



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 237.782 - SP (2012/0065038-4)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DANIEL ROBERTO DE SOUZA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARINA QUARTUCCI SILVINO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. INQUIRIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS. INVERSÃO DA ORDEM PREVISTA NO ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS INAPLICÁVEL. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA RECONHECIDA. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO, NO ÂMBITO DO *WRIT*. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDA.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. Conforme a orientação deste Superior Tribunal de Justiça, a inquirição das testemunhas pelo Juiz antes que seja oportunizada a formulação das perguntas às partes, com a inversão da ordem prevista no art. 212 do Código de Processo Penal, constitui nulidade relativa. Assim, sem a demonstração do prejuízo, nos termos exigidos pelo art. 563 do mesmo *Codex*, não se procede à anulação do ato. No caso, não restou demonstrada, a partir dos documentos constantes dos autos, a ocorrência de prejuízo concreto à Paciente decorrente da pretensa nulidade.

4. Por se tratarem de condutas autônomas e tipos penais distintos, não há *bis in idem* na aplicação da causa de aumento da pena do art. 40, inciso VI, da Lei n.º 11.343/06, concomitantemente aos crimes de tráfico e de associação para o tráfico de drogas. Do mesmo modo, é cabível a aplicação da majorante de o crime envolver ou visar a atingir criança ou adolescente em delito de associação para o tráfico de drogas com menor de idade. Precedentes.

5. Inaplicável a causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006 na hipótese, na medida em que, conforme consignado pela sentença condenatória, mantida pelo acórdão de apelação impugnado, a ré não preenche os requisitos legais, tendo em vista se dedicar à atividade criminosa.

6. Ordem de *habeas corpus* não conhecida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Brasília (DF), 05 de agosto de 2014 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 237.782 - SP (2012/0065038-4)

IMPETRANTE : DANIEL ROBERTO DE SOUZA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARINA QUARTUCCI SILVINO (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de CARINA QUARTUCCI SILVINO em face de acórdão proferido, em sede de apelação, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que a ora Paciente, nos autos do processo n.º 1263/09, foi acusada de, no dia 11 de outubro de 2009, juntamente com um menor, ter em depósito porções de maconha e cocaína-crack, embaladas para fornecer a terceiros.

Restou condenada pelo Juízo da Segunda Vara Criminal da Comarca de Avaré/SP às penas de 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, c.c. o art. 40, inciso VI, ambos da Lei n.º 11.343/2006, e 03 (três) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão e 840 (oitocentos e quarenta) dias-multa, como incurso no art. 35, *caput*, c.c. o art. 40, inciso VI, ambos do mesmo Diploma Legal, na forma do art. 69 do Código Penal.

A Terceira Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu parcial provimento ao apelo defensivo para, rejeitando a preliminar de nulidade, tão somente reduzir as penas da Ré CARINA QUARTUCCI SILVINO para 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, pelo tráfico; e 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 816 (oitocentos e dezesseis) dias-multa, pela associação.

Alega o Impetrante *"que a r. decisão acima destacada causou evidente constrangimento ilegal à Paciente, pretendendo-se, pois, com o presente remédio constitucional a anulação da audiência de instrução por expressa violação do artigo 212 do Código de Processo Penal (sistema cross examination), bem como o afastamento da causa de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso VI, da Lei 11. 343/2006, e o reconhecimento da causa de diminuição da sanção penal do artigo 33, § 4.º, do referido diploma legal, estabelecendo-se o regime inicial aberto e/ou semiaberto e convertendo-se a pena corporal em duas restritivas de direito [...]" (fl. 02).*

Pede, assim, a concessão da ordem, inclusive em liminar, para *"a) decretar a nulidade do processo desde a audiência de instrução e julgamento, e de todos os atos*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

processuais subsequentes, por ausência de observância do devido processo legal (artigo 212 do CPP); b) afastar a causa de aumento da pena, na terceira fase, em razão do suposto envolvimento do adolescente nas infrações de tráfico e associação; c) a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas" (fl. 14).

