

07/06/2011

PRIMEIRA TURMA

**RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 107.213 RIO GRANDE DO SUL**

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA  
 RECTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
 PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL  
 RECTE.(S) : PAULO EDSON CHAVES BRAGA  
 RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
 PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

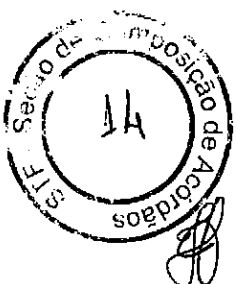
*EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE: LIMITES COGNITIVOS DO HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ATRIBUIÇÃO DO MAGISTRADO: MOTIVAÇÃO. ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CULPABILIDADE. JUÍZO DE CENSURABILIDADE. PERSONALIDADE. ELEMENTOS CONCRETOS. REINCIDÊNCIA. ELEVAÇÃO DA PENA PROVISÓRIA. PROPORCIONALIDADE. REJEIÇÃO AO DIREITO PENAL DO AUTOR.*

1. Os limites cognitivos do habeas corpus desautorizam o revolvimento de provas e impedem, por conseguinte, fazê-lo sucedâneo da revisão criminal. Precedente.

2. A atribuição conferida ao Magistrado na definição da pena não o isenta de motivar suas escolhas (art. 93, IX, da Constituição da República e art. 68 do Código Penal). Precedente.

3. A análise dos fatores que compõem as circunstâncias judiciais deve permitir ao jurisdicionado a perfeita compreensão dos motivos que conduziram o Magistrado a sua conclusão, viabilizando o controle de legalidade, a aferição da imparcialidade do órgão sentenciante e a certeza de que prevaleceram os componentes racionais na definição da pena.

4. A circunstância judicial atinente à culpabilidade relaciona-se à censurabilidade da conduta, medindo o seu grau de reprovabilidade diante dos elementos concretos disponíveis nos autos, e não à natureza do crime.



RHC 107.213 / RS

5 . A adjetivação negativa acerca da personalidade do infrator reclama criteriosa pesquisa dos elementos probatórios concretos a referendá-la, devendo o julgador se ater à análise do meio social e das condições de vida do sentenciando.

6 . O valor conferido à agravante da reincidência não é fixado pela legislação penal, mas o seu quantum deve guardar proporcionalidade relativamente à pena-base, evitando-se o direito penal do autor.

7 . Recurso parcialmente provido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, sob a Presidência da Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, à unanimidade, em dar provimento parcial ao recurso ordinário em habeas corpus, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 7 de junho de 2011.

Ministra **CÁRMEN LÚCIA** - Relatora

07/06/2011

PRIMEIRA TURMA

## RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 107.213 RIO GRANDE DO SUL

RELATORA : MIN. CÂRMEN LÚCIA  
RECTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL  
RECTE.(S) : PAULO EDSON CHAVES BRAGA  
RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Relatório

1. Recurso Ordinário em *Habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela **Defensoria Pública da União** em favor de **Paulo Edson Chaves Braga** contra decisão monocrática do Ministro Nilson Naves, do Superior Tribunal de Justiça, que negou seguimento ao *habeas corpus* nº 118.545.

2. Em 11.2.2011, deferi a liminar, suspendendo o início da execução da pena aplicada, destacando os aspectos relevantes da impetração, nos termos seguintes:

*"2. ...historiou a Recorrente que o Paciente foi denunciado pelo Ministério Público como incurso nas sanções do art. 155, § 4º, III (emprego de chave falsa) e IV (concurso de pessoas), do Código Penal.*

*Em primeira instância, o Paciente foi absolvido, nos termos do art. 386, VI, do Código de Processo Penal – insuficiência de provas para o decreto condenatório.*

*O Ministério Público interpôs recurso de apelação, provido, tendo o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul condenado o Paciente a 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão.*

*A Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul impetrou habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça, "a fim de cassar o*

RHC 107.213 / RS

*acórdão proferido pela Terceira Câmara” da instância estadual, reconhecendo a “ausência de fundamentação” para o decreto condenatório e a “ilegalidade na fixação da pena imposta ao Paciente”.*

