



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 346.639 - MS (2016/0001662-2)

RELATORA : **MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : WELLINGTON TAVARES DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO. FALSA IDENTIDADE. CONDENAÇÃO DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. REINCIDÊNCIA *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. FUNDAMENTOS DISTINTOS. NÃO CONHECIMENTO.

1. Não há falar em *bis in idem* em razão da majoração da pena-base (valoração negativa das circunstâncias do delito) e da aplicação da agravante da reincidência, haja vista que, em cada fase da dosimetria foram utilizados fundamentos distintos para exasperar a reprimenda.

2. *Habeas corpus* não conhecido.

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 Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 08 de março de 2016(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 346.639 - MS (2016/0001662-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : WELLINGTON TAVARES DA SILVA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de WELLINGTON TAVARES DA SILVA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul (Apelação Criminal n.º 0007421-17.2013.8.12.0021).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 7 anos de reclusão e 700 dias-multa, pela prática do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06. Confirmam-se os termos do *decisum*, no que interessa:

IV - Dosimetria da pena:

Impõe-se a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal: culpabilidade evidenciada; não possui antecedentes criminais maculados; não há elementos sobre sua conduta social; não há muitos elementos sobre a personalidade do criminoso, apesar dos indícios negativos, dada a predisposição em mentir para assegurar a sua impunidade; os motivos do crime, são inerentes à comercialização de entorpecentes; as circunstâncias do crime são as normais para o delito em questão, ou seja, graves, porque praticara o tráfico de drogas implantado em meio a zona urbana, com possibilidades de grande abrangência; as conseqüências são as mais graves, o que dispensa comentários, porque na atualidade ninguém desconhece os efeitos desastrosos na família e na sociedade causados pelo comércio e uso de substâncias entorpecentes, mas no caso, só não atingiram esse índice de gravidade graças à apreensão feita pelo trabalho policial.

Sendo assim, após detida análise das circunstâncias judiciais estatuídas no artigo 59 do Código Penal, as quais são em sua maioria desfavoráveis, e em atenção ao estipulado no art. 42 da Lei 11.343/2006, acrescento que o acusado praticara o crime de tráfico de 5,0 gramas de maconha, motivo pelo qual fixo a pena-base em 6 (seis) anos de reclusão e multa que arbitro em 600 (seiscentos) dias-multa sobre 1/30 (um trinta avos) do valor do salário mínimo.

Na segunda fase de aplicação da pena, não verifico a ocorrência de circunstâncias atenuantes. Majoro a pena pela reincidência, demonstrada pelos documentos de fls. 27 e 31 dos autos, confirmada pelo denunciado em interrogatório, os quais comprovam que no curso do cumprimento de pena privativa de liberdade aplicada em sentença pena condenatória



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

transitada em julgado o sentenciado se evadiu do sistema prisional de Campo Grande. Assim, aumento a pena em um ano de reclusão, passando a ambulatoria para 07 anos de reclusão e 700 dias-multa.

Na terceira fase inexistem causas de aumento e nem de redução da pena.

Os autos informam que o sentenciado é reincidente, o que implica que não preenche os requisitos exigidos pela nova lei de tóxicos para obter a redução de pena prevista no artigo 33, § 4º.

Torno definitiva a condenação para Wellington Tavares da Silva, qualificado nos autos, pela prática do crime de tráfico de drogas, à pena privativa de liberdade de 07 anos de reclusão e 700 dias-multa, montante que entendo razoável para a reprimenda pessoal e prevenção geral do crime de que se trata (fl. 171).

Inconformados, a Defesa e o Ministério Público interpuseram recurso de apelação perante o Tribunal de origem, que, por maioria, deu provimento ao apelo ministerial e, à unanimidade, deu parcial provimento ao recurso defensivo, em acórdão assim fundamentado:

Do recurso do Ministério Público.

Da condenação pelo crime de posse de munição (art. 12. da Lei 10.826/2003).