O pedido liminar foi indeferido, nos termos da decisão de fls. 93/94.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 102/211, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 215/224, opinando pela denegação da ordem de *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 237.782 - SP (2012/0065038-4)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. INQUIRição DAS TESTEMUNHAS. INVERSÃO DA ORDEM PREVISTA NO ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE TÓXICOS INAPLICÁVEL. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA RECONHECIDA. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO, NO ÂMBITO DO *WRIT*. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDA.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. Conforme a orientação deste Superior Tribunal de Justiça, a inquirição das testemunhas pelo Juiz antes que seja oportunizada a formulação das perguntas às partes, com a inversão da ordem prevista no art. 212 do Código de Processo Penal, constitui nulidade relativa. Assim, sem a demonstração do prejuízo, nos termos exigidos pelo art. 563 do mesmo *Codex*, não se procede à anulação do ato. No caso, não restou demonstrada, a partir dos documentos constantes dos autos, a ocorrência de prejuízo concreto à Paciente decorrente da pretensa nulidade.

4. Por se tratarem de condutas autônomas e tipos penais distintos, não há *bis in idem* na aplicação da causa de aumento da pena do art. 40, inciso VI, da Lei n.º 11.343/06, concomitantemente aos crimes de tráfico e de associação para o tráfico de drogas. Do mesmo modo, é cabível a aplicação da majorante de o crime envolver ou visar a atingir criança ou adolescente em delito de associação para o tráfico de drogas com menor de idade. Precedentes.

5. Inaplicável a causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006 na hipótese, na medida em que, conforme consignado pela sentença condenatória, mantida pelo acórdão de apelação impugnado, a ré não preenche os requisitos legais, tendo em vista se dedicar à atividade criminosa.

6. Ordem de *habeas corpus* não conhecida.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Não se desconhece que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao **recurso ordinário**, nas hipóteses em que esse último é cabível. Isso porque a competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal trata-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

Não obstante, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por ambas as Turmas, não tem admitido a extensão desse entendimento aos casos de *writ* substitutivo de recurso especial (HC 115715, Rel. Min. ROSA WEBER, Relator(a) p/ acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 11/06/2013, DJe-179 PUBLIC 12-09-2013; RHC 117845, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 10/09/2013, DJe-197 PUBLIC 07-10-2013; HC 113690, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 25/09/2012, DJe-197 PUBLIC 08-10-2012).

Diante disso, embora reconheça a ocorrência de abuso na utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, vinha persistindo no conhecimento do *writ* em tais casos, por cautela, até o final posicionamento da Suprema Corte.

Porém, vencida nesta colenda Quinta Turma (HC 266.835/SP e HC 274.618/SP, julgados em 21/11/2013), razão a que me curvo ao entendimento majoritário, para, ressalvado meu posicionamento pessoal, não conhecer do *habeas corpus* substitutivo do recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

No caso, a Paciente foi presa em flagrante, no dia 11 de outubro de 2009, e condenada como incurso nos crimes do art. 33 e 35, c.c. art. 40, inciso VI, da Lei n.º 11.343/06, porque, juntamente com um menor, mantinha em depósito um porção de 1.36g "maconha" e 15,90g "cocaína-crack", embaladas em 24 porções, para fornecer a terceiros.

Após o acórdão impugnado redimensionar sua pena, restou a ré condenada à definitivamente à pena total em 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, mais 1.399 (mil trezentos e noventa e nove) dias-multa.

No presente *writ* substitutivo, busca o Impetrante a concessão da ordem para "**a) decretar a nulidade do processo desde a audiência de instrução e julgamento, e de todos os atos processuais subsequentes, por ausência de observância do devido processo legal**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(artigo 212 do CPP); **b) afastar a causa de aumento da pena, na terceira fase, em razão do suposto envolvimento do adolescente nas infrações de tráfico e associação; c) a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas**" (fl. 14).