*Assinalou que “o Relator negou seguimento ao presente habeas corpus”, o que propiciou a interposição de agravo regimental, ao qual o Superior Tribunal de Justiça “negou provimento”.*

*Interpostos embargos de declaração, “para que fosse suprida a omissão quanto ao pedido constante da inicial de cassação do acórdão estadual”, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça os rejeitou.*

*3. Argumentou a ora Recorrente que “o acórdão estadual, ao reformar a decisão de primeiro grau que absolvera o réu, condenou-o, mas sem fundamentação idônea”, havendo utilizado “depoimentos que nada comprovam acerca da participação do Paciente no furto narrado na denúncia”.*

*Para ela, a fixação da pena-base acima do mínimo legal ocorreu sem justificativa, revelando-se desproporcional “a majoração decorrente da reincidência”.*

*Requer liminar ponderando que:*

*“O fumus boni iuris a justificar a medida reside no fato de que a condenação do paciente mostra-se claramente desprovida de fundamentação idônea, refletindo a aplicação do inaceitável Direito Penal do Autor.*

*O periculum in mora, por sua vez, resulta dos danos decorrentes do cumprimento indevido de pena, o que configura injustiça imensurável e de efeitos indelévels.*

*Finalmente, não há risco de irreversibilidade da decisão, vez que a execução da pena pode ser reiniciada, no caso de denegação final da ordem.”*

RHC 107.213 / RS

*Daí o requerimento de liminar para se determinar "a imediata suspensão da execução da pena".*

*No mérito, pede o provimento do recurso, "restabelecendo a sentença" que absolveu o Paciente ou, subsidiariamente, reconhecendo a falta de fundamentação para a fixação da pena nos moldes em que fora definida.*

3. A Procuradoria Geral da República opina pelo desprovimento do recurso, fls. 423/428, destacando que *"para a análise da alegada falta de fundamentação idônea para condenação, seria necessário o reexame aprofundado de todo o conjunto fático-probatório dos autos do procedimento criminal originário, o que se mostra inviável em sede de habeas corpus, de cognição sumária e rito célere"*, e, quanto ao montante da pena, que *"não houve qualquer ilegalidade na fixação da pena-base acima do patamar mínimo estabelecido para o delito previsto no art. 155, § 4º, IV, do Código Penal"*, sendo certo, ainda, que o valor conferido à agravante da reincidência não é desproporcional *"ao quantum fixado para a pena-base"*.

É o relatório.

07/06/2011

PRIMEIRA TURMA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 107.213 RIO GRANDE DO SUL

Voto

1. Conforme relatado, o Paciente, acusado da prática de crime de furto qualificado, foi absolvido na primeira instância por insuficiência de provas (fls. 253/256). A Terceira Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul deu provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público, impondo-lhe a pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 30 (trinta) dias-multa (fls. 300/304).

Busca, agora, a Recorrente a absolvição do Paciente, restabelecendo-se a decisão de primeiro grau, ou, subsidiariamente, a declaração de ilegalidade do acórdão por ausência de fundamentação quanto aos critérios de fixação da pena, objetivos não alcançados no *habeas corpus* impetrado no Superior Tribunal de Justiça. (Fls. 318/321)

2. A pretensão absolutória postulada pela Recorrente implica revolvimento do acervo probatório, o que é incompatível com os limites estreitos da ação constitucional do *habeas corpus*.

O Supremo Tribunal firmou entendimento de que “*não se conhecem das alegações de inocência do condenado, quando demandarem revolvimento de matéria fático-probatória, inviável no procedimento sumário do habeas corpus*” (HC nº 85.582, Relator o Ministro Ayres Britto, j. 08/02/2005) e de que “*a análise da suficiência ou não dos elementos de prova para a condenação é questão que exige revolvimento do conjunto fático-probatório da causa, providência incabível na via do habeas corpus*” (HC 104669/SP, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, j. 26/10/2010)

Nessa linha são vários os precedentes do Supremo Tribunal. (HC 90.866/MA, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, j. 1/4/2008, HC 100249 Agr/ES, de minha relatoria, j. 31/08/2010, e HC 103569/CE, Relator do

RHC 107.213 / RS

Ministro Dias Tóffoli, j. 24/08/2010)

Não é possível, portanto, conferir ao *habeas corpus* o papel de sucedâneo da revisão criminal, desvirtuando a sua finalidade.

