

26/08/2008

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 94.903-7 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : **MIN. MENEZES DIREITO**
PACIENTE(S) : **MARCOS AURÉLIO ROSA DE OLIVEIRA**
IMPETRANTE(S) : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

EMENTA

Habeas corpus. Penal. Sentença penal condenatória transitada em julgado. Possibilidade de impetração de habeas corpus. Precedentes. Fixação da pena. Método trifásico (arts. 59 e 68 do Código Penal). Os fatos considerados maus antecedentes na primeira fase, para fixação da pena-base, não servem como circunstâncias legais de agravamento da pena (art. 61, inc. I, do Código Penal). Precedentes. Inocorrência no caso concreto.

1. A jurisprudência desta Suprema Corte consolidou-se no sentido de que *“a coisa julgada estabelecida no processo condenatório não é empecilho, por si só, à concessão de habeas corpus por órgão jurisdicional de gradação superior, de modo a desconstituir a decisão coberta pela preclusão máxima”* (RHC nº 82.045/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, DJ de 25/10/02).

2. Os fatos considerados maus antecedentes na primeira fase, para fixação da pena-base (circunstâncias judiciais – art. 59 do Código Penal), não podem servir como circunstâncias legais de agravamento da pena, sob pena de incidir em **bis in idem**, o que não ocorreu no caso concreto.

3. **Habeas corpus** conhecido e denegada a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Sr. Ministro Marco



HC 94.903 / RS

Aurélio, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em indeferir o pedido de **habeas corpus**.

Brasília, 26 de agosto de 2008.


MINISTRO MENEZES DIREITO

Relator

26/08/2008**PRIMEIRA TURMA****HABEAS CORPUS 94.903-7 RIO GRANDE DO SUL**

RELATOR : **MIN. MENEZES DIREITO**
PACIENTE(S) : **MARCOS AURÉLIO ROSA DE OLIVEIRA**
IMPETRANTE(S) : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

RELATÓRIO**O EXMO. SR. MINISTRO MENEZES DIREITO:**

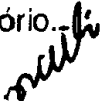
Habeas corpus, sem pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de Marcos Aurélio Rosa de Oliveira, pleiteando a concessão da ordem para que seja desconstituído *“o Acórdão do Superior Tribunal de Justiça com conseqüente revigoração do **decisum** do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que afastou a agravante da reincidência evitando, o **bis in idem**”* (fl. 10).

Aponta como autoridade coatora a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que deu provimento ao Recurso Especial nº 936.791/RS, interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

A impetrante alega, em síntese, que o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal, pois o acórdão proferido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça não poderia ter aplicado a agravante da reincidência (art. 61, inc. I, do Código Penal) à pena do paciente, uma vez que já considerada para aumentar a pena-base, e que esse entendimento configuraria o **bis in idem** (fls. 3 a 10).

Por não haver pedido de liminar a ser apreciado e estarem os autos devidamente instruídos com as peças necessárias ao entendimento da questão, dispensei as informações da autoridade apontada como coatora e abri vista dos autos ao Ministério Público Federal (fls. 103 a 106), que, pelo parecer do Subprocurador-Geral da República, Dr. **Wagner Gonçalves**, manifestou-se pelo não-conhecimento do writ e, se conhecido, pela denegação da ordem (fls. 108 e 111).

É o relatório.



HC 94.903 / RS**VOTO****O EXMO. SR. MINISTRO MENEZES DIREITO:**

Tem-se, nos autos, que o paciente foi denunciado pelo Ministério Público estadual, em 3/10/05, pela prática do delito previsto no artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal (furto com emprego de arma de fogo - fls. 15 a 17).

A denúncia foi recebida em 4/12/02 (fl. 18).

Em 11/10/03, o paciente foi condenado pelo Juízo de 1º grau (fls. 19 a 26), como incurso nas sanções do artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, à pena de 9 anos, 9 meses e 18 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais pena de multa.

Contra essa decisão, o paciente interpôs apelação criminal (fls. 27 a 37) ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que, em 26/4/06, deu parcial provimento ao apelo defensivo para reduzir a pena para 5 anos e 8 meses de reclusão, mantendo no mais a sentença condenatória (fls. 50 a 57).

Irresignado, o Ministério Público estadual opôs embargos de declaração (fls. 60 a 63), que foram desacolhidos por aquele Tribunal de Justiça (fls. 66 a 69). Na seqüência, interpôs o Recurso Especial nº 936.791/RS (fls. 73 a 85), o qual, em 27/3/08, foi conhecido e provido pelo Superior Tribunal de Justiça para restabelecer a causa especial de aumento de pena previsto no artigo 61, inciso I, do Código Penal e aumentar a pena para 6 anos, 7 meses e 10 dias de reclusão.