Passo à análise dos fundamentos da impetração:

a) Nulidade do processo desde a audiência de instrução e julgamento

No caso do ponto, o Tribunal de origem, quanto ao tema *sub judice*, asseverou o seguinte:

"Não merece acolhimento a questão prejudicial aventada.

Consoante bem assinalado na resposta recursal, "é sabido que a substituição do sistema presidencial pelo método acusatório visa propiciar que a prova oral seja colhida de forma mais eficaz, uma vez que possibilita o exame direto e cruzado do contexto das declarações colhidas.

Não se pode olvidar que a inquirição de testemunhas em desacordo com tal sistemática afronta os princípios informadores do devido processo legal. No entanto, tal ocorrência não leva, automaticamente, à declaração de nulidade do ato.

*O artigo 563 do CPP estabelece o princípio *pás de nulité sans grief*: nenhum ato será declarado nulo se a nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou defesa.*

Consequentemente, não demonstrado prejuízo, a inversão da ordem das perguntas previstas no artigo 212 do CPP não enseja nulidade.

No caso em tela, ainda que no curso da audiência de instrução e julgamento o método acusatório não tenha sido observado, o advogado não manifestou seu inconformismo. Ao contrário, anuiu à realização nos moldes do antigo sistema.

Portanto, em que pese a irregularidade apontada, não houve prejuízo ao apelante, não havendo que se falar em nulidade." (fls. 81/82)

De fato, conforme a orientação deste Superior Tribunal de Justiça, a inquirição das testemunhas pelo Juiz antes que seja oportunizada a formulação das perguntas às partes, com a inversão da ordem prevista no art. 212 do Código de Processo Penal, constitui nulidade relativa. Assim, inexistindo a demonstração do prejuízo, nos termos exigidos pelo art. 563 do mesmo *Codex*, não se procede à anulação do ato.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PARCIALIDADE DO JUIZ. NÃO CONFIGURAÇÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. INTIMAÇÃO DO ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DA PRONÚNCIA. LEGALIDADE. INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS. INVERSÃO DA ORDEM DO ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DEMONSTRADO. EXCESSO DE LINGUAGEM. INEXISTÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO NOS TERMOS DOS ARTS. 408 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E 93, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. O fato de o Juiz, a partir das provas constantes dos autos, ter proferido decisões desfavoráveis ao Paciente (decreto de prisão temporária e sua posterior conversão em preventiva, além da própria pronúncia), não afeta sua imparcialidade e, muito menos, torna nulo o processo.

2. Não há previsão legal de que a intimação do Réu ocorra após o escoamento do prazo recursal para o Ministério Público, mesmo porque o contraditório, na fase recursal, não é feito pela interposição de outro recurso contra a mesma decisão, mas pelo oferecimento de resposta ou contrarrazões às razões recursais oferecidas pela parte adversa.

3. A inquirição das testemunhas pelo Juiz antes que seja oportunizado às partes a formulação das perguntas, com a inversão da ordem prevista no art. 212 do Código de Processo Penal, constitui nulidade relativa. Sendo assim, sem a demonstração do prejuízo, nos termos exigidos pelo art. 563 do mesmo Estatuto, não se procede à anulação do ato.

4. A prolação da decisão de pronúncia exige a explicitação suficiente dos fundamentos que levaram o magistrado a assim decidir, em observância ao disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal. Com efeito, a teor do disposto no art. 408 do Código de Processo Penal, faz-se necessária a exposição detida das razões de convencimento do julgador a respeito da materialidade e dos indícios de autoria da conduta delitiva (justa causa).

4. No caso, o Magistrado Singular limitou-se a demonstrar, de forma comedida, a justa causa para submeter o ora Paciente a julgamento pelo Tribunal do Júri, sem incorrer no vício do excesso de linguagem. Precedentes.

