

22/05/2012

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 112.830 ACRE

RELATOR : **MIN. DIAS TOFFOLI**
PACTE.(S) : ROMULO DA SILVA ROIZ
PACTE.(S) : NATHANAEL SANTOS DA SILVA
IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA

Habeas corpus. Fixação da pena. Concurso da agravante da reincidência e da atenuante da confissão espontânea. Pretensão à compensação da qualificadora com a atenuante, ou à mitigação da pena-base estabelecida. Inviabilidade. Ordem denegada.

1. Nos termos do art. 67 do Código Penal, no concurso de atenuantes e agravantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes. No caso em exame, a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada ou qualquer outra mitigação. Precedentes.

2. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em denegar a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 22 de maio de 2012.

MINISTRO DIAS TOFFOLI
Relator

22/05/2012

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 112.830 ACRE

RELATOR : **MIN. DIAS TOFFOLI**
PACTE.(S) : **ROMULO DA SILVA ROIZ**
PACTE.(S) : **NATHANAEL SANTOS DA SILVA**
IMPTE.(S) : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Vistos.

Habeas corpus, sem pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de Rômulo da Silva Roiz e Nathanael Santos da Silva, apontando como autoridade coatora a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que concedeu parcialmente a ordem no HC nº 170.713/AC impetrado àquela Corte, Relatora a Ministra **Laurita Vaz**.

Sustenta a impetrante que

“a atenuante da confissão nada mais é que traço característico da personalidade do agente que, ao confessar, assume os próprios erros e se responsabiliza por eles. Como traço da personalidade, que também é circunstância preponderante constante do art. 67 do Diploma Penal, assim como a reincidência, é preciso haver a compensação” (fl. 3 da inicial).

Requer a concessão da ordem, “a fim de que a agravante da reincidência seja compensada com a atenuante da confissão, por restar configurado à espécie *inequívoco constrangimento ilegal*” (fl. 5 da inicial).

Em 29/3/12, não havendo pedido de liminar a ser apreciado e estando os autos devidamente instruídos com as peças necessárias ao entendimento da questão, dispensei as informações da autoridade

HC 112.830 / AC

coatora.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da ilustre Subprocuradora-Geral da República Dra. **Cláudia Sampaio Marques**, opinou pelo indeferimento da ordem de **habeas corpus** (anexo de instrução nº 9).

É o relatório.

22/05/2012

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 112.830 ACRE

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Conforme relatado, volta-se esta impetração contra decisão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que concedeu parcialmente a ordem no HC nº 170.713/AC impetrado àquela Corte, Relatora a Ministra Laurita Vaz.

Ambos os pacientes foram condenados, em primeiro grau, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, incisos I e II, do CP, à pena de 6 (seis) anos e 10 (dez) meses de reclusão e multa, tendo-lhes sido imposto o regime inicial fechado.

O apelo da defesa não foi provido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Acre.

Interpôs a defesa, então, **habeas corpus** perante o Superior Tribunal de Justiça, que foi parcialmente concedido, em decisão assim ementada:

"HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. PRIMEIRA FASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO APRESENTADA. PENA-BASE QUE DEVE SER FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CONCURSO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime.

2. Inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base, seja a título de maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade. Por tal razão fora editada a Súmula nº 444/STJ,

HC 112.830 / AC

na qual se sedimentou o entendimento de que '[é] vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base'.

3. Esta Corte de Justiça já se posicionou no sentido de que a personalidade do criminoso não pode ser valorada negativamente se não existirem, nos autos, elementos suficientes para sua efetiva e segura aferição pelo julgador. Precedente.

4. Não se prestam a autorizar o aumento da pena-base a menção a circunstâncias inerentes e intrínsecas ao tipo penal, sob pena de *bis in idem*. Isso porque tais elementos já foram considerados no processo legislativo, quando do estabelecimento da reprimenda abstrata.

