

21/06/2007

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 90.991-4 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. CARLOS BRITTO
PACIENTE(S) : PAULO CÉSAR SERENA
IMPETRANTE(S) : JOSÉ ERNESTO FLESCH CHAVES
COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

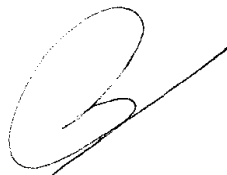
EMENTA: *HABEAS CORPUS*. DECRETO CONDENATÓRIO COM TRÂNSITO EM JULGADO. NULIDADE DA PENA IMPOSTA. OFENSA À GARANTIA DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. INOBSERVÂNCIA DO ARTIGO 44 DO CÓDIGO PENAL. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR PENA RESTRITIVA DE DIREITO. CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO.

As penas restritivas de direito têm assento constitucional (inciso XLVI do artigo 5º da Constituição Federal) e são timbradas pela contraposição aos efeitos certamente traumáticos e estigmatizantes do cárcere.

O exame dos requisitos necessários à substituição integra o já tradicional "sistema trifásico" de aplicação de pena. Donde o magistrado não poder silenciar sobre o artigo 44 do Código Penal (artigo 59 do Código Penal)

Para atender à teleologia da norma, o juiz precisa adentrar no exame das circunstâncias do caso concreto para nelas encontrar os fundamentos da negativa ou da concessão das penas restritivas de direito. No caso, a menção ao artigo 44 do Código Penal não atende às garantias da individualização da pena e da fundamentação das decisões judiciais.

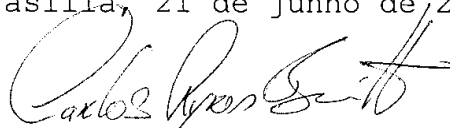
Ordem concedida para cassar a pena imposta ao paciente e determinar ao Juízo de primeiro grau que proceda, com base na análise das circunstâncias do caso concreto, o exame de que trata o artigo 44 do Código Penal.



A C Ó R D ã O

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

Brasília, 21 de junho de 2007.



CARLOS AYRES BRITTO

-

RELATOR

21/06/2007

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 90.991-4 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. CARLOS BRITTO
PACIENTE(S) : PAULO CÉSAR SERENA
IMPETRANTE(S) : JOSÉ ERNESTO FLESCH CHAVES
COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

R E L A T Ó R I O**O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO (Relator)**

Trata-se de *habeas corpus*, impetrado contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça. Acórdão que denegou a ordem ali requestada, ao fundamento de que a via processualmente contida do *habeas corpus* não se presta para o revolvimento do quadro fático-probatório¹ que embasou a condenação do paciente.

2. Pois bem, o impetrante sustenta a nulidade da pena imposta ao paciente (três anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente aberto). O que faz sob a alegação de que a análise dos requisitos da substituição da pena privativa de liberdade (art. 44 do Código Penal) deixou de atender ao requisito constitucional da individualização. Noutro modo de dizer as coisas, o impetrante aduz que ao paciente foi negado o direito da substituição de que trata o

¹ Ementa: "HABEAS CORPUS. CRIME DE INCÊNDIO. EXAME DE CORPO DELITO. AUSÊNCIA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REVISÃO CRIMINAL. VIA APROPRIADA. ORDEM DENEGADA.

1. Os argumentos da impetração demandam uma análise mais acurada da condenação imposta ao paciente na sentença e confirmada pelo Tribunal de origem e buscam o acolhimento da tese da absolvição, razão pela qual devem ser examinados com maior propriedade em sede de revisão criminal.

2. Ordem denegada."

art. 44 do Código Penal, por força de circunstância (maus antecedentes) que diz respeito apenas aos co-réus. Motivo pelo qual ele, impetrante, postula a desconstituição da coisa julgada para cassar a pena imposta a Paulo César Serena.

3. Indeferi a liminar requestada e a Procuradoria-Geral da República, a seu turno, opinou pela denegação da ordem.

4. À derradeira, anoto que a questão de que trata este writ foi ventilada perante o Superior Tribunal de Justiça (fls. 10/14 do apenso 1). Nada obstante, sobre ela a Corte Superior não se manifestou. Isso por entender que o impetrante pleitearia ali a "alteração de uma substituição que não aconteceu" (trecho do voto condutor do acórdão, fls. 346).

É o relatório.



21/06/2007

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 90.991-4 RIO GRANDE DO SULV O T O**O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO (Relator)**

Conforme relatado, a questão a ser deslindada por esta Suprema Corte de Justiça diz com a aplicação da pena imposta ao paciente. Pena, essa, cuja execução se avizinha.