5. Ordem denegada." (HC 180787/GO, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 14/02/2011.)

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. LEI Nº 11.690/08. INTERPRETAÇÃO DO ART. 212 DO CPP. INVERSÃO NA ORDEM DE FORMULAÇÃO DE PERGUNTAS. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

1. A Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, alterou a redação do art. 212 do Código de Processo Penal, passando-se a adotar o procedimento do direito norte-americano, chamado cross-examination, no qual as testemunhas são questionadas diretamente pela parte que as arrolou, facultada à parte contrária, a seguir, sua inquirição (exame direto e cruzado), e ao juiz os esclarecimentos remanescentes e o poder de fiscalização.

2. A nova lei objetivou não somente simplificar a colheita de provas, mas procurou, principalmente, garantir mais neutralidade ao magistrado e conferir maiores responsabilidades aos sujeitos parciais do processo penal, que são, na realidade, os grandes interessados na produção da prova.

3. No caso, observa-se que o juiz primeiro grau concedeu às partes a oportunidade de questionar as testemunhas diretamente. A ausência dessa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fórmula gera nulidade absoluta do ato, pois se cuida de regramento jurídico cogente e de interesse público.

4. Entretanto, ainda que se admita que a nova redação do art. 212 do Código de Processo Penal tenha estabelecido uma ordem de inquiridores de testemunhas, à luz de uma interpretação sistemática, a não observância dessa regra pode gerar, no máximo, nulidade relativa, por se tratar de simples inversão, dado que não foi suprimida do juiz a possibilidade de efetuar as suas perguntas, ainda que subsidiariamente, para o esclarecimento da verdade real, sendo certo que, aqui, o interesse protegido é exclusivo das partes.

5. Não se pode olvidar, ainda, o disposto no art. 566 do CPP: Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.

6. Recurso ordinário a que se nega provimento. (RHC 27.555/PR, 6.^a Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 9/8/2010.)

Conforme bem salientou o douto parecer ministerial, a Defesa "não logrou demonstrar o gravame que lhe foi causado em decorrência da inquirição de testemunhas diretamente pelo magistrado, tampouco demonstrou como a prática influuiu na apuração da verdade substancial" (fls. 220). Nesse contexto, não há nulidade a ser declarada.

A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. INVERSÃO DA ORDEM DE INQUIRIÇÃO DAS TESTEMUNHAS. ARTIGO 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ARGUIÇÃO DE NULIDADE. PREJUÍZO. DEMONSTRAÇÃO. AUSÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO.

I – Não é de se acolher a alegação de nulidade em razão da não observância da ordem de formulação de perguntas às testemunhas, estabelecida pelo art. 212 do CPP, com redação conferida pela Lei 11.690/2008. Isso porque a a defesa não se desincumbiu do ônus de demonstrar o prejuízo decorrente da inversão da ordem de inquirição das testemunhas.

II – Esta Corte vem assentando que a demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que "(...) o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades pas de nullité sans grief compreende as nulidades absolutas" (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie). Precedentes.

III – A decisão ora questionada está em perfeita consonância com o que decidido pela Primeira Turma desta Corte, ao apreciar o HC 103.525/PE, Rel. Min. Cármen Lúcia, no sentido de que a inobservância do procedimento previsto no art. 212 do CPP pode gerar, quando muito, nulidade relativa, cujo reconhecimento não prescinde da demonstração do prejuízo para a parte que a suscita.

IV – Recurso improvido." (STF, RHC 110.623/DF, 2.^a Turma, Rel.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 26/03/2012.)