O legislador introduziu no sistema penal a posse irregular de arma de fogo, acessórios e munição de uso permitido como crime, através do advento do Estatuto do desarmamento, em seu art. 12.

É assente que o crime em comento é crime de mera conduta, ou seja, a ação de posse basta para constituir o crime. E também crime de perigo abstrato, consuma-se com a prática da conduta, ou melhor, como é tratado pela Doutrina, é crime de simples desobediência.

Verifica-se que o suporte fático é suficiente para ensejar um juízo condenatório, tendo em vista os elementos informativos colhidos na fase inquisitiva, corroborados pelas provas produzidas em juízo, que são de forma a evidenciar a materialidade e a autoria do delito de posse de munição.

Desse modo, merece amparo a pretensão recursal.

Da condenação pelo crime de falsa identidade previsto no art. 307, do Código Penal.

O art. 307, do Código Penal estabelece que: "Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem. Pena: Detenção, de três meses a um ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave."

É crime de falsidade pessoal, pois recai sobre a identidade civil.

O bem jurídico penalmente tutelado e a fé pública, a credibilidade depositada pela sociedade na identificação das pessoas em geral. É o nome, a filiação, a idade, o estado civil, o sexo e a profissão.

Nesse crime o agente se autoatribui ou atribui a terceiros dados falsos, com o propósito de obter vantagem, em proveito próprio ou de terceiro, ou para causar dano a outrem.

Consiste na simples atribuição de falsa identidade. Há alegação falsa quanto a identidade.

O apelante sustenta que somente assumiu a falsa identidade para evitar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o cerceamento de sua liberdade.

Não se olvide que em observância ao princípio da ampla defesa consagrado pelo art. 5º, LV, da Constituição Federal, a autodefesa, exercida pelo próprio acusado está protegida como direito fundamental.

Com efeito, segundo a linha de Precedentes do Supremo Tribunal Federal, "a autodefesa não vai a ponto de deixar impune a prática de fato descrito como crime, no qual há dolo de ofender a fé pública".²

Destarte, aplica-se o delito tipificado pelo art. 307 do Código Penal à pessoa que, ao ser presa ou mesmo interrogada pela autoridade policial/judicial, identifica-se com nome falso, fato que ocorreu na hipótese em tela.

O crime em tela tutela justamente a fé pública. A credibilidade da sociedade na identificação das pessoas.

No caso, o apelante ao ser abordado por policiais se apresentou como terceiro. A fé pública e o Estado, certamente, foram atingidos pela conduta do apelante.

Por isso, o exercício da autodefesa não é compatível com a atribuição de falsa identidade. Fato desse tipo vai além da autodefesa.

Os mais recentes julgamentos do Superior Tribunal de Justiça entendem ser típica a conduta de atribuir-se falsa identidade (art. 307 do CP) perante autoridade policial, ainda que em situação de alegada autodefesa, sendo esse o caso dos autos.

(...)

A amparar esse entendimento, em recente edição, está o enunciado da Súmula 522 do STJ, o qual dispõe, "A conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa."

Por tais razões, entendo que merece acolhimento a pretensão recursal deduzida pelo Ministério Público.

Diante disso, acolho o recurso ministerial, considerando o conjunto probatório que atesta a autoria e a materialidade e não havendo qualquer excludente a beneficiar o réu, para, condenar o acusado nas penas do art. 307, c/c art. 69, ambos do Código Penal e art. 12, da Lei 10.826/2003.

Passo, então, a estabelecer a dosimetria da pena.

Atendendo-se ao disposto no art. 59 do Código Penal, na primeira fase, o réu agiu com culpabilidade normal à espécie; não registra antecedentes criminais; conduta social e personalidade sem elementos de anormalidade que possam ser considerados, razão pela qual deixo de valorá-las; motivos são normais e inerentes ao tipo penal, pelo que também não justifica a valoração negativa; **as circunstâncias em que o crime foi cometido influenciam em sua gravidade, ou seja, o réu estava foragido e em cumprimento de pena por crime anterior**; as consequências do crime são normais e inerentes ao tipo penal, pelo que também não justificam valoração negativa.

