

SÚMULA N. 241

A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial.

Referência:

CP, arts. 59 e 61, I.

HC	9.219-0-SE	(5ª T, 8.6.1999 – DJ de 16.8.1999)
RHC	3.947-7-SP	(6ª T, 26.9.1994 – DJ de 28.11.1994)
REsp	95.479-0-AM	(6ª T, 2.9.1997 – DJ de 6.10.1997)
REsp	160.171-0-RS	(5ª T, 13.10.1998 – DJ de 23.11.1998)

Terceira Seção, em 23.8.2000.

DJ de 15.9.2000, p. 229.

HABEAS CORPUS N. 9.219 – SE

(Registro n. 99.0036287-0)

Relator: Ministro Edson Vidigal
Impetrante: José Cláudio dos Santos
Impetrada: Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe
Paciente: Gilton Batista de Melo (preso)

EMENTA: Penal – Processual – Sentença condenatória – Dosimetria da pena – Fundamentação – Reincidência – **Habeas corpus** – Recurso.

1. O **habeas corpus** é meio idôneo para se examinar sentença que, ao aplicar a pena, sopesa erroneamente a reincidência do réu.

2. Presentes as qualificadoras – concurso de agentes e uso de arma de fogo – perfeitamente possível o aumento da pena, em até a metade (CP, art. 157, § 2º, I, II e III). Precedentes deste STJ.

3. Ordem parcialmente concedida para anular a sentença, tão-somente, na parte que consignou a vedada dupla valoração dos antecedentes do réu, para que, sem prejuízo à condenação, outra venha a ser proferida, fundamentando-se devidamente o aumento da pena-base.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem para que, sem prejuízo à condenação, outra decisão venha a ser proferida, excluindo-se, tão-só, a dupla valoração atribuída aos maus antecedentes, e fundamentando-se devidamente o aumento da pena-base. Votaram com o Relator, os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp e José Arnaldo da Fonseca.

Brasília-DF, 8 de junho de 1999 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Presidente.

Ministro Edson Vidigal, Relator.

Publicado no DJ de 16.8.1999.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Condenado à pena de treze anos e seis meses de reclusão, em regime fechado, por infração ao CP, art. 157, § 2^a, I e II, Gilton Batista de Melo apelou, reclamando da exasperação da reprimenda aplicada. Pediu a individualização da pena, que queria ver fixada no mínimo legal.

Em síntese, o que se buscava então era a alteração da sentença condenatória, para diminuir a pena aplicada, tida como “injusta e exagerada, eis que reconhecida a atenuante da confissão espontânea, tendo sido excessivo, também, o aumento por conta das qualificadoras, mais de um terço, pois não ficou devidamente provado que os acusados tivessem usado qualquer espécie de arma”.

O TJSE negou provimento ao apelo, em decisão assim ementada:

“Não é nula a sentença que, mesmo sendo severa, na escolha da pena-base está devidamente fundamentada.

Réus reincidentes em crime doloso merecem reprimenda mais severa.

Apelo conhecido, mas improvido.

Decisão unânime.”

Contra essa decisão, este **habeas corpus**, querendo cassar o acórdão e anular a sentença singular, para que seja a reprimenda finalmente fixada em seis anos e oito meses de reclusão. Alega que “a reincidência foi considerada duas vezes, primeiro para fixação da pena-base além do mínimo, depois como circunstância agravante, sendo que o aumento por conta da qualificadora também não poderia ser superior ao mínimo legal de um terço, sem qualquer motivação.”

O Ministério Público Federal, nesta Instância, opina pela denegação da ordem.

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Sr. Presidente, esta Corte tem jurisprudência firme no sentido de que, estando a sentença *fundamentada*, é inviável rever a dosimetria da pena na via sumária do **habeas corpus**.

Transcrevo, por oportuno, trecho da decisão proferida no RHC n. 1.034-SP, Min. Rel. Cid Flaquer Scartezini, DJ de 20.5.1991:

“Possíveis erros na fixação da pena devem ser corrigidos quando apreciada a apelação.”

Na mesma linha, ao apreciar o **Habeas Corpus n. 60.042-PR**, o Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, sendo Relator o Ex.^{mo} Sr. Ministro Néri da Silveira (RTJ, vol. 107-01, p. 73), resolveu que esse remédio heróico não é o adequado para “corrigir eventual desacerto na dosagem da pena, não se evidenciando nenhuma ilegalidade a justificar se decrete a nulidade da sentença”.