Está na decisão:

“(…)

Verifica-se que o Tribunal a quo, ao deixar de aplicar o acréscimo da reincidência, aduzindo, entre outras coisas, que tal instituto não se coaduna com a ordem constitucional vigente, negou vigência ao art. 61, inciso I, do Código Penal, segundo o qual:

‘Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

*I - a reincidência;
(…)’*

Com efeito, respeitável a construção doutrinária na defesa de quaisquer teses que exaltem ou critiquem o sistema legal em vigor, contudo, durante a sua vigência, afigura-se imprescindível que seja efetivamente respeitado e aplicado; e, consoante se depreende da redação do dispositivo em questão, o legislador endereçou um comando,

HC 94.903 / RS

e não uma faculdade, ao aplicador da lei, qual seja: no momento da dosimetria da pena, estando comprovada a reincidência, a sanção corporal deverá ser sempre agravada.

Nesse sentido:

'PENAL. RECURSO ESPECIAL.
RECEPTAÇÃO. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE.
NECESSIDADE DE APLICAÇÃO.

I - Dentro dos limites legais, uma vez caracterizada a reincidência, a agravante deve ser aplicada.

II - Fere o disposto no art. 61, inciso I, do Código Penal, a rejeição de sua incidência sob pretexto de **bis in idem**, concretamente inócua. (Precedentes).

Recurso especial provido.' (REsp 926.231/RS, Rel. Min. **FELIX FISCHER**, 5.ª Turma, DJ de 03/09/2007.)

'PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA. ART. 61, I, DO CÓDIGO PENAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA RECONHECIDA. NORMA DE APLICAÇÃO OBRIGATORIA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, 'Condenações diversas, transitadas em julgado, singularmente apreciadas, podem ser levadas em consideração, pelo julgador, para efeito de maus antecedentes e de reincidência, desde que, como **in casu** ocorre, sejam distintos os elementos geradores. O que não se admite é a valoração, em momentos diversos, durante a fixação da pena, de um mesmo fato' (REsp 736.345/RS, Rel. Min. **LAURITA VAZ**, Quinta Turma, DJ de 19/12/2005).

2. O art. 61, inciso I, do Código Penal prevê a reincidência como circunstância legal, sendo esta, portanto, norma de natureza cogente, ou seja, de aplicação obrigatória, que deverá sempre agravar a pena.

3. Recurso especial conhecido para determinar ao Tribunal **a quo** que proceda a nova dosimetria da pena, considerando a agravante da reincidência, mantidas as demais cominações do acórdão recorrido.' (REsp 899.339/RS, Rel. Min. **ARNALDO ESTEVES LIMA**, 5.ª Turma, DJ de 07/05/2007.)

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso para, reformando o acórdão recorrido, restabelecer a causa especial de aumento do art. 61, inciso I, do Código Penal.

Assim, inalteradas as demais cominações do aresto hostilizado, mantém-se a pena-base de **MARCOS AURÉLIO ROSA DE**

HC 94.903 / RS

OLIVEIRA, fixada em 4 (quatro) anos e 3 (três) meses de reclusão. Diante do reconhecimento da circunstância agravante da reincidência, majora-se a pena em 1/6 (um sexto). Por fim, aumenta-se a pena em 1/3 (um terço) pela qualificadora prevista no art. 157, § 2.º, inciso I, do Código Penal, tornando-a, pois, definitiva, em 06 (seis) anos, 7 (sete) meses e 10 (dez) dias de reclusão” (fls. 11/12).

Daí a presente impetração, na qual alega a impetrante, em síntese, que o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal, pois o acórdão proferido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça não poderia ter aplicado, à pena do paciente, a agravante da reincidência (art. 61, inc. I, do Código Penal), uma vez que já considerada para aumentar a pena-base, e que esse entendimento configuraria **bis in idem** (fls. 3 a 10).

Inicialmente, não vejo óbice ao conhecimento da impetração em virtude do trânsito em julgado da condenação, como pretendido pelo Ministério Público Federal.

É certo que esta Corte firmou o entendimento no sentido de que o **habeas corpus** não pode ser utilizado como sucedâneo de revisão criminal para reabrir a discussão de mérito da ação penal ou analisar o conjunto fático-probatório nela existente. Todavia, a jurisprudência desta Suprema Corte também se consolidou no sentido de que “a coisa julgada estabelecida no processo condenatório não é empecilho, por si só, à concessão de **habeas-corpus** por órgão jurisdicional de gradação superior, de modo a desconstituir a decisão coberta pela preclusão máxima” (RHC nº 82.045/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, DJ de 25/10/02).