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. INSTRUÇÃO CRIMINAL. INQUIRIRÇÃO DIRETA DAS TESTEMUNHAS PELO MAGISTRADO. FACULDADE CONCEDIDA AO DEFENSOR. NULIDADE NÃO ARGÜIDA NO MOMENTO OPORTUNO. INFLUÊNCIA DAS RESPOSTAS DAS TESTEMUNHAS NA FORMAÇÃO DA VERDADE SUBSTANCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE AVALIAÇÃO SEM INCURSÃO NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. NULIDADE RELATIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

I. Na hipótese, as instâncias ordinárias asseveraram que foi oportunizado ao defensor da acusada inquirir diretamente as testemunhas, mas que ele não se valeu dessa faculdade, nem tampouco se insurgiu quanto à nulidade apontada neste writ no momento adequado, qual seja, logo após a colheita da prova.

II. A incursão no terreno da apuração da verdade substancial demanda análise do conjunto fático-probatório, pois não há como saber se houve influência na apuração da verdade substancial sem avaliar, por exemplo, o conteúdo das perguntas feitas pelo magistrado às testemunhas. Tal análise não pode ser realizada em sede de habeas corpus.

III. Esta Corte vem decidindo que a inquirição direta das testemunhas pelo Juiz, com a inversão da ordem prevista no art. 212 do Código de Processo Penal, não causa constrangimento ilegal ao acusado por configurar, no máximo, uma nulidade relativa e, por consequência, não se procede à anulação do ato.

IV. Ordem denegada." (STJ, HC 166.527/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe de 08/06/2011.)

b) Causa de aumento da pena do art. 40, inciso VI, da Lei n.º 11.343/06

No ponto, afirma o Impetrante que há *bis in idem* em sua aplicação tanto para o crime de tráfico quanto para a associação para o tráfico de drogas.

Sustenta, em suma, que a participação do menor foi utilizada para configurar a associação para o tráfico e para agravar a pena aplicada pelos arts. 33 e 35 da Lei de Drogas, não podendo ser apenada triplamente pelo mesmo fato.

Tal argumento foi afastado pela aresto vergastado, nos seguintes termos:

"3.2. o artigo 40, inciso VI, da Lei n.º 11.343/06, preceitua que as sanções cominadas nos artigos 33 a 37 serão exasperadas se a prática do delito "envolver ou visar a atingir criança ou adolescente (...)"- grifo nosso. Objetiva a Lei de Drogas punir com maior rigor o traficante que age em conluio com incapazes por menoridade, ou os vitimiza.

Na espécie vertente, e relativamente aos dois crimes, referida causa de aumento restou sobejamente demonstrada, tendo em vista que **Carina** se valia do auxílio do irmão Welington Quartucci Silvino, menor de 18 anos à época dos fatos, para a prática das repugnantes atividades.

Não se há falar em **bis indem**. Tome-se, por exemplo, um indivíduo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que pratica roubo qualificado pelo concurso de pessoas. Na hipótese de a infração patrimonial ter sido perpetrada em conluio com um menor, terá ele incorrido **também** no artigo 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente (com as alterações trazidas pela Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009), e por isso responderá pelas duas infrações: roubo praticado em comparsaria e corrupção de menores, sem que se cogite de dupla punição pelo mesmo fato;

3.3. o caso é de claríssima atividade criminosa que se amolda à perfeição à figura típica do artigo 35 da Lei nº 11.343/06. Sobre ser irrelevante para a caracterização do crime em questão o liame associativo duradouro, o policial militar Jefferson Nunes Donini de Aguiar realçou, em Juízo, que no momento da abordagem **Carina** "admitiu" que "comercializava drogas juntamente com o irmão, o qual era usuário e também a auxiliava na venda da droga" (fls. 133);

[...]

Contudo, por força da causa de aumento prevista no inciso VI do artigo 40 da Lei nº 11.343/06, mais justo e sensato o incremento na fração de 1/6 (e não 1/5)." (fls. 85/87)

Como bem ressaltou o acórdão acima transcrito, por se tratarem de condutas autônomas e tipos penais distintos, não há *bis in idem* na aplicação da causa de aumento da pena do art. 40, inciso VI, da Lei n.º 11.343/06, concomitantemente aos crimes de tráfico e de associação para o tráfico de drogas.

