



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 250.455 - RJ (2012/0161535-6)**

**RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO**

**IMPETRANTE : FILIPE MATOS MONTEIRO DE CASTRO - DEFENSOR PÚBLICO**

**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**PACIENTE : LUCIANO FERREIRA DE OLIVEIRA**

### RELATÓRIO

#### **O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):**

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, impetrado em favor de LUCIANO FERREIRA DE OLIVEIRA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática dos crimes previstos nos arts. 33, *caput*, c/c 40, VI e 35 da Lei n. 11.343/06, à pena total de 9 (nove) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, mais pagamento de 1.440 (mil quatrocentos e quarenta) dias-multa.

Apelou a defesa, oportunidade em que o Tribunal de origem negou provimento ao pleito recursal e, de ofício, supriu equívoco aritmético — somatório das penas — cometido na sentença, concluindo que a reprimenda imposta ao paciente totaliza, em verdade, 9 (nove) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão.

Neste *writ*, sustenta o Defensor-impetrante, em resumo, ausência de razoabilidade na aplicação de causa de aumento; *bis in idem* pelo fato de a mesma circunstância — associação com adolescente — ter incidido para agravar o crime de tráfico e de associação para o tráfico; *bis in idem* pelo fato de a participação de adolescente ter configurado o crime de associação para o tráfico e, ao mesmo tempo, ter incidido como causa de aumento de pena (art. 40, IV, da Lei de drogas); *reformatio in pejus*, tendo em vista que a despeito de o Ministério Público não embargar ou sequer apelar da sentença, a Corte estadual, de ofício, reconheceu equívoco aritmético operado na sentença, agravando a reprimenda imposta ao paciente; por fim, caso haja redução da pena, requer a fixação do regime semiaberto.

As informações foram prestadas às fls. 57/58 e 61/102.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 105/110).

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 250.455 - RJ (2012/0161535-6)

### VOTO

#### **O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):**

Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal (HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/8/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/8/2012), assim alinhando-se a precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC 104.045/RJ, Rel. Ministra ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA DJe de 6/9/2012).

Nada impede, contudo, que, de ofício, constate a Corte Superior a existência de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia, o que ora passo a examinar.

Primeiramente, sustenta o impetrante ausência de razoabilidade na aplicação da causa de aumento do art. 40, VI, da Lei de drogas.

Isso porque, o paciente foi condenado pela prática dos crimes previstos nos arts. 33, *caput*, e 35 do referido diploma legal, ambos majorados em um quinto, em decorrência da causa de aumento do art. 40, VI.

Para melhor compreensão do tema, vejamos o que preceitua o referido dispositivo:

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

*(...)*

*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;*

Alega a defesa que a pena-base em ambos os delitos foi fixada em patamar mínimo e, levando-se em consideração a proporcionalidade e a razoabilidade, a causa de aumento também deveria ser aplicada no mesmo grau.

Ora, não merece acatamento o pleito deduzido. A jurisprudência desta Corte posiciona-se no sentido de que a aplicação de causa de aumento em patamar acima do mínimo é plenamente válida desde que fundamentada na gravidade concreta do delito.

Evidencia-se que o julgador não se olvidou desta premissa e para agravar as reprimendas em um quinto utilizou-se do seguinte fundamento: *Em virtude do reconhecimento de causa especial de aumento de pena previsto no artigo 40, inciso VI, da Lei Antidrogas, aumento de um quinto, além do mínimo, em razão de se utilizar de menor e ainda o compensar com a própria droga, seja para incentivá-lo à traficância ou seja para incentivá-lo ao consumo e dependência.* (fls. 23/24)



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tendo em vista, portanto, que a aplicação da causa de aumento em patamar superior ao mínimo restou amparada em elementos concretos do crime, não há nada a prover neste ponto.