7. Pois bem, pontuo, de saída, que as penas restritivas de direito têm assento constitucional (inciso XLVI do artigo 5º da Constituição Federal). Nossa Carta Magna não se esqueceu de arrolar, dentre as espécies de pena, aquelas que são uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos e estigmatizantes do cárcere. Não é à toa que as penas restritivas de direitos são comumente chamadas de penas alternativas. Pois essa é mesmo a sua essência: constituir-se numa alternativa ao encarceramento e às seqüelas psico-sociais daí resultantes.

8. Sob esse prisma constitucional foi que, em 1998, o legislador ordinário ampliou as possibilidades de aplicação dessa modalidade heterodoxa de reprimenda, de modo a conferir ao art. 44 do Código Penal a sua atual redação. Redação, essa, que fixa as balizas da substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, com base em pressupostos de ordem objetiva



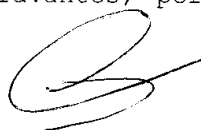
e subjetiva. Isso, ressaltado, em atenção à garantia mesma da individualização da pena. É dizer: a lei penal tracejou as possibilidades de tal substituição, tomando por base tanto critérios objetivos (como o tempo da pena imposta) quanto subjetivos (como a reincidência dolosa, por ilustração). Critérios a ser ponderados no exame da suficiência da pena alternativa para a prevenção e repressão do delito. É isso o que extraio do inciso III do art. 44 do Código Penal, ao falar da possibilidade de substituição, se: "*a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente*".

9. Sendo assim, de se ver que a lei penal brasileira não esqueceu de que o juiz sentenciante, no momento da aplicação da pena, tem que se ater às circunstâncias do caso.

10. Nesse panorama, o exame dos requisitos da substituição passou a integrar o já tradicional "sistema trifásico" de aplicação de pena¹. É falar: o magistrado não pode silenciar sobre o art. 44 do Código Penal, que instaura uma nova fase da fixação da pena necessária e suficiente para a prevenção e repressão do delito. É como está no art. 59 do Código Penal, *verbis*:

"Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à

¹ Sistema delineado pelo art. 68 do Código Penal, *verbis*: "Art. 68 - 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".



personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, **estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:**

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

(...)

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível”.

11. Assim colocada a questão, não basta que o magistrado, simplesmente, faça menção ao art. 44 do CP. Para cumprir a teleologia do dispositivo, o juiz precisa adentrar no exame das circunstâncias do caso concreto para nelas encontrar os fundamentos da negativa ou da concessão das penas restritivas de direito. Isso porque, também no ponto, não pode o julgador se furtar do direito constitucionalmente assegurado aos jurisdicionados brasileiros: o direito de conhecer os motivos que levaram o julgador a decidir neste ou naquele sentido (inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal). Como ressalta Aury Lopes Júnior²:

“(...) o poder judicial somente está legitimado enquanto amparado por argumentos cognoscitivos seguros e válidos (não basta apenas boa argumentação), submetidos ao contraditório e

² In: **Introdução Crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 256.



refutáveis. A fundamentação das decisões é instrumento de controle da racionalidade e do sentire do julgador, num assumido anticartesianismo. Mas também serve para controlar o poder, e nisso reside o núcleo da garantia".

12. No caso, a sentença assim se pronunciou sobre a substituição da pena:

"DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA

Incabível porque a culpabilidade, bem como os motivos e as circunstâncias, além dos antecedentes dos réus Ronei e Jozir, não indicam suficiência da substituição preconizada no artigo 44 do CP para prevenir e reprimir o crime". (fls. 259, apenso 2)

13. Vê-se, portanto, que, no caso, antes de examinar as particularidades das condutas dos acusados e de suas condições subjetivas, o magistrado, de forma genérica e padronizada (mecanizada mesmo) apenas cumpriu a obrigação de se referir ao art. 44 do Código Penal. Pelo que não tenho por satisfeito o requisito da fundamentação das decisões judiciais. Em primeiro lugar, porque os antecedentes dos co-réus Ronei e Jozir em nada têm a ver com a situação do paciente. Depois, porque a mera invocação da culpabilidade, dos motivos e das circunstâncias do crime não tem a força de repelir a substituição da pena privativa de liberdade por



pena restritiva de direitos. Mormente porque no trajeto da aplicação da pena tais circunstâncias se confundiram com as elementares do tipo³. É dizer: a análise das circunstâncias invocadas para negar a substituição é aquela própria do tipo penal imputado ao paciente (artigo 250 do Código Penal, na sua modalidade tentada). **Não bastasse isso, de tal análise das circunstâncias judiciais extraio que o magistrado assentou que o paciente é primário, dotado de personalidade normal e que tem boa conduta social. Daí porque, no exame do cabimento da substituição, tais atributos eram de ser, eles também, valorados, a teor do determina o art. 44 do Código Penal.**

