator.

(HC 163.065/SP, Relator Ministro Gilson Dipp, DJe 14.10.2011)

No que se refere à agravante de aumento de pena, entendo que melhor sorte lhe assiste.

Por não ter o Código Penal estabelecido balizas para o agravamento e atenuação das penas, na segunda fase de sua aplicação, a doutrina e jurisprudência



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

têm entendido que esse aumento ou diminuição deve se dar em até 1/6 (um sexto), atendendo a critérios de proporcionalidade.

A esse respeito:

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ACRÉSCIMO DESPROPORCIONAL. EXASPERAÇÃO DA PENA EM 1/2 (METADE) COM BASE UNICAMENTE NO NÚMERO DE CIRCUNSTÂNCIAS MAJORANTES.

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

2. Consoante a jurisprudência cristalizada neste Superior Tribunal de Justiça, é indevida a exasperação levada a efeito acima do patamar mínimo com esteio unicamente na alusão ao número de majorantes do roubo.

3. Ordem concedida.

(HC 160.645/RJ, de minha relatoria, DJe 9.11.2011)

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ACRÉSCIMO ACIMA DE 1/6. FUNDAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Embora a lei não preveja percentuais mínimo e máximo de majoração da pena por circunstâncias agravantes previstas na parte geral do Código Penal, a jurisprudência desta Corte tem se inclinado no sentido de que o incremento da pena em fração superior a 1/6, pela incidência da agravante da reincidência, deve ser devida e concretamente fundamentada, sob pena de ilegal constrangimento.

Precedentes.

2. Ordem concedida para reduzir a exasperação da pena, pela reincidência, em 1/6, ficando a reprimenda redimensionada em 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa.

(HC 147.840/RJ, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 26.9.2011)

Na hipótese, observo que o julgador efetuou o aumento de pena em 1/5 (um quinto), sem apresentar qualquer fundamento concreto para justificar sua fixação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acima do patamar mínimo. Assim, há constrangimento que merece ser corrigido.

A sanção deve ser redimensionada, o que passo a fazer desde já.

Na primeira etapa, mantenho a pena-base – observados dos critérios estabelecidos na origem – em 5 (cinco) anos de reclusão, mais 50 (cinquenta) dias-multa.

Na segunda etapa, não há circunstância atenuante. Presente a agravante da reincidência, aumento a reprimenda em 1/6 (um sexto), alcançando em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 58 (cinquenta e oito) dias-multa.

Na terceira etapa não há causas de diminuição ou aumento da pena.

Considerando a quantidade de pena aplicada e também o reconhecimento da agravante da reincidência, entendo que deve ser mantido o regime fechado para o início da expiação.

Ante o exposto, concedo parcialmente a ordem para, diminuindo a 1/6 (um sexto) a exasperação decorrente da agravante da reincidência, fixar a reprimenda imposta ao paciente em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 58 (cinquenta e oito) dias-multa. Mantido o regime prisional.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0112666-7

HC 176.709 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50080400655 8052008 990091586781

EM MESA

JULGADO: 22/03/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. PAULO EDUARDO BUENO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RAFAEL FOLADOR STRANO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXANDRE CRUZ DE AGUIAR

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, concedeu parcialmente 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.