Do crime de posse de munição previsto no art. 12, da Lei 10.826/2003:

Desse modo, diante da presença de uma **circunstância judicial desfavorável (circunstâncias do crime)**, fixo a pena-base acima do mínimo legal, ou seja, em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de detenção e 14 (quatorze) dias-multa.

Na segunda fase, diante da presença da **agravante da reincidência** prevista no art. 61, I, do CP, elevo a pena-base no patamar de 1/6, ficando a pena intermediária em 1 (um) ano, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

detenção, mais 16 (dezesseis) dias-multa.

Por fim, na terceira fase, diante da inexistência de causas de aumento/diminuição, fica a pena definitiva em 1 (um) ano, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de detenção, mais 16 (dezesseis) dias-multa.

Do crime de falsa identidade previsto no art. 307, do Código Penal:

Desse modo, diante da presença de uma **circunstância judicial desfavorável (circunstâncias do crime)**, fixo a pena-base acima do mínimo legal, ou seja, em 4 (quatro) meses de reclusão.

Na segunda fase, diante da presença da **agravante da reincidência** prevista no art. 61, I, do CP, elevo a pena-base no patamar de 1/6, ficando a pena intermediária em 4 (quatro) meses e 20 (vinte) dias de detenção.

Por fim, na terceira fase, diante da inexistência de causas de aumento/diminuição, fica a pena definitiva em 4 (quatro) meses e 20 (vinte) dias de detenção, (destaquei)

Em atendimento ao art. 33, e seus parágrafos, do Código Penal, fixo o regime prisional no semiaberto, por se tratar de réu reincidente.

Por se tratar de réu reincidente, deixo de substituir a pena por restritivas de direitos ou de conceder o sursis, por entender que seria insuficiente para a prevenção e reprovação do delito (arts. 44 e 77, ambos do Código Penal).

Por força do art. 69, do Código Penal, pelo cometimento dos crimes previstos no art. 12, da Lei 10.826/2003 e art. 307, do Código Penal, fica a pena definitiva do apelante em 1 (um) ano, 10 (dez) meses e 40 (quarenta) dias de detenção, em regime semiaberto, mais 16 (dezesseis) dias-multa.

Do recurso defensivo.

(...)

(...)

Do pedido de redução da pena-base no mínimo legal.

Para o exame do pleito recursal, hei por bem colacionar o trecho da sentença, onde foi aventada a fundamentação no tocante à valoração das circunstâncias judiciais no âmbito da etapa inicial da dosimetria:

(...)

A partir dos fundamentos acima transcritos, o Magistrado sentenciante exasperou a pena-base em 1 (um) ano e 100 (cem) dias-multa acima do mínimo legal.

Com efeito, pode-se verificar que a elevação da pena foi fundamentada na valoração negativa das circunstâncias judiciais referente a culpabilidade, circunstâncias e conseqüências do crime, mais a circunstância preponderante do art. 42, da Lei 11.343/2006.

Sobre a culpabilidade, deve ficar delimitado que ela somente pode ser considerada negativa quando a conduta do agente se mostrar exacerbada ou censurável. Segundo Ricardo Augusto Schmitt, "a circunstância judicial atinente à culpabilidade se relaciona à censurabilidade da conduta, medindo o seu grau de reprovabilidade", de modo que devem ser valoradas "a frieza e a premeditação, as quais revelem maior intensidade no modo de agir do agente (intensidade maior no dolo)".

O Magistrado sentenciante valorou a culpabilidade do apelante argumentando que a culpabilidade está "evidenciada". Não demonstrou qualquer elemento concreto disponível no caso em julgamento que justificasse o acréscimo.