Por outro lado, já resolvemos também, desde o julgamento do RHC n. 557-SP, Rel. Min. Assis Toledo, que o **habeas corpus** é meio idôneo para o exame de sentença que considera erroneamente a reincidência do réu. Como precedente, o RHC n. 638-RJ, de minha relatoria, DJ de 13.8.1990. Igualmente já entendeu, por sua vez, o Supremo Tribunal Federal (RHC n. 52.107-SP e RHC n. 64.024-RJ).

Assim, ao juiz cabe sopesar as circunstâncias judiciais – e subjetivas – do CP, art. 59, de forma a firmar seu convencimento. É a aplicação do chamado *princípio da confiança nos juízes*, próximos dos fatos e das pessoas envolvidas no episódio. O importante, como bem aponta o Ministério Público Federal (fl. 83), é que haja coerência entre os fundamentos e a conclusão da sentença.

Não é o que ocorre aqui. O Juiz singular, ao dosar a reprimenda do réu, considerou duplamente os antecedentes do Réu – tanto na valoração exigida pelo CP, art. 59, como para fins de aumento de pena relativo à reincidência.

Temos, por reiteradas vezes, adotado posicionamento no sentido de que não pode ser admitida a “dupla apenação”, como quer o Impetrante, ou o chamado **bis in idem**, aqui plenamente caracterizado na sentença que, conquanto considera a reincidência para aumentar a pena, a utiliza ainda como agravante.

Nesse sentido:

“Penal e Processual Penal. Tráfico de entorpecentes. Condenação. Valoração da prova. Encadeamento de indícios sérios. Reincidência. Elevação da pena-base e consideração como agravante. **Bis in idem**.”

Recurso especial. Necessidade de reexame de provas. Vedação da Súmula n. 7-STJ.

1. É vedado o reexame do acervo probatório na via do recurso especial, por força do disposto na Súmula n. 7 deste Tribunal.

2. Por outro lado, é de se conceder, de ofício, ordem de **habeas corpus**, a favor do Recorrente, para, sem prejuízo da condenação, anular-se a sentença que, ao passo de ter considerado a reincidência para elevar a pena-base, ainda a empregou como agravante, em intolerável **bis in idem**.

3. Recurso não conhecido.” (REsp n. 95.479-AM, Rel. Min. Anselmo Santiago, DJ de 6.10.1997).

“RHC. Penal. Pena. Individualização. Circunstância judicial. Circunstância legal. Reincidência.

A parte geral do Código Penal, expressamente, registra o sistema trifásico para individualização da pena (art. 68). A circunstância judicial é ponderada na primeira etapa (pena-base) (art. 59); a circunstância legal na segunda (agravante e atenuante); por fim, as causas de aumento ou diminuição da pena. A reincidência é – agravante (CP, art. 61, I). Tem, por isso, momento certo de consideração. Se o Magistrado leva-a em conta, na primeira etapa (CP, art. 59), comete erro. E se a considera também na segunda etapa, afronta o princípio – **ne bis in eadem**.” (RHC n. 3.947-SP, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ em 28.11.1994).

“Recurso especial. Dosimetria da pena. Maus antecedentes e reincidência. Dupla valoração. Recurso provido para anular o acórdão neste tópico.

I – Considerados os maus antecedentes tanto na fixação da pena-base como no acolhimento da agravante da reincidência, dá-se provimento ao recurso, a fim de, mantida a condenação, anular-se a decisão condenatória, para, excluindo-se a controvérsia aventada, fundamentar-se devidamente o aumento da pena-base.

II – Recurso provido.” (REsp n. 160.171-RS, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 23.11.1998).

No tocante às qualificadoras, por outro lado, perfeita a sentença atacada. Isto porque o concurso de agentes e o uso de arma de fogo foram

devidamente consideradas, em harmonia com entendimento reiterado deste STJ:

“REsp. Crime de roubo. Qualificadoras. Aumento da pena. Art. 157, § 2º, do CP.

– No crime de roubo (art. 157 do CP) para que haja o aumento da pena-base de até a metade, basta que o Juiz dê como incidente à pena uma das qualificadoras do crime (art. 157, § 2º, I, II e III).

– Recurso provido para se restabelecer a r. sentença de 1ª grau que assim entendeu. (REsp n. 39.719-RJ, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini, DJ de 28.2.1994).”

