



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 187.241 - SP (2010/0186373-1)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : JOSÉ PEDRO SAID JÚNIOR E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANTONIO DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PENAS-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA. CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, INCISO VI, DA LEI Nº 11.343/06. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. PRÁTICA DELITUOSA ENVOLVENDO ADOLESCENTE. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. DELITOS AUTÔNOMOS. ORDEM DENEGADA.

1. Na espécie, não se vislumbra manifesto constrangimento ilegal a ser reconhecido, porquanto o Colegiado estadual adotou fundamentos concretos para justificar a exasperação das penas-base dos delitos de tráfico e associação para o tráfico acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o *quantum* imposto para cada delito, tendo em vista a expressiva quantidade de substância entorpecente apreendida - 644 kg de maconha - a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/06.

2. Não há ilegalidade a ser sanada no tocante à aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso VI, da Lei Antitóxicos, porquanto os delitos ocorreram com a participação de adolescente, o que demonstra o alto grau reprovabilidade das condutas, razão pela qual as reprimendas foram aumentadas em 1/6, consoante dispõe o mencionado artigo.

3. Outrossim, não há que se falar em ofensa ao princípio do *non bis in idem* em decorrência da elevação da pena-base de ambos os delitos em razão da quantidade da droga apreendida, bem como pela incidência da majorante prevista no art. 40, inciso VI, da Lei Antidrogas, para aumentar a pena do tráfico de entorpecentes (art. 33 da Lei nº 11.343/06) e da associação para o tráfico (art. 35 da Lei nº 11.343/06), haja vista que tratam-se de delitos autônomos, cujas penas devem ser calculadas e fixadas separadamente. Com efeito, é o próprio art. 40 que determina a exasperação da reprimenda, na 3ª fase da dosimetria, no patamar de 1/6 a 2/3, em relação a quaisquer dos delitos previstos nos arts. 33 a 37 do referido diploma legal.

4. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 12 de junho de 2012(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 187.241 - SP (2010/0186373-1)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : JOSÉ PEDRO SAID JÚNIOR E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANTONIO DA SILVA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de ANTONIO DA SILVA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação nº 990.10.087167-6).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 7 (sete) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, pela prática do delito descrito no art. 33 c.c art. 40, inciso VI, ambos da Lei nº 11.343/06, e à pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, pela prática do delito previsto no art. 35 c.c art. 40, inciso VI, do mesmo diploma legal, em regime inicial fechado. Confirma-se o teor do édito condenatório, no que interessa:

Passo, então, a dosimetria da pena.

O preceito secundário do artigo 33 da lei prevê pena em abstrato entre 5 a 15 anos e pagamento de 500 a 1500 dias-multa.

Nos termos do artigo 42 da Lei 11.343/06 que dispõe que o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social, a pena base deverá ser fixada acima do mínimo legal. Justifica-se pela grande quantidade de maconha - 644 quilos a pena, portanto, será fixada 1/3 acima do mínimo legal, em 6 anos e 8 meses de reclusão e 666 dias-multa.

O fato de pertencerem a organização criminosa impedirá de serem beneficiados com a causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de tóxicos.

(...)

Há uma causa de aumento disposto no artigo 40, VI, sendo assim, aumento-lhes a pena em 1/6, resultando em 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão e 777 dias-multa (...).

Houve associação dos acusados para a prática do crime. Dispõe o artigo 35 da Lei nº. 11.343/06, pena em abstrato entre 3 a 10 anos de reclusão e pagamento de 700 a 1.200 dias-multa.

As circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal não são desfavoráveis aos acusados, motivo pelo qual fixo a pena no mínimo legal, em 3 anos de reclusão e 700 dias-multa.

A prática do crime envolveu uma adolescente. A pena deverá ser aumentada no mínimo legal, 1/6, resultará, portanto, a pena de 3 anos e 6 meses de reclusão e 816 dias-multas.

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Fixo o regime da pena de reclusão no regime inicialmente fechado.

Os acusados não poderão apelar em liberdade, tendo em vista estarem presentes os requisitos da prisão preventiva, mormente a garantia da ordem pública e aplicação da lei penal. Não sendo cabível, que após responder ao processo preso e condenado, venha a ser solto apenas para aguardar o trânsito em julgado da sentença condenatória.

DECIDO.