Por isso, deve ser afastada essa circunstância judicial.

Em relação às circunstâncias do crime, como o modo empregado na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prática do delito, deve ser analisado a relevância na indicação de maior censurabilidade à conduta praticada.

Segundo a respeitosa Doutrina, "Faz-se necessário precisar os fatos concretos, devidamente comprovados, que caracterizem as circunstâncias do crime. A sentença que não fundamenta sua valoração das circunstâncias do crime ou que não indica os elementos concretos que formaram o convencimento do juiz quanto a essa valoração padece de nulidade."

Nessa situação particular, o Magistrado processante se limitou a dizer que são "graves", porque praticara o tráfico de drogas implantado e meio a zona urbana, com possibilidade de grande abrangência...". Assim, fica afastada também essa circunstância judicial.

Sobre as conseqüências do crime, a sentença também merece reforma. Isso porque, como valorada, essa conseqüência é, também, típica da espécie penal do tráfico de drogas.

Como é cediço, a infração penal tipificada no artigo 33, caput, da Lei 11.343/2006 é crime de perigo abstrato, de modo que a mera realização da conduta típica estabelece a presunção de que o bem jurídico tutelado pela norma penal - saúde pública - foi exposto à situação de risco. Trata-se, pois, de presunção absoluta, de forma que é dispensada qualquer prova sobre a efetiva situação de risco.

Esse, aliás, é o entendimento estampado pela jurisprudência.

(...)

No entanto, a valoração, nesse ponto, está inadequada, de modo que os elementos apontados não são aptos a ensejar a atribuição de valor negativo a essa circunstância judicial.

No que se refere às conseqüências do crime, a análise do juiz não está adequada. Dizer que são graves porque "efeitos desastrosos na família e sociedade causados pelo comércio e uso de substâncias entorpecentes" é inerente a esse tipo penal, pelo que deve ser afastada.

Bem se sabe que no âmbito dos delitos penais previstos na Lei 11.343/06, o julgador, ao fixar a pena na primeira fase da dosimetria, deverá considerar, 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. Essa, aliás, é a inteligência expressa do art. 42 da Lei de drogas.

Da leitura do art. 42 acima citado, o juiz deverá considerar as circunstâncias nele previstas com preponderância sobre as previstas no art. 59 do Código Penal.

É certo que na aplicação das penas compreendidas pela Lei 11.343/2006, o juiz não se afastará totalmente do art. 59 do Código Penal, devendo aplicá-lo de forma subsidiária em relação às circunstâncias do art. 42 da lei especial.

Não se olvide que a quantidade de droga traficada - 5,0 (cinco) gramas de maconha, não é circunstância judicial específica que justifica a exasperação da pena-base para além do mínimo legal.

Diante do afastamento das circunstâncias judiciais, a pena-base deve ser reduzida no mínimo legal.

Desse modo, reformo a sentença, para o fim de reduzir a pena-base pelo cometimento do crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, no mínimo legal, ou seja, em 5 (cinco) anos e 500 (quinhentos) dias-multa.

Do redimensionamento da pena aplicada ao crime de tráfico de drogas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(art. 33, caput, da Lei 11.343/2006).

Na primeira fase, reduzo a pena-base no mínimo legal, fixando-a em 5 (cinco) anos e 500 (quinhentos) dias-multa.

Na segunda fase, na forma da sentença, diante do reconhecimento e aplicação da agravante da reincidência, no patamar de 1 (um) ano, elevo a pena-base, ficando a pena intermediária em 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa.

Por fim, na terceira fase, diante da inexistências de causas aumento/diminuição, fica a pena definitiva do apelante pelo cometimento do crime de tráfico de drogas em 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa.

Do pedido de alteração do regime prisional.