Sendo assim, plenamente caracterizada a ocorrência das qualificadoras, possível o aumento da pena, de acordo com as circunstâncias do crime, em até a metade.

Com essas considerações, conheço do **habeas corpus** e defiro parcialmente o pedido para que, sem prejuízo à condenação, outra decisão venha a ser proferida, excluindo-se, tão-só, a dupla valoração atribuída aos maus antecedentes, e fundamentando-se devidamente o aumento da pena-base.

É o voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 3.947-7 – SP

(Registro n. 94.0029832-3)

Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro
Recorrente: Benyamin Moshe
Recorrido: Tribunal Regional Federal da 3ª Região
Paciente: Benyamin Moshe (preso)
Advogado: José Carlos da Silva Prada

EMENTA: RHC – Penal – Pena – Individualização – Circunstância judicial – Circunstância legal – Reincidência.

A parte geral do Código Penal, expressamente, registra o sistema trifásico para a individualização da pena (art. 68). A circunstância judicial é ponderada na primeira etapa (pena-base) (art. 59); a circunstância legal, na segunda (agravante e atenuante); por fim, as causas de aumento ou diminuição da pena. A reincidência é – agravante (CP, art. 61, I). Tem, por isso, momento certo de consideração. Se o magistrado leva-a em conta, na primeira etapa (CP, art. 59) comete erro. E se a considera também na segunda etapa, afronta o princípio – **ne bis in eadem**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram de acordo os Srs. Ministros Pedro Acioli, Adhemar Maciel e Anselmo Santiago.

Brasília-DF, 26 de setembro de 1994 (data do julgamento).

Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 28.11.1994.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro: Recurso ordinário constitucional interposto por Benyamin Moshe contra acórdão unânime da Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, denegatório de ordem de **habeas corpus**.

Tira-se dos autos que o Recorrente foi condenado por infração aos arts. 12 e 18, I e III, todos do CPB, à pena de 10 anos de reclusão.

Buscando a nulidade do processo ao argumento de incompetência do d. Juízo Federal sentenciante, além de erro na dosimetria da pena, impetrou-se em favor do ora recorrente ordem de **habeas corpus**.

O *writ* foi denegado, em aresto assim ementado:

“Processual Penal. **Habeas corpus**. Nulidades processuais. Inocorrência. Ordem denegada.

I – Tendo o Paciente sido preso em flagrante em São Paulo, lugar onde a traficância internacional foi executada de forma predominante. É de se reconhecer, ainda que parte da droga tenha sido apreendida em Guarulhos, que no caso a competência do Juízo Federal Criminal de São Paulo se firmou pela prevenção, a teor do art. 83 do CPP.

II – O **habeas corpus** não é meio hábil para se questionar a dosimetria de pena, por envolver o exame de avaliação de prova.

III – Ordem denegada.” (fl. 53).

Daí o presente recurso, onde se aduz que, embora tivesse o Paciente sido preso em São Paulo, surpreendido com certa porção de entorpecentes guardada em sua residência, em diligências complementares foi também apreendido, no Aeroporto de Cumbica, Município de Guarulhos, outra quantidade maior de cocaína. Por esta razão, competente para julgar o feito seria o Juízo da Comarca de Guarulhos, em face da maior quantidade de drogas ali apreendida e, ainda, da maior gravidade do ilícito praticado naquela Comarca.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 65/68.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro (Relator): O v. acórdão recorrido encerra no dispositivo: “Ante o exposto, denego a ordem”. (fl. 52).

O contexto do aresto, no entanto, evidencia haver o egrégio Tribunal conhecido parcialmente e, nessa extensão, denegado o **habeas corpus**.

Com efeito, foi argüida nulidade do processo, ao fundamento de a) incompetência do Juízo Federal; b) erro de aplicação da pena (fl. 50).

O Colegiado apreciou e repeliu a primeira. Quanto à segunda, deixou expresso:

“Relativamente à segunda objeção do Impetrante, acode dizer que o **habeas corpus** não é meio hábil para se questionar a dosimetria de pena” (fl. 51).

Assim, tecnicamente, como registrado, o **habeas corpus** foi conhecido parcialmente.

Em decorrência de graus de jurisdição, esta Turma, quanto ao mérito, somente pode apreciar a parte exaurida pelo egrégio Tribunal de origem.

Narra o v. acórdão, houve unidade de crime, embora a conduta delituosa haja se desdobrado em atos praticados em São Paulo e em Guarulhos.