Com relação à alegação de *bis in idem* pelo fato de a mesma causa de aumento ter incidido para agravar o crime de tráfico e de associação para o tráfico, não assiste razão ao impetrante, pois a causa especial de aumento de pena incidiu sobre delitos diversos e totalmente autônomos, com motivação e finalidades distintas. Confirmam-se arestos neste sentido:

**AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. 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.**

*1. Não há falar em ofensa ao princípio do non bis in idem pela condenação por associação para o tráfico com menor de idade e pela incidência da majorante prevista no art. 40, inciso VI, da Lei Antidrogas para aumentar a pena do tráfico de drogas, haja vista que se tratam de delitos autônomos. Precedentes.*

*2. Agravo regimental improvido.*

*(AgRg no REsp 1412950/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/10/2014, DJe 03/11/2014)*

**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*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*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.*

(...)

*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*

(...)

*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) (com destaques)*

Sustenta o impetrante, também, que a participação do menor foi utilizada para configurar o crime de associação para o tráfico e, ao mesmo tempo, para agravar a pena como causa de aumento, o que ensejaria novo *bis in idem*.

É cabível, no entanto, 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 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.*

(...)

*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*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### idade. Precedentes.

(...)

6. *Ordem de habeas corpus não conhecida.*

(HC 237.782/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 05/08/2014, DJe 21/08/2014) (com destaques)

*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.*

(...)

*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) (com destaques)*

Insurge-se o impetrante contra a exasperação das penas sem recurso do Ministério Público, importando em *reformatio in pejus*.

Por oportuno, trago à colação o seguinte excerto do acórdão impugnado, *in verbis* (fls. 43):

*Por tais razões, integrando neste, na forma regimental, o douto parecer da nobre Procuradoria de Justiça, na pessoa da culta Dra. Silvana Gonzalez de Fabritiis, voto no sentido de que seja negado provimento aos recursos, explicitando-se, de ofício, que a pena final imposta ao acusado Luciano Ferreira de Oliveira totaliza, não 9 (nove) anos de reclusão, como expresso na sentença, mas, sim, 09 (nove) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão e 1.440 (hum mil quatrocentos e quarenta) dias-multa, havendo mero equívoco aritmético no julgado.*

De fato, não tendo o Ministério Público se insurgido contra erro material deduzido na sentença condenatória, é incabível ao Tribunal reconhecê-lo de ofício sob pena de configuração de *reformatio in pejus*.

A propósito:

*PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. CRIME DE LATROCÍNIO TENTADO. ERRO MATERIAL CONSTANTE*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DA SENTENÇA. EQUÍVOCO QUANTO AO CÁLCULO DAS PENAS. CORREÇÃO, DE OFÍCIO, PELO TRIBUNAL EM APELAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE INSURGÊNCIA QUANTO AO QUANTUM DAS PENAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. REFORMATIO IN PEJUS CONFIGURADA. PENA AUMENTADA SEM RECURSO MINISTERIAL. ILEGALIDADE FLAGRANTE. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA. OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA INTERCORRENTE. DECURSO DO LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO ENTRE A PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA E O TRÂNSITO EM JULGADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

**2. Configura inegável reformatio in pejus a correção de erro material no julgamento da apelação - ainda que para sanar evidente equívoco ocorrido na sentença condenatória - que importa em aumento das penas, sem que tenha havido recurso do Ministério Público nesse sentido. Precedentes.**

(...)

**4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para restabelecer a pena fixada na sentença condenatória quanto ao ora paciente, declarando, por consequência, a prescrição da pretensão punitiva estatal, nos termos do art. 107, IV, do CP. (HC 115.501/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 03/08/2015) (com destaques)**

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. CORREÇÃO, DE OFÍCIO, DE ERRO MATERIAL CONSTANTE NA SENTENÇA. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DO NON REFORMATIO IN PEJUS.

**1. A correção, de ofício, de erro material constante da sentença condenatória, em prejuízo do condenado, quando feito em recurso exclusivo da defesa configura inadmissível reformatio in pejus.**

**2. Resignando-se o Ministério Público quanto ao cálculo da pena definitiva, impossível sanar o erro material no julgamento de apelação defensiva.**

**3. Agravo Regimental a que se nega provimento (AgRg no HC 264.579/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 01/08/2013) (com destaques)**

Ante o exposto, voto por não conhecer do writ, concedendo, todavia, a ordem, de ofício, para restabelecer a pena fixada na sentença condenatória quanto ao ora paciente, tendo em vista que a correção do erro material, da forma como operada pelo Tribunal estadual, configurou *reformatio in pejus*.