Isto posto, julgo PARCIALMENTE PROCEDENTE a denúncia e o faço para condenar os réus:

(...)

c) ANTONIO DA SILVA a pena de 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão e 777 dias-multa, pela prática do crime previsto no artigo 33 c.c. artigo 40, VI, da Lei 11.343/06 e a pena de 3 anos e 6 meses de reclusão e 816 dias-multas, pela prática do crime previsto no artigo 35 c.c. artigo 40, VI, da mesma lei;

(...)

O regime inicial de cumprimento das penas será o fechado (fls. 19/21).

Irresignados, a Defesa e o Ministério Público interpuseram recurso de apelação. O Tribunal *a quo* negou provimento ao apelo defensivo e deu provimento ao recurso ministerial, nos seguintes termos:

Relativamente às reprimendas impostas, foco do inconformismo ministerial, a r. sentença demanda reparo.

Inicialmente, verifica-se que, tendo em vista a expressiva quantidade de droga apreendida (644 kg - seiscentos e quarenta e quatro quilogramas - de maconha), as penas base de ambos os delitos foram fixadas com acréscimo de apenas 1/3 (um terço). Contudo, resta clara a desproporção da resposta estatal aos graves delitos perpetrados pelos acusados, devendo, portanto, ser duplicadas as penas bases, restando, para o delito de tráfico, as penas de **dez anos de reclusão** e um mil dias-multa, e, para o crime associação para o tráfico, **seis anos de reclusão** e um mil e duzentos dias-multa.

(...)

Na derradeira etapa do sistema trifásico, diante da majorante do artigo 40, inciso VI, mantém-se a fração de aumento de 1/6 (um sexto), estabelecendo-se as sanções, (...) dos acusados **Edilson, Antônio e Adércio**, em **onze** anos e oito meses de reclusão, e um mil, cento e sessenta e **seis dias-multa**, para o delito de tráfico, e **sete anos de reclusão e um mil seiscentos e sessenta e três dias-multa**, no valor unitário mínimo, atualizado, para o crime de associação para o tráfico.

Inviável, a esta altura, a aplicação do redutor do § 4º do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, em virtude da comprovada associação dos agentes para a prática do tráfico ilícito de drogas, em larga escala, evidenciando inequívoca dedicação dos acusados à criminalidade.

Finalmente, quanto ao regime prisional impositivo à espécie, insta manter-se a modalidade inicial fechada, em consonância com o artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

Diante do exposto, rejeitadas as preliminares, **nega-se provimento** aos apelos defensivos, e **dá-se provimento** ao inconformismo ministerial, a fim



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de **majorar** as penas impostas (...) a (...) **ANTÔNIO DA SILVA**, pelo crime de tráfico de drogas, para **onze anos e oito meses de reclusão**, em regime inicial fechado, e **pagamento de um mil, cento e sessenta e seis dias-multa**, no valor unitário mínimo, atualizado; e, pelo delito de associação para o tráfico, para **sete anos de reclusão e um mil seiscentos e sessenta e três dias-multa**, no valor unitário mínimo, atualizado, mantendo-se, no mais, a r. sentença (fls. 44/46).

Daí o presente *mandamus*, no qual os impetrantes alegam que as penas impostas ao paciente devem ser redimensionadas, porquanto fixadas sem observância do princípio da individualização das penas.

Aduzem que "alguns dos denunciados no processo de origem eram reincidentes e portavam maus antecedentes, todavia todos tiveram a pena base fixada no mesmo patamar, tudo em razão do montante da droga retida" (fl. 6).

Argumentam que "a aplicação da pena deveria levar em consideração a circunstância de cada indivíduo, além da participação de maior ou menor importância no transporte, compra, venda, destino, contatos etc..., referentes à droga" e que "não poderia ser dobrada para fixação da base de cálculo de outras circunstâncias a todos os denunciados" (fl. 6).

Ressaltam que o paciente é "primário, portador de bons antecedentes, com residência fixa, ocupação lícita e família constituída" (fl. 6).

Asserem que "o montante do entorpecente foi considerado duas vezes, uma vez para aumentar a pena base do tráfico e outra para aumentar esta na associação para o tráfico" o que, a seu ver, configura violação ao princípio do *non bis in idem* (fl. 8).

Aduzem que "as duas Casas (1ª e 2ª instâncias) elevaram o início da pena (1ª fase) sem considerar as circunstâncias pessoais de cada condenado, violando o princípio da individualização da pena" (fl. 8).