5. A reincidência, nos termos do art. 67 do Código Penal, é circunstância preponderante, que prevalece sobre a confissão espontânea no momento da fixação da pena. Precedentes.

6. Ordem parcialmente concedida, para fixar as reprimendas dos Pacientes em **4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão** para cada um, mantida, no mais, a condenação imposta na sentença" (www.stj.jus.br).

A impetrante pretende a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, asseverando, em síntese, que essa atenuante pode ser reconhecida como uma circunstância preponderante relacionada à personalidade dos pacientes.

Tenho para mim, contudo, que essa afirmação é equivocada.

Dispõe o art. 67 do CP acerca do concurso de agravantes e atenuantes, **in verbis**:

"Art. 67 - No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência."

O Código Penal prevê, em seu art. 67, a existência de circunstâncias

HC 112.830 / AC

preponderantes, devendo a pena aproximar-se do limite por elas indicado. São elas: os motivos determinantes do crime, a personalidade do agente e a reincidência.

In casu, está-se diante da reincidência e da confissão espontânea, sendo que a primeira é expressamente prevista como circunstância preponderante.

Cabe perquirir, portanto, se a confissão espontânea é hábil a revelar a personalidade do agente e se desta realidade decorreria entendê-la, também, como circunstância preponderante, porquanto no bojo da expressão ‘personalidade do agente’.

Pode-se afirmar que também a reincidência revela traços da personalidade do agente, como um modo de vida voltado à prática de crimes, a não intimidação diante do aparato repressivo estatal ou, ainda, a não recuperação em face de sanção porventura aplicada anteriormente.

Logo, ou estarão ambas as circunstâncias – reincidência e confissão espontânea – a definir a personalidade do agente, o que só confirmaria a preponderância da primeira, porquanto prevista, também, expressamente, ou deve-se entender a confissão espontânea como sendo circunstância distinta da personalidade do agente, não podendo ser compreendida em seu bojo.

Pertinente transcrever-se ensinamento de **Luiz Regis Prado**, segundo o qual fica claro que a confissão espontânea foi erigida a atenuante, precipuamente, não por revelar a personalidade do agente, mas por seu cunho político-criminal, na medida em que auxilia o Estado na persecução criminal:

“Tal circunstância baseia-se fundamentalmente em considerações político-criminais (v.g. exigências de prevenção especial, favorecimento da administração da justiça); quanto movido o agente pelo arrependimento, sua conduta será também indício de menor gravidade da culpabilidade” (**Curso de Direito Penal Brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. v. 1 (parte geral: arts. 1º a 120)).

HC 112.830 / AC

Ainda deste trecho, extrai-se outra importante lição: nem sempre o agente que confessa espontaneamente seus atos criminosos está imbuído do sentimento de arrependimento, não se podendo extrair simplesmente de uma confissão, uma personalidade 'mais ajustada'.

Conclui-se, pois, pela autonomia da atenuante da confissão espontânea em relação à circunstância 'personalidade do agente', essa sim prevista como preponderante no art. 67 do CP.

Nesse sentido, a jurisprudência de ambas as Turmas deste Supremo Tribunal:

“PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO. FIXAÇÃO DA PENA. CONCURSO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. I – Nos termos do art. 67 do Código Penal, no concurso de atenuantes e agravantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes. No caso sob exame, a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada. Precedentes. II – Condenação, que, ademais, não desbordou dos lindes da razoabilidade e proporcionalidade. III – Recurso desprovido” (RHC nº 107.967/DF, Primeira Turma, da relatoria do Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJe de 25/5/11);

“PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE FURTO. FIXAÇÃO DA PENA. CONCURSO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PRETENSÃO DE COMPENSAÇÃO. INVIABILIDADE. ORDEM DENEGADA. I – Nos termos do art. 67 do Código Penal, no concurso de atenuantes e agravantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes. No caso em exame, a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão