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal, em recente decisão (HC 111.840-ES), estabeleceu que no âmbito do delito penal de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/06, art. 33), não há mais a obrigatoriedade de imposição de regime fechado para início de cumprimento de pena, de modo que a fixação do regime prisional inicial, na situação concreta, deve estar em harmonia ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal. Já decidiu, inclusive, pela inconstitucionalidade desta determinação, conforme evidencia o julgado abaixo:

(...)

Para a fixação do regime inicial para o cumprimento da pena, deve ser levado em consideração a quantidade de pena privativa de liberdade imposta em razão do delito penal imputado em desfavor do réu. Mensurado os limites da sanção corporal, estabelecer-se-á o regime prisional, à luz do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

Como bem se sabe o art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal estabelece os critérios a serem observados para a fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade.

O referido artigo impõe os três fatores decisivos na escolha do regime inicial, quais sejam, a reincidência, a quantidade de pena e as circunstâncias judiciais.

Portanto, pelas razões acima, mantenho o regime inicial de cumprimento de pena no fechado, como fixado pela sentença.

Por derradeiro, no que tange ao prequestionamento suscitado pelo apelante, cabe esclarecer que as matérias abordadas não merece qualquer apontamento específico ou pormenorizado, haja vista que foram suficientemente enfrentadas, de modo que não houve qualquer inobservância quanto a esse ponto.

Diante do exposto, conheço dos recursos para:

a) com o parecer, dar provimento ao recurso do Ministério Público a fim de condenar o réu à pena de 1 (um) ano, 10 (dez) meses e 40 (quarenta) dias de detenção, em regime semiaberto, mais 16 (dezesseis) dias-multa, por infração ao art. 12 da Lei 10.826/2003 e art. 307, c/c art. 69, todos do Código Penal;

b) contra o parecer, dar parcial provimento ao recurso defensivo somente para o fim de reduzir a pena-base, ficando a pena definitiva do apelante pelo cometimento do crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006 em 6 (seis) anos de reclusão, em regime fechado e ao pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa (fls. 61/66).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Interpostos embargos infringentes e de nulidade, não foram providos, a teor da seguinte ementa:

EMENTA - EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL - POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO - ATIPICIDADE DA CONDUTA - NÃO ACOLHIMENTO - CRIME DE MERA CONDUTA E PERIGO ABSTRATO - PRESCINDIBILIDADE DE DANO CONCRETO - RECURSO IMPROVIDO.

I - A posse ilegal de munição de uso permitido, tipificada no artigo 12 da Lei 10.826/03, constitui crime de mera conduta e de perigo abstrato, de modo que não exige a ocorrência de nenhum resultado naturalístico para sua configuração, mas apenas potencial abalo à incolumidade pública. Assim, o simples fato de portar o artefato bélico sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar já expõe à lesão a objetividade jurídica tutelada pela norma, sendo o bastante, pois, ao enquadramento típico.

II - Recurso improvido (fl. 302).

No presente *mandamus*, alega o impetrante que "o Tribunal local, ao realizar a fixação das penas-base dos crimes previstos no artigo 12, da Lei nº 10.826/2003, e artigo 307, *caput*, do Código Penal, incorreu em *bis in idem*", haja vista que "a única condenação criminal do ora paciente foi utilizada tanto para negativar as 'circunstâncias' do crime, na primeira fase de individualização da pena, como também para agravar a pena pelo reconhecimento da agravante da reincidência, na segunda fase" (fls. 9/10).

Defende que "o fato do réu estar foragido e em cumprimento de pena por crime anterior diz respeito a essa única condenação criminal, sendo certo que o Julgador incorreu, assim, no odioso *bis in idem*" (fl. 11).

Requer a redução das penas-base dos crimes de posse de munição para arma de fogo e falsa identidade ao mínimo legal.