3. Quanto à ausência de fundamentação para a definição da pena, tenho que tem razão o Paciente.

Estabelece o art. 93, IX, da Constituição da República, a necessidade de serem *“fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”*.

O princípio confere transparência aos atos judiciais, permitindo ao jurisdicionado aferir a legalidade e a justiça das decisões, além da imparcialidade do julgador. Daí porque o princípio encerra *“uma função política”* (Cf. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 69).

Essa exigência alcança, também e com inegável importância, a sanção a ser aplicada, pois *“a discricionariedade relativa à determinação da pena deve ser denominada ‘discricionariedade regrada’ ou ‘vinculada’, pois, além de a lei deixar uma margem para a decisão – tal como na discricionariedade livre –, o seu conteúdo também normatiza como essa margem deverá ser preenchida”* (MASSUD, Leonardo. *Da pena e sua fixação: finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal*. São Paulo: DPJ Editora, 2009, p. 78)

O Supremo Tribunal decidiu que *“a necessidade de fundamentação dos pronunciamentos judiciais (inciso IX do art. 93 da Constituição Federal) tem na fixação da pena um dos seus momentos culminantes. Trata-se de garantia constitucional que junte o magistrado a coordenadas objetivas de imparcialidade e propicia às partes conhecer os motivos que levaram o julgador a decidir neste ou naquele sentido.”* A própria legalidade da pena está vinculada *“ao motivado*

**RHC 107.213 / RS**

*exame judicial das circunstâncias do delito”, o qual deve representar “um exercício racional de fundamentação e ponderação dos efeitos éticos e sociais da sanção, embasado nas peculiaridades do caso concreto, e no senso de realidade do órgão sentenciante”. (HC nº 102.278/RN, Relator o Ministro Ayres Brito. j. 19/10/2010)*

Daí a necessidade do maior rigor na motivação da pena imposta, evitando arbitrariedades ou mesmo a prevalência de componentes de acentuada carga subjetiva.

Lembram Sérgio Salomão Schecaira e Alceu Corrêa Júnior que:

*“ Só a aferição das razões constantes da sentença permitirá dizer se esta deriva da lei ou do arbítrio do julgador. A motivação é garantia das partes, pois permite que elas possam constatar se o juiz levou em conta os argumentos e a prova que produziram. [...] Assim, em nosso entender, não só a ausência de motivação como a motivação deficitária podem viciar o ato decisório.”*

(SHECAIRA, Sérgio Salomão, e CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Pena e Constituição: aspectos relevantes para sua aplicação e execução*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 173)

Não basta, portanto, a simples menção às variáveis do art. 68 do Código Penal (*A pena base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento*).

O juiz não tem liberdade plena na escolha da pena, insista-se, sendo-lhe defeso transformar a sentença “*na projeção de seus tumultos interiores*”. (LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1942, p. 169)

Adverte Feu Rosa que:



RHC 107.213 / RS

*“Fator de fundamental importância é que a individualização da pena deve ser exposta com clareza e objetividade, dispensando-se deduções e suposições, evitando-se raciocínios sinuosos e complicados, para que o réu tenha capacidade de entender as sentenças e as razões da condenação.”*

*(ROSA, Antônio José Miguel Feu. Direito Penal: parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 438*

No caso dos autos, a dosimetria da pena imposta ao Paciente foi desenvolvida nos termos seguintes:

*“2. PAULO EDSON CHAVES BRAGA. Observados os vetores do art. 59 do CP, considero-os nos seguintes termos:*

*Culpabilidade: o delito cometido é de grau médio;*

*Antecedentes: será considerado na segunda fase de aplicação da pena como reincidência;*