HC 112.830 / AC

espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada. Precedentes. II – Sentença, que, ademais, não desbordou dos lindes da razoabilidade e proporcionalidade. III – Ordem denegada” (HC nº 106.514/MS, Primeira Turma, da relatoria do Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJe de 17/2/11);

“RECURSO ORDINÁRIO EM **HABEAS CORPUS**. PENAL. CRIME DE PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO (ART. 14 DA LEI 10.826/2003). DOSIMETRIA DA PENA. CONCURSO DE CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES E AGRAVANTES. ALEGAÇÃO DE QUE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA DEVE PREPONDERAR SOBRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA. 1. A reincidência é uma circunstância agravante que prepondera sobre as atenuantes, com exceção daquelas que resultam dos motivos determinantes do crime ou da personalidade do agente (art. 67 do Código Penal), hipóteses em que não se enquadra a atenuante da confissão espontânea. Precedentes. 2. Recurso ao qual se nega provimento” (RHC nº 102.957/DF, Primeira Turma, da relatoria da Ministra **Cármem Lúcia**, DJe de 14/5/10);

“**Habeas Corpus**. 2. Concurso de agravantes e atenuantes. Preponderância da reincidência sobre a confissão espontânea. Art. 67 do CP. Constrangimento ilegal não caracterizado. 3 Ordem denegada” (HC nº 106.172/MS, Segunda Turma, da relatoria do Ministro **Gilmar Mendes**, DJe de 11/3/11);

“**HABEAS CORPUS**. ROUBO. CONCURSO DE ATENUANTES E AGRAVANTES. ARMA NÃO APREENDIDA E NÃO PERICIADA. PREPONDERÂNCIA DA REINCIDÊNCIA SOBRE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ORDEM DENEGADA.

1. A questão de direito tratada nos autos deste **habeas corpus** diz respeito à possível exclusão da causa especial de aumento de pena decorrente do uso de arma de fogo, que não foi apreendida nem periciada, e à preponderância da

HC 112.830 / AC

reincidência sobre a atenuante da confissão espontânea.

2. O reconhecimento da causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal prescinde da apreensão e da realização de perícia na arma, quando provado o seu uso no roubo, por outros meios de prova.

3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que não se exclui a causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal por falta de apreensão da arma, quando comprovado o seu uso por outro meio de prova. Precedentes.

4. Corretas as razões do parecer da Procuradoria-Geral da República ao concluir que o artigo 67 do Código Penal é claro 'ao dispor sobre a preponderância da reincidência sobre outras circunstâncias, dentre as quais enquadram-se a confissão espontânea. Afinal, a confissão não está associada aos motivos determinantes do crime, e - por diferir em muito do arrependimento - também não está relacionada à personalidade do agente, tratando-se apenas de postura adotada pelo réu de acordo com a conveniência e estratégia para sua defesa'.

5. Não há ilegalidade quando a circunstância agravante da reincidência prevalece sobre a atenuante da confissão espontânea na aplicação da pena. Nestes termos, HC 71.094/SP, rel. Min. Francisco Rezek, Segunda Turma, unânime, DJ 04.08.95.

6. **Habeas corpus denegado**” (HC nº 99.446/MS, Segunda Turma, da relatoria da Ministra **Ellen Gracie**, DJe de 11/9/09 – destaques nossos).

Anoto, ainda, que a situação dos pacientes não os favorece. Isso porque a reincidência, entre as inúmeras circunstâncias agravantes, já traz em si mesma uma gravidade maior, visto que ela evidencia que persistiram na senda do crime, não obstante condenações anteriores.

Note-se que a pena-base constitui a primeira etapa da fixação do **quantum** da pena, quando o juiz elege um montante, entre o mínimo e o máximo previstos pelo legislador para o crime, baseado nas

HC 112.830 / AC

circunstâncias judiciais do art. 59. Sobre a pena-base incidirão as agravantes e as atenuantes (segunda fase), e as causas de aumento e diminuição (terceira fase).