Assim, como bem decidido, incide o disposto no art. 83, Código de Processo Penal. Com efeito, a competência na espécie, define-se pela prevenção.

Nesse item, irretocável o acórdão recorrido.

Em **habeas corpus**, certo não se debatem provas. A individualização da pena leva em conta também elementos fáticos. Ao ponderá-los, o magistrado fez a adequação normativa desses fatos, podendo inviabilizar seu reexame (crítica, no sentido lógico) nesta ação constitucionalizada.

Diferente, no entanto, quando alegado erro do Juiz na aplicação do sistema trifásico, imposto pelo art. 68 do Código Penal.

Com a reforma penal, não há como confundir (quanto à natureza jurídica e ao momento da aplicação) circunstância judicial e circunstância legal.

A reincidência é agravante (CP, art. 61, I). Tem, por isso, momento certo de consideração: após a fixação da pena-base.

Se o magistrado leva-a em conta, na primeira etapa (CP, art. 59), comete erro. Se a considera duas vezes, afronta o princípio – **ne bis in eadem**.

Tanto o primeiro como o segundo aspectos são aferíveis em plano meramente normativo. Prescindem de excursão ao conjunto probatório.

Logo, compatíveis com o **habeas corpus**.

O pormenor foi sentido pelo douto parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Natal Batista. Ponderou S. Ex.^a.

“**Data venia**, temos que houve certa confusão. Não seria possível examinar no **habeas corpus** dosimetria de pena se para tanto fosse necessário perquirir da prova. Aqui se pretendeu afastar a incidência de uma agravante por entender-se que a mesma situação já teria sido utilizada para fixar a pena-base acima do mínimo. Não se discutiu se haveria ou não reincidência e sim se seria possível considerá-la duplamente na fixação da pena. Como não teria o Recorrido examinado tal

pedido, a decisão seria **ultra petita**, devendo ser reformada neste por menor". (fl. 67).

O Recorrente não se insubordina, agora, quanto à parte não conhecida do **habeas corpus**. Limitou o limite da devolução da matéria.

Conheço do recurso. Nego provimento.

VOTO

O Sr. Ministro Adhemar Maciel: Sr. Presidente, temos, aqui, um precedente do qual fui Relator – aquele caso relativo a problema de competência. Entendi naquela ocasião – e continuo sustentando esse ponto de vista – que tanto o juiz federal, com base no art. 109, inciso V, da Constituição Federal, quanto o juiz estadual, com base no art. 109, § 3^a, são competentes para os crimes de tráficos internacionais.

Por tais razões, acompanho V. Ex.^a.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 95.479 – AM

(Registro n. 96.0030294-4)

Relator: Ministro Anselmo Santiago
Recorrente: Arlindo Cabral de Oliveira (preso)
Advogada: Maria da Conceição Ayres Cernicchiaro
Recorrido: Ministério Público do Estado do Amazonas

EMENTA: Penal e Processual Penal – Tráfico de entorpecentes – Condenação – Valoração da prova – Encadeamento de indícios sérios – Reincidência – Elevação da pena-base e consideração como agravante – **Bis in idem** – Recurso especial – Necessidade de reexame de provas – Vedação da Súmula n. 7-STJ.

1. É vedado o reexame do acervo probatório na via do recurso especial, por força do disposto na Súmula n. 7 deste Tribunal.

2. Por outro lado, é de se conceder, de ofício, ordem de **habeas**

corpus, a favor do recorrente, para, sem prejuízo da condenação, anular-se a sentença que, ao passo de ter considerado a reincidência para elevar a pena-base, ainda a empregou como agravante, em intolerável **bis in idem**.

3. Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em não conhecer do recurso, mas de ofício, conceder o **habeas corpus** ao paciente. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros William Patterson, Vicente Leal e Fernando Gonçalves. Impedido o Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.

Brasília-DF, 2 de setembro de 1997 (data do julgamento).

Ministro Anselmo Santiago, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 6.10.1997.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Anselmo Santiago: Trata-se de recurso especial (fls. 744/758), movido contra acórdão da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, em que o Recorrente se rebela contra a prova indiciária, julgando-a insuficiente para a sua condenação.