*Conduta social: péssima;*

*Personalidade: pior ainda;*

*Motivos: lucro fácil;*

*Circunstâncias: a situação propiciou o cometimento do delito;*

*Consequências: nulas, pela apreensão;*

*Comportamento da vítima: não concorreu para o crime.*

*Dessarte, fixo a pena-base em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, a qual é aumentada em um (1) ano pela reincidência. Resta, portanto, definitiva em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão.*

*A pecuniária é fixada em 30 dias-multa, no valor de 1/20 do salário mínimo, vigente na época do efetivo pagamento.”*

A leitura do voto condutor, na definição da pena, demonstra que a metodologia empregada extrapola as determinações legais e as orientações cristalizadas na melhor doutrina e na jurisprudência assente deste Supremo Tribunal.

Nesse sentido, apresenta-se insustentável o rótulo “*grau médio*” imposto ao delito no capítulo da culpabilidade. Esta, pela Teoria

**RHC 107.213 / RS**

Normativa Pura da Culpabilidade, relaciona-se a um juízo de mera reprovabilidade, de sorte que quanto mais censurável o comportamento, mais acentuada a culpabilidade e maior pode ser a pena.

Para Rogério Greco:

*“Culpabilidade diz respeito ao juízo de censura, ao juízo de reprovabilidade que se faz sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente. Reprovável ou censurável é aquela conduta levada a efeito pelo agente que, nas condições em que se encontra, podia agir de outro modo. (...) O princípio da culpabilidade possui três sentidos fundamentais: culpabilidade como elemento integrante do conceito analítico de crime. (...) Culpabilidade como princípio medidor da pena (...) Culpabilidade como princípio impedor da responsabilidade penal objetiva, ou seja, o da responsabilidade penal sem culpa”.*

*(GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte Geral. 10ª ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 89-91)*

A frase solta (o delito é de grau médio), especialmente quando não se aponta a escala adotada, gera perplexidade e não atende à necessidade de motivação clara e transparente.

Ensinam Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho que:

*Instrumentalmente, a culpabilidade, além de ser categoria imprescindível para constatação e aferição do delito, adquire importância fundamental na aplicação (limitação) da sanção como critério dosimétrico. Possibilita, em primeiro lugar, adjetivar a conduta como delituosa, vinculando-a a um sujeito, para, em momento posterior, estabelecer a devida retribuição penal - pena proporcional (razoável) à violação do bem jurídico tutelado. Percebe-se, então, que o juízo de culpabilidade a ser realizado é dúplice. Em primeiro lugar, atua na avaliação se o homem, socialmente referido, naquelas circunstâncias fáticas, possuía autodeterminação e possibilidade de agir de modo diverso. Em segundo lugar, constatada a*

## RHC 107.213 / RS

*possibilidade e conseqüentemente o delito, opera na aplicação da pena, medindo o grau (quantum) de reprovabilidade, dimensionando a culpabilidade da conduta. Dessa forma, o juízo de culpabilidade como critério de graduação da pena deve recair sobre as possibilidades fáticas (materiais) que o sujeito teve para atuar ou não de acordo com a norma. Assim verificada, fornece mecanismos para extração do (des)valor e do grau de reprovabilidade da conduta.”*

*(CARVALHO, Amilton Bueno de, e CARVALHO, Salo de. Aplicação da pena e garantismo. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, [s/d] p. 47-48)*

Por outro lado, a despeito de não se referir a qualquer elemento cognitivo existente nos autos, o voto condutor rotulou de “*péssima*” a conduta social do Paciente. Num juízo de mera especulação (intolerável em sentença lavrada sob égide do Estado Democrático de Direito), poder-se-ia afirmar que o adjetivo decorreria da reincidência. Sendo verdadeiro o raciocínio, ter-se-ia um intolerável *bis in idem*, pois um único fator estaria incrementando a pena duas vezes.

Soma-se a isso que “*a valoração da conduta social – que não se confunde com os antecedentes – é sempre em relação à sociedade na qual o acusado esteja integrado, e não em relação à sociedade formal dos homens tidos como de bem. [...] A prova positiva ou negativa da conduta social do acusado provém, em geral, da prova oral. [...]*” (BOSHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 2ª ed.. Poro Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 198)

Observa-se que se considerou “*pior ainda*” a personalidade do Paciente, mesmo sem a realização de exames técnicos específicos ou a referência a qualquer outra prova existente nos autos.