No caso em análise, o STJ ajustou a pena-base dos pacientes; fê-lo, diante da inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, no patamar de 4 (quatro) anos, que em seguida acresceu de 6 (seis) meses, ante o reconhecimento da presença de circunstância agravante (CP, art. 61, inciso I), tornando definitiva, olvidando-se, inclusive da existência de qualificadoras, não consideradas no cálculo.

Tenho que, **in casu**, não é a hipótese de qualquer outro decréscimo, diante da reincidência, que se revela como preponderante em relação à confissão espontânea.

Nesse sentido precedente recente desta Primeira Turma, de **minha relatoria**:

“Recurso ordinário em **habeas corpus**. Penal. Crime de furto. Prescrição retroativa. Reestruturação da pena imposta. Redução do quantum referente ao acréscimo pela reincidência. Inadmissibilidade. Recurso não provido. 1. A pena-base constitui a primeira etapa da fixação do quantum da pena, quando o juiz elege um montante, entre o mínimo e o máximo previstos pelo legislador para o crime, baseado nas circunstâncias judiciais do art. 59. Sobre a pena-base incidirão as agravantes e as atenuantes (segunda fase), e as causas de aumento e diminuição (terceira fase). 2. Extirpado da pena – para cálculo de prescrição – o aumento decorrente da continuidade (CP, art. 119 e Súmula nº 497 desta Suprema Corte), considera-se, para fins de verificação do lapso prescricional aplicável, a pena concretamente fixada. 3. Prescrição não verificada. 4. Recurso ordinário não provido.” (RHC nº 107.622/MG, DJe de 13/9/11 - destaquei).

De outra parte, anoto que, para se chegar a decisão contrária à do Superior Tribunal de Justiça, seria necessário proceder ao cotejo fático probatório, inexecutável na via estreita do **habeas corpus**. A esse respeito,

HC 112.830 / AC

confira-se o julgado seguinte:

“HABEAS CORPUS. PENAL. PACIENTE CONDENADO PELO CRIME DE HOMICÍDIO SIMPLES. PENA-BASE. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. DECISÃO FUNDAMENTADA EM UMA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. ADEQUADO PARA A REPROVAÇÃO E PREVENÇÃO DO DELITO. ART. 59 DO CP. ORDEM DENEGADA. I – De acordo com a jurisprudência desta Corte, somente em situações excepcionais é que se admite o reexame dos fundamentos da dosimetria levada a efeito pelo juiz a partir do sistema trifásico. Precedentes. II – O quantum de pena fixado pelo magistrado sentenciante encontra-se devidamente motivado, além de mostrar-se proporcional ao caso em apreço, sendo certo que não se pode utilizar “o habeas corpus para realizar novo juízo de reprovabilidade, ponderando, em concreto, qual seria a pena adequada ao fato pelo qual condenado o Paciente” (HC 94.655/MT, Rel. Min. Cármen Lúcia). Precedentes. III – O regime prisional fixado para o cumprimento inicial da pena pelo paciente mostra-se adequado e compatível com o caso sob exame, especialmente em virtude da presença de circunstância judicial desfavorável ao paciente. IV – A alínea b do § 2º do art. 33 do Código Penal estabelece que o regime prisional para os condenados à pena superior a quatro anos e não excedente a oito poderá, desde o início, pode ser o semiaberto. V - Contudo, a fixação do regime prisional coloca-se sob o prudente arbítrio do magistrado sentenciante, que deverá levar em conta os critérios do art. 59 do mesmo Codex. VI – **Habeas corpus denegado” (HC nº 107.654/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJe de 26/10/11).**

Posto isso, **denego** a ordem.

É como voto.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 112.830

PROCED. : ACRE

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

PACTE.(S) : ROMULO DA SILVA ROIZ

PACTE.(S) : NATHANAEL SANTOS DA SILVA

IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma denegou a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. 1ª Turma, 22.5.2012.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia, Luiz Fux e Rosa Weber.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Mathias.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Secretária da Primeira Turma