O Ministério Público Federal, em parecer elaborado pela ilustre Subprocuradora-Geral da República, Dra. Ella Wiecko V. de Castilho (fls. 788/790), conclui que, “para se aferir se o acórdão negou ou não vigência àqueles dispositivos, necessário o profundo reexame de provas carreadas aos autos”, opinando pelo não-conhecimento do recurso especial, mas com a concessão, de ofício, de **habeas corpus** a favor do Recorrente, pela dupla valoração da reincidência, na pena aplicada.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Anselmo Santiago (Relator): Arlindo Cabral de Oliveira foi condenado pela 1ª Vara Criminal de Manaus, à pena de 10 (dez) anos

de reclusão, mais 100 dias-multa, como incurso no art. 12 da Lei n. 6.368/1976.

Apelou, mas não obteve êxito junto ao Colegiado antes indicado, constando na ementa do respectivo aresto que “A prova indiciária é bastante para a condenação quando formadora de uma cadeia concordante de indícios sérios e graves unidos por um nexo de causa e efeito”.

Sobreveio, daí, o presente recurso especial, onde salienta que só foi condenado por estar no local onde se operou o flagrante e pelo fato de já ter sido condenado, antes, pelo mesmo delito (tráfico de entorpecente).

Como se observa, o recurso se baseia na prova produzida, de forma que, para analisá-lo, ter-se-ia de remexer no arsenal probatório, o que é defeso na via eleita, aplicando-se, à hipótese, a Súmula n. 7-STJ.

Contudo, tem razão a douta representante ministerial, quando aponta grave vício na sentença condenatória (fl. 695), ao considerar, para a aplicação do art. 59 do Código Penal, entre outros dados, a reincidência, com o que a pena-base ficou acima do mínimo (oito anos), levando ainda em conta tal circunstância, na consideração da agravante do art. 61, I, do mesmo estatuto (mais dois anos), dando-se, em conseqüência, um injustificável **bis in idem** na fixação da pena.

Adequa-se à hipótese vertente, acórdão proveniente da Suprema Corte, onde se consigna o seguinte:

“– Ocorrência, na fixação da pena, de **bis in idem**, pois o mesmo antecedente criminal serviu para aumentá-la por ser considerado, de início, como circunstância judicial desfavorável e, depois, como agravante de reincidência.

– Não se conhece de **habeas corpus** com relação à pena de multa, por inexistência, em face da Lei n. 9.268/1996, que deu nova redação ao art. 51 do Código Penal, de ameaça à liberdade do paciente.

– **Habeas corpus** conhecido em parte, e nela deferido.” (HC n. 74.023-5, Rel. Min. Moreira Alves, BISTF n. 45, 25.9.1996).

À vista do exposto, não conheço do recurso especial, mas concedo, **ex officio** (art. 654, § 2º, CPP), **habeas corpus** a favor do Recorrente, para que, sem prejuízo da condenação (HC n. 74.915-1, Segunda Turma/STF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 13.6.1997, p. 26.697), outra sentença seja

elaborada, com exclusão da eiva ora apontada, de se considerar a reincidência, quer para as circunstâncias judiciais, quer para agravante, fundamentando-se, devidamente, o aumento da pena-base.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 160.171 – RS

(Registro n. 97.0092450-5)

Relator: Ministro Gilson Dipp
Recorrente: Vilmar Cesar Tomaz dos Santos
Advogado: Carlos Frederico Barcellos Guazzelli (defensor)
Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

EMENTA: Recurso especial – Dosimetria da pena – Maus antecedentes e reincidência – Dupla valoração – Recurso provido para anular o acórdão neste tópico.

I – Considerados os maus antecedentes tanto na fixação da pena-base como no acolhimento da agravante da reincidência, dá-se provimento ao recurso a fim de, mantida a condenação, anular-se a decisão condenatória, para, excluindo-se a controvérsia aventada, fundamentar-se devidamente o aumento da pena-base.

II – Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em conformidade com os votos e notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Edson Vidigal e Felix Fischer.

Brasília-DF, 13 de outubro de 1998 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Presidente.

Ministro Gilson Dipp, Relator.

Publicado no DJ de 23.11.1998.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de recurso especial na alínea **a** do permissivo constitucional, contra aresto da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul que, à unanimidade, deu provimento a recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Federal para condenar o ora recorrente nas sanções do art. 155, § 4º, incisos II e IV, c.c. o art. 14, inc. II, do CP, às penas de 32 meses de reclusão, em regime fechado, e 60 dias-multa, arbitrados no mínimo legal.