O superlativo “*pior*” exigiria um padrão de comparação, que o acórdão não aponta, tornando a assertiva incompreensível.

RHC 107.213 / RS

Ao recomendar cautela para o enfrentamento da personalidade, adverte Guilherme de Souza Nucci que:

*“É imprescindível, no entanto, haver uma análise do meio e das condições onde o agente se formou e vive, pois o bem-nascido que tende ao crime deve ser mais severamente apenado do que o miserável que tenha praticado uma infração penal para garantir sua sobrevivência. Por outro lado, personalidade não é algo estático, encontrando-se em constante mutação. Estímulos e traumas de toda ordem agem sobre ela. [...] O cuidado do magistrado, nesse prisma, é indispensável para realizar justiça. Nas condições da personalidade do sujeito pode-se encontrar a razão de ser da sua criminalidade mais ou menos arraigada, mais ou menos agressiva; nesse conceito da personalidade compreendido o homem total, corpo e alma.”*

*(NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da Pena. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 208*

Não bastassem esses dados que demonstram inconsistência na abordagem das circunstâncias judiciais, propiciando a fixação da pena-base em dois anos e seis meses de reclusão, a agravante da reincidência acarretou um aumento na pena provisória de um ano.

Conquanto não existam percentuais rígidos para a elevação da pena sob a rubrica da reincidência, como também não existem para qualquer outra circunstância legal, a razoabilidade deve presidir essa elevação, admitindo a doutrina majoritária a escolha de uma fração que corresponda a até um sexto da pena-base.

O voto prestigiou de maneira excessivamente elevada e sem fundamentação a pessoa do Paciente em detrimento ao próprio crime, resgatando o Direito Penal do Autor em detrimento ao Direito Penal do Fato. Essa solução viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da própria lesividade.

Para Nilo Batista:

RHC 107.213 / RS

*“O que é vedado pelo princípio da lesividade é a imposição de pena (isto é, a constituição de um crime) a um simples estado ou condição desse homem, refutando-se, pois, as propostas de um direito penal de autor e suas derivações mais ou menos dissimuladas (tipos penais de autor, culpabilidade pela conduta ao longo da vida etc). Levada às últimas consequências, essa função do princípio da lesividade implica excluir do campo do direito penal as medidas de segurança, uma vez que como acentua Zaffaroni, um direito penal fundamentado na perigosidade é um direito penal do autor.”*

*(BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. 9ª ed. Rio de Janeiro, 2004, p. 93)*

Não se questiona a exasperação da pena, frisa-se, mas a ausência de fundamentação para um incremento tão acentuado.

Finalmente, verifica-se que o acórdão atacado arbitrou o valor unitário da pena pecuniária acima do mínimo legal (1/20 do salário mínimo) sem declinar as razões que o conduziram a essa conclusão. É de se observar que o Paciente está assistido pela Defensoria Pública, o que sinaliza uma condição financeira precária, autorizando a escolha do menor percentual, que é de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo.

Nessa linha, à luz de um Direito Penal de garantias, não se sustenta a a forma como se definiu a pena imposta ao Paciente.

**5. Pelo exposto, encaminho a votação no sentido de dar provimento parcial ao recurso, para o fim de anular o acórdão da Terceira Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, determinando que nova e fundamentada dosimetria da pena seja empreendida.**

É o voto.

**PRIMEIRA TURMA****EXTRATO DE ATA****RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 107.213**

PROCED. : RIO GRANDE DO SUL

**RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA**

RECTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

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

RECTE.(S) : PAULO EDSON CHAVES BRAGA

RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

**Decisão:** A Turma deu parcial provimento ao recurso ordinário em habeas corpus, nos termos do voto da Relatora. Unânime. Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. 1ª Turma, 7.6.2011.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Luiz Fux.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.

Carmen Lilian  
Coordenadora