Foram prestadas informações às fls. 314/333.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral, pelo não conhecimento do *writ* ou pela denegação da ordem (fls. 349/353).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 346.639 - MS (2016/0001662-2)

EMENTA

HABEAS CORPUS. POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO. FALSA IDENTIDADE. CONDENAÇÃO DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. REINCIDÊNCIA *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. FUNDAMENTOS DISTINTOS. NÃO CONHECIMENTO.

1. Não há falar em *bis in idem* em razão da majoração da pena-base (valoração negativa das circunstâncias do delito) e da aplicação da agravante da reincidência, haja vista que, em cada fase da dosimetria foram utilizados fundamentos distintos para exasperar a reprimenda.
2. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Destaco, inicialmente, que se trata de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, o que impede o seu conhecimento. Cabe avaliar, de qualquer sorte, a existência de ilegalidade patente, a ensejar a concessão de ordem de ofício.

Não há falar em *bis in idem* em razão da majoração da pena-base (valoração negativa das circunstâncias do delito) e da aplicação da agravante da reincidência, haja vista que, em cada fase da dosimetria foram utilizados fundamentos distintos para exasperar a reprimenda.

Com efeito, na primeira fase da individualização da pena, a sanção básica foi exasperada em razão de o paciente ter cometido o delito enquanto "estava foragido e em cumprimento de pena por crime anterior" (fl. 55). Assim, entendeu o Tribunal de origem gravidade dos fatos demandavam um maior rigor punitivo, motivo pelo qual exasperou a reprimenda em razão da valoração negativa das circunstâncias do crime.

Na segunda etapa, a Corte de origem observou incidir na espécie a agravante da reincidência, porquanto o paciente ostenta condenação anterior, com trânsito em julgado em data anterior ao cometimento do crime ora em julgamento.

Não houve, pois, dupla valoração da mesma circunstância, consoante quer levar a crer o impetrante, porquanto foram utilizados fundamentos distintos na primeira e na segunda fase da individualização da pena.

Ora, a majoração da pena-base em razão de o paciente ter cometido o delito enquanto deveria estar cumprindo pena pela prática de outro crime, muito embora se refira à mesma condenação, não se confunde com a exasperação da reprimenda da segunda etapa da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dosimetria à título de reincidência.

Com efeito, a sanção básica foi aumentada em razão das graves circunstâncias em que o delito foi cometido, a saber, enquanto o paciente estava foragido e em cumprimento de pena por delito anterior, o que demonstra ousadia e maior gravidade da conduta perpetrada. A agravante da reincidência, por sua vez, incidiu na espécie em razão de previsão legal específica, a saber, os arts. 61, I, e 63 do Código Penal. Assim, comprovada a existência de condenação anterior coberta pelo manto da coisa julgada, há de incidir, obrigatoriamente, a referida agravante. A título ilustrativo, confira-se o teor dos referidos dispositivos legais:

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - a reincidência; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

(...)

Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Dessarte, tendo em vista que foram declinados motivos diversos para exasperação da reprimenda do paciente na primeira e na segunda fase do cálculo da pena, não há falar em violação ao princípio do *non bis in idem*. Nesse sentido, *mutatis mutandis*, já decidiu este Sodalício:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL, REINCIDÊNCIA E MAJORANTE DO ART. 40, INCISO III. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. FUNDAMENTOS DISTINTOS. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Não há falar em bis in idem em razão da majoração da pena-base, da aplicação da agravante da reincidência e da aplicação da causas de aumento de pena previstas no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/2006, haja vista que, em cada fase da dosimetria foram utilizados fundamentos distintos.

3. Habeas corpus não conhecido.

(HC 263.795/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/09/2014, DJe 02/10/2014)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, tem-se que a impetração substitutiva não comporta a extraordinária cognição.

Ante o exposto, **não conheço** *do habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0001662-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 346.639 / MS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00069682220138120021 00074211720138120021 2262013 69682220138120021
74211720138120021

EM MESA

JULGADO: 08/03/2016

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA ELIANE MENEZES DE FARIAS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : WELLINGTON TAVARES 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 Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.