³ "Quanto ao réu Paulo Cezar, possui apenas registro policial (fls. 114 e 306). No que tange à culpabilidade é pessoa plenamente imputável e dotada de potencial consciência da ilicitude de sua conduta altamente reprovável. Na ausência de elementos para a avaliação da personalidade é tida por normal. Conduta social abonada. Os motivos, por elementar do tipo majorado (art. 250, § 1º, inc. I do CP), bem como por caracterizar circunstância agravante, não vão neste vetor valorado. As circunstâncias merecem relevo, porquanto praticado o delito após longa premeditação, além de ter sido cometido em concurso de agentes, de forma clandestina e no período de descanso noturno. Há merecer, ainda, relevo, o fato de que o réu ocupa condição de mandante da ação perpetrada, estando, pois, no ápice da detenção do controle da realização do tipo penal. Quanto às conseqüências, foram de somenos em face da pronta ação policial. Não há elementos para a conclusão de contribuição da vítima à infração penal.

Em atendimento à circunstâncias judiciais individuais, a **pena-base** é fixada para todos os réus em **quatro (04) anos de reclusão**. (...)

CIRCUNSTÂNCIAS LEGAIS

(...)

Diante da agravante do motivo fútil, as penas-bases vão aumentadas de seis (06) meses, ficando provisoriamente fixadas em **três (03) anos e oito (08) meses** para Ronei; em **quatro (04) anos e seis (06) meses** para Luciano e Paulo César, na ausência de outras circunstâncias legais.

CAUSAS MODIFICADORAS DA PENA

Considerando a majorante específica do § 1º, inc. II, alínea "b", do artigo 250 do Código Penal, a pena vai aumentada de um terço (1/3), ficando provisoriamente fixada em **quatro (04) anos dez (10) meses e vinte (20) dias de reclusão** para Ronei; em Jozir; em seis (06) anos de reclusão para Luciano e Paulo Cezar". (fls. 257/258) "

14. Com efeito, tenho que do paciente foram subtraídos dois direitos constitucionalmente assegurados: o da fundamentação dos provimentos judiciais e o da individualização da pena. O que me leva a conceder a ordem para cassar, no ponto, a pena imposta ao paciente e determinar ao Juízo de Direito da 3ª Vara da Comarca de Passo Fundo/RS que proceda, com base nas circunstâncias do caso concreto, o exame de que trata o artigo 44 do Código Penal. Exame que implica o revolvimento do quadro fático-probatório, inviável na via processualmente contida do *habeas corpus*.

15. É como voto.

CLSV



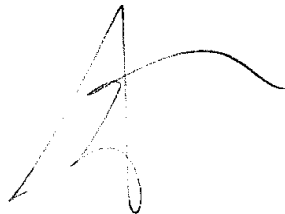
21/06/2007

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 90.991-4 RIO GRANDE DO SULV O T O

O Sr. Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI** - Senhor Presidente, inicialmente, cumprimento o nobre Advogado pela competente sustentação oral. Enquanto a assistia - e mesmo ao longo da leitura do voto do eminente Relator -, mentalmente estava me preparando, por coincidência, para me direcionar nessa mesma solução dada pelo Relator. Creio que não podemos revolver, matéria de prova, e também os critérios utilizados para fixar a sentença e denegar a substituição. Parece-me que a melhor solução é cassar a decisão e devolver os autos à primeira instância para que se desenvolva um juízo nesse ponto.

Acompanho integralmente o Relator.



PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 90.991-4

PROCED.: RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. CARLOS BRITTO

PACTE.(S): PAULO CÉSAR SERENA

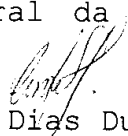
IMPTE.(S): JOSÉ ERNESTO FLESCH CHAVES

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

Decisão: A Turma deferiu o pedido de **habeas corpus**, nos termos do voto do Relator. Unânime. Ausentes, justificadamente, o Ministro Marco Aurélio e a Ministra Cármen Lúcia. Falou pelo paciente o Dr. José Ernesto Flesch Chaves. 1ª. Turma, 21.06.2007.

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

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.


Ricardo Dias Duarte
Coordenador