Não se trata, no presente caso, de reabrir discussão de mérito ou analisar o conjunto fático-probatório. A questão trazida no **habeas corpus** é exclusivamente de direito, sobre a legitimidade ou não da aplicação de uma circunstância legal (reincidência) para agravar a pena-base imposta ao paciente.

Conheço, portanto, da impetração.

No mérito, não tem razão a impetrante.

A aplicação da pena deve obedecer, em se tratando de crimes comuns, ao critério trifásico adotado pelo Código Penal nos artigos 59 e 68.

Em um primeiro momento, após concluir de modo afirmativo pela materialidade e pela autoria do crime, o Juiz deve fixar a quantidade da pena a ser

minh

HC 94.903 / RS

aplicada dentro dos limites estabelecidos pelo legislador. Nessa tarefa, cumpre-lhe observar a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do ilícito, e o comportamento da vítima. Em um segundo momento, o Juiz deve majorar ou diminuir a pena-base fixada conforme verifique a existência de circunstâncias atenuantes, previstas no artigo 65, ou agravantes, previstas nos artigos 61 e 62 do Código. Na terceira e última fase de aplicação da pena, tem lugar a incidência das causas de diminuição e de aumento, em geral previstas na parte especial do Código Penal, e cuja expressão é previamente estabelecida dentro de uma margem expressamente estabelecida pelo próprio legislador.

Todo esse processo, vale lembrar, é corolário do princípio do devido processo legal e encontra justificativa direta na necessidade de se preservar a proporcionalidade possível entre o ilícito praticado e a reprimenda que lhe deve corresponder. Nessa medida, constitui, também, instrumento apto a garantir uma fundamentação transparente sobre o juízo de razoabilidade formulado pelo Juiz que, assim, poderá ser aferido dentro de cada uma das etapas que levam à aplicação da pena.

No que se refere especificamente à questão trazida no presente **habeas corpus**, a jurisprudência desta Suprema Corte firmou o entendimento de que os fatos considerados maus antecedentes na primeira fase, para fixação da pena-base (circunstâncias judiciais – art. 59 do CP), não podem servir como circunstâncias legais de agravamento da pena, sob pena de incidir em **bis in idem** (nesse sentido: HC nº 69.479/RJ, Segunda Turma, Relator o Ministro **Marco Aurélio**, DJ de 18/12/92; HC nº 70.223/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro **Néri da Silveira**, DJ de 3/12/93; HC nº 70.483/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro **Celso de Mello**, DJ 29/4/94; HC nº 70.327/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, DJ de 24/6/94).

Faço o relato do que ocorreu no caso concreto.

Ao fixar a pena do paciente, o Juízo sentenciante assim fundamentou sua decisão:

“(…)

1) Da pena privativa de liberdade

Com relação à culpabilidade, verifico que não foi questionada. A censurabilidade do agir do réu se afasta do mínimo, considerando a audácia e intenso dolo demonstrado durante a execução

minh

HC 94.903 / RS

do fato e, sobretudo na busca de assegurar o seu proveito, tendo trocado tiros com policiais em perseguição, colidido com grande violência contra terceiro veículo, inocente, causando-lhe danos de monta e somente sendo contido mediante 03 disparos. Tinha perfeita consciência da ilicitude, tanto que negou a autoria. O fato foi cometido enquanto o réu estava foragido do sistema penitenciário.

O réu possui antecedentes, sendo que, além da condenação a ser utilizada abaixo na reincidência, a folha de antecedentes registra outras infrações.

A conduta social foi abonada.

No tocante à motivação do delito, tenho por inerente ao tipo penal: obtenção de vantagem ilícita.

Em relação às conseqüências do delito, devem ser julgadas negativas, pois o objeto do crime foi restituído à vítima após forte colisão, que também provocou perda total no outro automóvel, pois Gilmar teve de vendê-lo ao ferro velho.

Desta forma, **fixo a Pena Base em 6 anos de reclusão.**

O réu é reincidente, conforme fls. 141/4, de modo que lhe acrescento 1/6.

Houve emprego de arma de fogo, inclusive na residência (havia 3 cartuchos deflagrados (fl. 17), e considerando a periculosidade da arma utilizada, uma pistola calibre 380, não cadastrada no sistema (fl. 17), acompanhada de um carregador, aumento a pena em 2/5.

Torno a pena definitiva, portanto, em **9 anos e 9 meses e 18 dias de reclusão**, em regime inicialmente **FECHADO** (grifos nossos - fl. 25).