Afirmam que "houve igualmente *bis in idem* quando o Nobre Juízo Paulista de Segunda Instância manteve a fundamentação da primeira r. decisão que majorou a pena (3ª fase) em razão da causa de aumento do artigo 40, inciso VI, da Lei de Drogas, para os delitos do artigo 33 e do artigo 35, ambos do mesmo diploma legal" (fl. 8).

Requerem a reforma do acórdão guerreado para reduzir a pena ao mínimo cominado para os delitos dos arts. 33 e 35 da Lei de Entorpecentes.

Foram prestadas informações às fls. 62/89, e o Ministério Público Federal manifestou-se, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral João Francisco Sobrinho, pela denegação da ordem (fls. 92/96).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 187.241 - SP (2010/0186373-1)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PENAS-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA. CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, INCISO VI, DA LEI Nº 11.343/06. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. PRÁTICA DELITUOSA ENVOLVENDO ADOLESCENTE. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. DELITOS AUTÔNOMOS. ORDEM DENEGADA.

1. Na espécie, não se vislumbra manifesto constrangimento ilegal a ser reconhecido, porquanto o Colegiado estadual adotou fundamentos concretos para justificar a exasperação das penas-base dos delitos de tráfico e associação para o tráfico acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o *quantum* imposto para cada delito, tendo em vista a expressiva quantidade de substância entorpecente apreendida - 644 kg de maconha - a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/06.

2. Não há ilegalidade a ser sanada no tocante à aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso VI, da Lei Antitóxicos, porquanto os delitos ocorreram com a participação de adolescente, o que demonstra o alto grau reprovabilidade das condutas, razão pela qual as reprimendas foram aumentadas em 1/6, consoante dispõe o mencionado artigo.

3. Outrossim, não há que se falar em ofensa ao princípio do *non bis in idem* em decorrência da elevação da pena-base de ambos os delitos em razão da quantidade da droga apreendida, bem como pela incidência da majorante prevista no art. 40, inciso VI, da Lei Antidrogas, para aumentar a pena do tráfico de entorpecentes (art. 33 da Lei nº 11.343/06) e da associação para o tráfico (art. 35 da Lei nº 11.343/06), haja vista que tratam-se de delitos autônomos, cujas penas devem ser calculadas e fixadas separadamente. Com efeito, é o próprio art. 40 que determina a exasperação da reprimenda, na 3ª fase da dosimetria, no patamar de 1/6 a 2/3, em relação a quaisquer dos delitos previstos nos arts. 33 a 37 do referido diploma legal.

4. Ordem denegada.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Busca-se por meio da presente impetração a revisão da dosimetria da pena imposta ao paciente.

No tocante à fixação das penas-base dos delitos de tráfico e associação para o tráfico acima do mínimo legal, observa-se que foram adotados elementos concretos para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

justificar a dosimetria, não parecendo arbitrário o *quantum* imposto para cada delito, tendo em vista a expressiva quantidade da substância entorpecente apreendida - 644 kg (seiscentos e quarenta e quatro quilogramas) de maconha (fl. 11) -, a atrair a incidência dos ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/06, que dispõe que "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".

Ainda que a pena-base tenha sido exasperada - e muito - não é possível, nessa seara, alterar a fundamentação do *decisum*, mas apenas corrigir flagrante ilegalidade, que ocorreria caso não houvesse qualquer motivação para o significativo aumento.

O Colegiado estadual entendeu ser imperiosa uma resposta penal mais efetiva, diante dos fatos e circunstâncias do caso concreto, invocando a significativa quantidade da droga apreendida, restando motivada a exasperação das penas-base de ambos os delitos, não sendo, portanto, desarrazoado os patamares fixados.

Nesse sentido, inúmeros são os precedentes deste Sodalício. A propósito:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. DOCUMENTAÇÃO INSUFICIENTE PARA AFASTAR A CONCLUSÃO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. PACIENTE REINCIDENTE. EXECUÇÃO. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. INVIABILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS.

1. Não há constrangimento ilegal quando verificado que o Juiz sentenciante levou em consideração especialmente a natureza e a elevada quantidade de drogas apreendidas em poder do paciente para a exasperação da pena-base, a teor do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 (10.400 g de merla).