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 de um mesmo crime.

Nos exatos termos do parecer da Subprocuradoria-Geral da República, "não há configuração de *bis in idem* porque a incidência da majorante ocorre na terceira fase do cálculo da reprimenda para cada crime, ambos suscetíveis à sua aplicação. Embora as penas, para fins de execução, venha a ser unificadas, decorrem de condutas diversas, com cálculos igualmente distintos" (fl. 220).

Do mesmo modo, corretamente explicou o acórdão impugnado que é cabível a aplicação da majorante de o crime envolver ou visar a atingir criança ou adolescente em delito de associação para o tráfico de drogas com menor de idade.

A propósito, confira-se a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, em casos análogos:

"HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO POR TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO QUANTO AO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 35 DA LEI 11.343/2006. ESTABILIDADE RECONHECIDA PELAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. ART. 40, IV, DA LEI N. 11.343/06. EXCLUSÃO OU APLICAÇÃO NA FRAÇÃO MÍNIMA. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. APONTADO BIS IN IDEM. APLICAÇÃO EM RELAÇÃO AOS DELITOS DE ASSOCIAÇÃO E TRÁFICO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. POSSIBILIDADE. CRIMES AUTÔNOMOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Inviável a incidência da menor fração legalmente prevista relativa à majorante prevista no inciso IV do art. 40 da Lei n.º 11.343/06 - tráfico de drogas cometido com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva -, pois restou comprovado que foram encontradas em poder da associação duas pistolas, três granadas, uma escopeta, munições e explosivos, circunstâncias que bem revelam a impossibilidade de aplicação da menor fração prevista em lei.

2. **Não se verifica, no caso em apreço, a ocorrência do alegado bis in idem diante da aplicação da causa de aumento prevista no art. 40, inciso IV, da Lei nº 11.343/06 aos delitos de associação - previsto no art. 35 da Lei de Drogas - e de tráfico de substância entorpecente - disposto no art. 33 da mesma legislação -, porquanto cuidam-se de crimes autônomos, cujas penas são fixadas e calculadas de forma separada, de tal sorte que o próprio artigo retromencionado autoriza a elevação da reprimenda na terceira fase da fixação da pena no montante de um sexto a dois terços em relação a quaisquer dos crimes relacionados entre os arts. 33 e 37 da legislação em apreço.**

[...]" (HC 183.441/RJ, 5.ª Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 02/09/2011.)

"PENAL. RECURSO ESPECIAL. ARTS. 12 E 18, INCISO III, AMBOS DA LEI Nº 6.368/76 (ANTIGA LEI DE DROGAS) E ART. 1º DA LEI Nº 2.252/54. APLICAÇÃO DA MAJORANTE DA ASSOCIAÇÃO EVENTUAL PARA O TRÁFICO E CONDENAÇÃO NO DELITO DE CORRUPÇÃO DE MENORES. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. CRIME DE PERIGO. CONCURSO EVENTUAL DE AGENTES. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. ABOLITIO CRIMINIS. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

I - Não se verifica a ocorrência de bis in idem no caso de aplicação da revogada majorante de associação eventual para o tráfico e a condenação pelo delito de corrupção de menores.

II - O crime previsto no art. 1º da Lei nº 2.252/54 é de perigo, sendo despicienda a demonstração de efetiva e posterior corrupção penal do menor. (Precedentes).

II - A norma insculpida no art. 1º da Lei nº 2.252/54, uma dentre tantas que se destinam à proteção da infância e da juventude, tem por objetivo que os maiores não pratiquem, em concurso com menores, infrações penais e que, também, não os induzam a tanto. Exigências adicionais para a tipificação são extra-legais e até esbarram no velho brocado commodissimum est, id accipi, quo res de qua agitur, magis valeat quam pereat. ("Prefira-se a inteligência dos textos que torne viável o seu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

objetivo, ao invés da que os reduz à inutilidade").