Por outro lado, a Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao dar parcial provimento ao recurso da defesa, entendeu ter ocorrido **bis in idem** na fixação da pena, pelos seguintes fundamentos:

“A pena-base merece ser reduzida, eis que exacerbado o aumento de 02 anos em razão dos antecedentes e afastada a agravante da reincidência.

Na análise das circunstâncias do art. 59 do Código Penal se que o réu apresenta antecedentes, caracterizados por processos-crime cujas sentenças já transitaram em julgado (fls. 164/167), sendo essa a única circunstância desfavorável.

Decisões condenatórias anteriores, são antecedentes que se refletem na majoração da pena-base, pois a culpabilidade fica intensificada.

Fixa-se, portanto, a pena-base em 04 anos e 03 meses de reclusão.

Impende considerar que a reincidência, quando considerada para aumentar a pena-base, não será valorada novamente como agravante, pena de ‘bis in idem’ (fl. 56).

omit

HC 94.903 / RS

Contra essa decisão, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul opôs embargos declaratórios, sob alegação de que teriam ocorrido omissão e contradição no acórdão embargado. Alegou, quanto à omissão, que o Tribunal de Justiça local, ao redimensionar a pena do réu, não se atentou às diversas circunstâncias negativas, *“tais como, evasão do sistema penitenciário, confronto com a polícia, danos em patrimônio de terceiros inocentes, aptas a ensejar a majoração da pena-base imposta, da forma como ocorreu quando da dosimetria da pena de 1º grau”* (fl. 62). Sustentou, no que concerne à contradição, que aquela Corte estadual, ao aplicar a Súmula nº 241 do STJ, não teria observado que o Juiz de 1º grau considerou, para fins de fixação da pena-base, diversos antecedentes criminais, e, para aplicar a agravante de reincidência, uma condenação anterior do réu (fls. 62/63).

Os embargos foram rejeitados (fls. 66 a 68).

O Juízo sentenciante considerou, para a fixação da pena-base, entre outras circunstâncias negativas, os registros de infrações penais existentes em nome do paciente (antecedentes criminais) e, para agravá-la, uma condenação anterior (reincidência), o que afasta qualquer alegação de que teria havido a aplicação de uma mesma circunstância em duas fases da dosimetria da pena (**bis in idem**).

Esta foi também a constatação feita pelo Ministério Público Federal, que assim ressaltou em seu parecer:

“(…)

*9. Nada impede que as infrações registradas na folha de antecedentes do paciente sejam consideradas na fixação da pena-base, como maus antecedentes (circunstância judicial), e a condenação definitiva prévia como reincidência (agravante). O que se veda é a incidência do mesmo fato em mais de uma das fases de fixação da pena, ou seja, o **bis in idem**, que, como visto, não ocorreu no caso **sub examine**”* (fl. 110).

No mais, destacou o ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr.

Wagner Gonçalves:

“(…)

10. Já no que concerne à legalidade e constitucionalidade da aplicação da agravante da reincidência, verifica-se que o art. 61, I, do CP é expresso ao determinar que a reincidência é circunstância que sempre agrava a pena, quando não constitui ou qualifica o crime. Sobre a questão, é importante destacar não ser possível ou razoável dar igual

HC 94.903 / RS

tratamento ao criminoso primário e ao contumaz, com uma ou mais condenações anteriores, pois a esse último exige-se uma punição mais grave. A medida encontra respaldo, inclusive, no princípio da individualização da pena.

11. Essa Suprema Corte, no julgamento do HC nº 91.688/RS, proclamou que 'a pena agravada pela reincidência não configura **bis in idem**. O recrudesimento da pena imposta ao paciente resulta de sua opção por continuar a delinquir' (Rel. Min. **Eros Grau**, 2ª T., DJ 26.10.07).

12. Resta concluir, portanto, que o acórdão impugnado não merece qualquer reforma" (fls. 110/111).

Ante o exposto, considerando ainda o parecer do Ministério Público Federal, denego a ordem de **habeas corpus**.

mith

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 94.903-7

PROCED.: RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. MENEZES DIREITO

PACTE.(S): MARCOS AURÉLIO ROSA DE OLIVEIRA

IMPTE.(S): DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

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

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de **habeas corpus**. Unânime. Ausentes, justificadamente, o Ministro Carlos Britto e a Ministra Cármen Lúcia. 1ª Turma, 26.08.2008.

Presidência do Ministro Marco Aurélio. Presentes à Sessão os Ministros Ricardo Lewandowski e Menezes Direito. Ausentes, justificadamente, o Ministro Carlos Britto e a Ministra Cármen Lúcia.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot.


Ricardo Dias Duarte
pl Coordenador