2. Não há como afastar a agravante da reincidência quando não é trazida à colação cópia da folha de antecedentes penais do paciente, pois fica inviável aferir se, quando do cometimento do delito objeto do presente writ, a condenação anterior, de fato, ainda não havia transitado em julgado, como se alega.

3. Reconhecida a reincidência do paciente, mostra-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas em seu favor, tendo em vista a vedação legal expressa da concessão dessa benesse aos reincidentes.

4. Mesmo para os crimes hediondos e equiparados cometidos na vigência da Lei n. 11.464/2007, a fixação do regime prisional para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade há de levar em consideração a quantidade de pena imposta, a existência de circunstâncias judiciais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto, para que, só então, possa se eleger o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e repressão do delito perpetrado.

5. Sendo a pena aplicada superior a 4 anos de reclusão, a reincidência do paciente impede a fixação de regime diverso do fechado, nos termos do disposto no art. 33, § 2º, b, do Código Penal.

6. A quantidade e a variedade da droga apreendida (5,94 g de maconha e 376 porções de merla, com massa bruta de 10.400,0 g) demonstram uma maior gravidade da conduta, a qual levou à exasperação da pena-base acima do mínimo legal, e também justificam a fixação do regime inicial fechado.

7. Inviável a análise diretamente por este Superior Tribunal da almejada substituição da pena reclusiva por restritiva de direitos, tendo em vista que, além de o paciente ter sido condenado à reprimenda superior a 4 anos, essa matéria não foi apreciada pelo Tribunal de origem, sob pena de incorrer na vedada supressão de instância.

8. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, ordem denegada.

(HC 183.501/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012)

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES. *HABEAS CORPUS* DENEGADO.

1. Paciente condenado à pena de 08 anos e 09 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 875 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, c.c. o art. 40, inciso V, da Lei n.º 11.343/06, porque contratou um Corréu para transportar, de Ponta Porã/MS para a Grande Florianópolis/SC, 73 cápsulas de cocaína (446,0g) acondicionadas no estômago.

2. A exasperação da pena-base restou suficientemente fundamentada, em razão da grande quantidade e da natureza da droga apreendida, bem como pelas circunstâncias do delito já que o Apenado se valeu de interposta pessoa, a vulgarmente denominada "mula", para o transporte da substância entorpecente.

3. 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. Precedentes.

4. *Habeas corpus* denegado.

(HC 182.975/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2012, DJe 30/04/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. NATUREZA E QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. INAPLICABILIDADE. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. ORDEM DENEGADA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Na espécie, não se vislumbra ilegalidade manifesta a ser reconhecida, porquanto o Colegiado estadual adotou fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o *quantum* imposto, tendo em vista a natureza e a expressiva quantidade de substância entorpecente apreendida - 1.992 g de cocaína - a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/06.

2. Inviável a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, notadamente em razão da significativa quantidade e da natureza da droga apreendida, não ocorrendo, na hipótese, indevido *bis in idem*, pelo acréscimo na pena-base e pela não aplicação da causa especial de diminuição no patamar máximo, porquanto é cabível que um mesmo ente jurídico seja apreciado em fases distintas na dosimetria da pena, gerando efeitos diversos.

3. Esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entende possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.

4. Condenado o paciente à pena de 4 (quatro) anos, 9 (nove) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, por tráfico internacional de 1.992 g de cocaína, o regime mais adequado à espécie é o fechado.

5. Ordem denegada.

(HC 221.763/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 19/04/2012, DJe 30/04/2012)

No tocante à aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso VI, da Lei Antitóxicos, verifica-se que não há ilegalidade a ser sanada, porquanto o recrudescimento da reprimenda corporal se justifica pelo fato de que, consoante consta da exordial acusatória (fl. 10), a empreitada criminosa, no tocante a ambos os crimes perpetrados, envolveu a participação de adolescente, o que demonstra o alto grau de reprovabilidade das condutas, razão pela qual as reprimendas foram aumentadas em 1/6 (um sexto), de forma escorreita, consoante dispõe o mencionado artigo.

Outrossim, ao contrário do que sustentam os impetrantes, não há que se falar em ofensa ao princípio do *non bis in idem* em decorrência da elevação da pena-base de ambos os delitos em razão da quantidade da droga apreendida, bem como pela incidência da majorante prevista no art. 40, inciso VI, da Lei Antidrogas tanto para aumentar a pena do tráfico de entorpecentes bem como da associação para o tráfico, haja vista que tratam-se de delitos autônomos, cujas penas devem ser fixadas separadamente.