Em sede de recurso especial, interposto pela defensoria pública, em favor do condenado, sustenta-se que houve a dupla valoração dos maus antecedentes do Réu (por responder a outros processos), tanto na pena-base, como na consideração da reincidência. Em decorrência, deu-se a elevação da pena-base a 3 anos (quando o mínimo legal é de 2 anos) e, pela acolhida da reincidência, na 2ª fase de aplicação da reprimenda, agravou-se a condenação em mais de um ano, incorrendo a decisão em inaceitável dupla valoração das mesmas circunstâncias, afrontando outros entendimentos que não consideram processos em andamento como maus antecedentes.

Prestadas as contra-razões, foi admitido o recurso.

A Subprocuradoria Geral da República opinou pelo conhecimento e provimento do recurso, para “decolar da pena base o acréscimo decorrente da reincidência”. (fls. 173/175).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Merece prosperar a irresignação.

O Tribunal **a quo**, efetivamente, ao dosar a reprimenda do Réu, fez por considerar duplamente os seus “antecedentes”, consubstanciados em “diversos processos em andamento” e uma condenação, tanto na valoração das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, como no aumento procedido pela reincidência, nos seguintes termos:

“Em assim sendo, o Réu deve ser condenado. Possui péssimos antecedentes, com diversos processos em andamento em Erechim, inclusive registrando uma condenação por vias de fato. A pena base é fixada em 3 anos de reclusão, a qual, pela reincidência (certidão de fl. 61),

é aumentada de 1 ano, ficando a pena provisória em 4 anos de reclusão. Finalmente, em se tratando de delito tentado, a pena é diminuída de 1/3 (crime esteve prestes a se consumar), *restando 32 meses de reclusão*. A multa é fixada em 60 dias (gravidade do delito) e a unidade no mínimo legal, eis que pobre o Réu.

A existência de processos em andamento foi considerada como geradora de maus antecedentes, com base na jurisprudência de nossos Tribunais Superiores.” (fl. 144).

Clara está a dupla valoração da circunstância de o Réu responder a outros processos, além de já ter sido condenado por um, resultando em agravamento exacerbado da pena.

A posição desta Turma é no sentido de que não se admite o **bis in idem**, caracterizado na decisão condenatória que, além de considerar a reincidência para elevar a pena-base, ainda a utiliza como agravante.

Nesse sentido, a jurisprudência:

“Penal e Processual Penal. Tráfico de entorpecentes. Condenação. Valoração da prova. Encadeamento de indícios sérios. Reincidência. Elevação da pena-base e consideração como agravante. **Bis in idem**. Recurso especial. Necessidade de reexame de provas. Vedação da Súmula n. 7-STJ.

1. É vedado o reexame do acervo probatório na via do recurso especial, por força do disposto na Súmula n. 7 deste Tribunal.

2. Por outro lado, é de se conceder, de ofício, ordem de **habeas corpus**, a favor do Recorrente, para, sem prejuízo da condenação, anular-se a sentença que, ao passo de ter considerado a reincidência para elevar a pena-base, ainda a empregou como agravante, em intolerável **bis in idem**.

3. Recurso não conhecido.” (REsp n. 95.479-AM, Rel. Min. Anselmo Santiago, DJ de 6.10.1997, p. 50.064).

“RHC. Penal. Pena. Individualização. Circunstância judicial. Circunstância legal. Reincidência.

– A parte geral do Código Penal, expressamente, registra o sistema trifásico para individualização da pena (art. 68). A circunstância

judicial é ponderada na primeira etapa (pena-base) art. 59); a circunstância legal na segunda (agravante e atenuante); por fim, as causas de aumento ou diminuição da pena. A reincidência é – agravante (CP, art. 61, I). Tem, por isso, momento certo de consideração. Se o Magistrado leva-a em conta, na primeira etapa (CP, art. 59), comete erro. E se a considera também na segunda etapa, afronta o princípio – **ne bis in eadem**.” (RHC n. 3.947-SP, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ de 28.11.1994, p. 32.641).

Em face do exposto, conheço do recurso, dando-lhe provimento para que, sem prejuízo à condenação (REsp n. 95.479-AM, Rel. Min. Anselmo Santiago, DJ de 6.10.1997, p. 50.064), outra decisão seja elaborada, excluindo-se a controvérsia da dupla valoração dos maus antecedentes e fundamentando-se o aumento da pena-base devidamente.

É como voto.