II - A nova lei de Tóxicos (Lei nº 11.343/06) não prevê o concurso eventual de agentes como causa de aumento de pena. Dessa forma, forçoso reconhecer abolitio criminis em relação à majorante prevista no art. 18, inciso III, da Lei nº 6.368/76.

Recurso provido.

Habeas corpus concedido de ofício, para afastar a incidência da causa de aumento prevista no art. 18, inciso III, da Lei nº 6.368/76." (REsp 1027109/SC, 5.ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 16/02/2009.)

c) Causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de

Drogas

A Corte paulista deixou de aplicar minorante com a seguinte justificativa:

*"No caso sob exame, a atuação da increpada com nítido intuito lucrativo desautorizava, sem dúvida, a causa de diminuição agasalhada, sobretudo diante dos veementes indícios de que **Carina** exercia a traficância **profissionalmente** - ilação que deflui da diversidade e expressiva quantidade de narcóticos apreendidos, não se olvidando também que na residência da apelante foram localizados invólucros plásticos comumente utilizados para acondicionamento de droga e uma balança de precisão." (fl. 85)*

Nessa linha, inaplicável a causa de diminuição de pena inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que, conforme consignado pelo acórdão atacado, a ré não preenche os requisitos legais, tendo em vista se dedicar à atividade criminosa.

Ressalte-se não ser possível afastar o entendimento exarado pela instância ordinária, soberana em matéria de prova, pois demandaria um exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se afigura cabível na via estreita do *writ*.

Ora, são requisitos para que o condenado faça jus à causa de diminuição de pena ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas, o que incorre na espécie.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ART. 42 DA LEI 11.343/06. NATUREZA E QUANTIDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. SÚMULA N.º 231/STJ. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI DE TÓXICOS. IMPOSSIBILIDADE. REINCENTE ESPECÍFICO. TRANSNACIONALIDADE VERIFICADA. PACIENTE DETIDO NO AEROPORTO INTERNACIONAL DE GUARULHOS/SP PRESTES A EMBARCAR PARA A ÁFRICA DO SUL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRIVATIVA DE LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL NÃO PREENCHIDOS. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. PEDIDO PREJUDICADO. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESTA PARTE, DENEGADA.

1. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas.

2. Na hipótese, a pena-base do delito imputado ao Paciente foi fixada acima do mínimo legal também, porque as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal foram consideradas, no caso concreto, desfavoráveis ao Apenado.

3. "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal." (Súmula 231 desta Corte)

4. A incidência da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06 em seu grau máximo de redução (2/3), igualmente, não deve ser acolhido, pois o Paciente é reincidente específico.

5. Quanto à transnacionalidade do tráfico, o entendimento firmado neste Superior Tribunal é no sentido de que, para sua caracterização, basta apenas que a operação vise a difusão da droga no exterior, com sua apreensão ainda no aeroporto, antes do efetivo embarque.

6. O Paciente não preenche os requisitos do art. 44 do Código Penal, quer porque a pena definitiva foi fixada acima de 04 (quatro) anos de reclusão, quer porque reincidente específico no crime de tráfico internacional de entorpecentes.

7. Evidenciado o trânsito em julgado da ação penal, resta prejudicado o pleito de recorrer em liberdade.

8. Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, denegada." (HC 123.699/SP, 5.ª Turma, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe de 22/11/2010.)

Desse modo, não se constata, na hipótese, ilegalidade flagrante que permita a concessão do remédio constitucional de ofício.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO da ordem de *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0065038-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 237.782 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 100582820098260073 12632009 990103233395

EM MESA

JULGADO: 05/08/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MOURA RIBEIRO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DANIEL ROBERTO DE SOUZA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : CARINA QUARTUCCI SILVINO (PRESO)

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 QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

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