Com efeito, é o próprio art. 40 que determina a exasperação da reprimenda, na 3ª fase da dosimetria, no patamar de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) em relação a quaisquer dos delitos previstos nos arts. 33 a 37 do referido diploma legal, dentre os quais encontram-se insertos o tráfico ilícito de drogas e a associação para a narcotraficância. Confirmam-se os termos do referido dispositivo legal, *ipsis litteris*:

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

VI - sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação;

Desse modo, pode-se ultimar que o julgado em xequê não incidiu em *bis in idem*, haja vista que não valorou a mesma circunstância para a mesma finalidade, mas, tão somente, procedeu à fixação das reprimendas em apartado, tendo em vista a autonomia entre os delitos descritos no art. 33 e no art. 35 da Lei de Drogas, não ocorrendo indevida dupla punição pelo aumento das penas-base e pela incidência simultânea da causa de aumento decorrente do envolvimento de menor de idade na prática dos crimes em comento.

Nesse diapasão:

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.

(...)

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.

(...)

3. *Writ* parcialmente conhecido e, nesta extensão, denegada a ordem.
(HC 183.441/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2011, DJe 02/09/2011)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. ORDEM JÁ CONCEDIDA PELO TRIBUNAL ESTADUAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE SUBSTITUIÇÃO DE TESTEMUNHAS NÃO ENCONTRADAS. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. *BIS IN IDEM* E *QUANTUM* DO AUMENTO. MATÉRIAS NÃO DEBATIDAS PELA INSTÂNCIA *A QUO*. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO EM FUNÇÃO DA MESMA CONDUTA. INOCORRÊNCIA. PENA-BASE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

(...)

9. As causas de aumento definidas no artigo 18 da Lei nº 6.368/76 incidem de forma autônoma sobre os crimes previstos nos artigos 12 e 14 da mesma lei, que são autônomos, não havendo *bis in idem* em função da incidência simultânea da internacionalidade sobre tais delitos.

10. A consideração só quantitativa das causas especiais de aumento de pena, submetidas a regime alternativo, é expressão, em última análise, da responsabilidade penal objetiva, enquanto a qualitativa é própria do direito penal da culpa e atende aos imperativos da individualização da pena, permitindo, *ad exemplum*, que uma única causa especial de aumento alternativa possa conduzir o *quantum* de pena para além do mínimo legal do aumento, que, em contrapartida, pode ser insuperável, diante do caso concreto, mesmo em se caracterizando mais de uma causa especial de aumento dessa espécie.

11. Tais espécies de aumento de pena são próprias da última fase do cálculo da pena, à luz do disposto no artigo 68, *caput*, do Código Penal, nada impedindo, como o exige a espécie, a despeito de serem duas as causas de aumento, que se o estabeleça no seu limite mínimo, à falta de razão autorizante do seu desrespeito.

12. Ordem parcialmente concedida.

(HC 48.466/SP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 19/09/2006, DJe 22/09/2008)

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. EXTRATERRITORIALIDADE. CAUSA DE AUMENTO. ART. 18, INC. I, DA LEI 6.368/76. *BIS IN IDEM*. INEXISTÊNCIA.

1. Não configura *bis in idem* a incidência da majorante da extraterritorialidade simultaneamente aos crimes do art. 12 e 14, da Lei n.º 6.368/76, em concurso material, porquanto a associação para o tráfico é crime autônomo que deve ser punido de forma mais severa quando visar o tráfico internacional de entorpecentes.

2. O aumento de pena "no caso de tráfico com o exterior ou da extraterritorialidade de lei penal" está expressamente previsto, nos termos do art. 18, inciso I, da Lei n.º 6.368/76, para todos os crimes definidos na Lei de Tóxicos.

3. Recurso provido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(REsp 738.253/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2005, DJ 01/02/2006, p. 599)

Constata-se, portanto, que a insurgência não merece guarida.

Ante o exposto, **denego** a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0186373-1

HC 187.241 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 5900120070162515 8502007 990100871676

EM MESA

JULGADO: 12/06/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOSÉ PEDRO SAID JÚNIOR E OUTROS

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : ANTONIO DA SILVA

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 da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.