

09/06/2009

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 96.590 SÃO PAULO

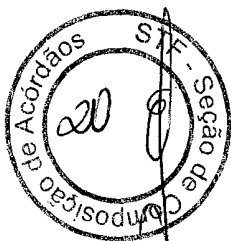
RELATOR : **MIN. CELSO DE MELLO**
PACTE. (S) : **LUIZ CORREA MARQUES**
IMPTE. (S) : **CARLOS ROBERTO DE LIMA E OUTRO (A/S)**
COATOR (A/S) (ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

E M E N T A: "HABEAS CORPUS" - CONDENAÇÃO PELOS DELITOS DE TRÁFICO **E** DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - PENA-BASE FIXADA EM SEU GRAU MÁXIMO - **AUSÊNCIA** DE FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA - **ILEGITIMIDADE** DA OPERAÇÃO DE DOSIMETRIA PENAL - **CONFIGURAÇÃO**, NO CASO, **DE HIPÓTESE** DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO - **PEDIDO DEFERIDO**, EM PARTE.

- **Se é certo**, de um lado, **que nenhum** condenado tem direito público subjetivo à estipulação da pena-base em seu grau mínimo, **não é menos exato**, de outro, **que não se mostra lícito**, ao magistrado sentenciante, **proceder** a uma **especial exacerbação** da pena-base, **exceto** se o fizer em ato decisório **adequadamente** motivado, **que satisfaça**, de modo pleno, **a exigência** de fundamentação substancial **evidenciadora** da necessária relação de proporcionalidade **e** de equilíbrio **entre** a pretensão estatal **de máxima punição e** o interesse individual **de mínima** expiação, **tudo em ordem a inibir** soluções **arbitrárias** ditadas **pela só e exclusiva vontade** do juiz. **Precedentes.**

- A concretização da sanção penal, pelo Estado-Juiz, **impõe** que este, **sempre, respeite** o itinerário lógico-racional, **necessariamente fundado** em base empírica idônea, **indicado** pelos arts. 59 **e** 68 do Código Penal, **sob pena** de o magistrado - que **não** observar os parâmetros estipulados em tais preceitos legais - **incidir** em comportamento **manifestamente** arbitrário, **e**, por se colocar à margem da lei, **apresentar-se totalmente desautorizado** pelo modelo jurídico **que rege**, em nosso sistema de direito positivo, **a aplicação legítima** da resposta penal do Estado.

- A condenação penal **há de refletir** a absoluta coerência lógico-jurídica **que deve** existir **entre** a motivação **e** a parte dispositiva da decisão, **eis** que a análise desses elementos - **que necessariamente compõem** a estrutura formal da sentença - **permitirá concluir**, em cada caso ocorrente, **se** a sua fundamentação ajusta-se, ou não, **de maneira harmoniosa**, à base empírica que lhe deu suporte.



HC 96.590 / SP

- A aplicação da pena, em face do sistema normativo brasileiro, não pode converter-se em instrumento de opressão judicial nem traduzir exercício arbitrário de poder, eis que o magistrado sentenciante, em seu processo decisório, está necessariamente vinculado aos fatores e aos critérios, que, em matéria de dosimetria penal, limitam-lhe a prerrogativa de definir a pena aplicável ao condenado.

- Não se revela legítima, por isso mesmo, a operação judicial de dosimetria penal, quando o magistrado, na sentença, sem nela revelar a necessária base empírica eventualmente justificadora de suas conclusões, vem a definir, mediante fixação puramente arbitrária, a pena-base, exasperando-a de modo evidentemente excessivo, sem quaisquer outras considerações.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro Celso de Mello (RISTF, art. 37, II), na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, mantidas a condenação penal e a prisão do paciente, em deferir, em parte, o pedido de "habeas corpus", nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie.

Brasília, 09 de junho de 2009.



CELSON DE MELLO - RELATOR



09/06/2009

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 96.590 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. CELSO DE MELLO**
PACTE. (S) : LUIZ CORREA MARQUES
IMPTE. (S) : CARLOS ROBERTO DE LIMA E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): A douta Procuradoria Geral da República, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. WAGNER GONÇALVES, assim resumiu e apreciou a presente impetração (fls. 147/152):

" 'HABEAS CORPUS'. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. OBSERVAÇÃO DO CRITÉRIO TRIFÁSICO. AUSÊNCIA DE VÍCIOS A SEREM SANADOS. DENEGÇÃO.

1. A sentença que condenou o paciente a vinte e cinco anos de reclusão pela prática de tráfico e associação para o tráfico não padece de nulidade. Conforme ressaltou o STJ, embora tenha havido uma 'inversão topográfica' - o juiz primeiro destacou o quantum da pena-base para depois justificá-lo - tal fato não torna a sentença nula, eis que a posterior motivação esclareceu as razões que levaram o julgador a fixar a pena-base no grau máximo.

2. O juiz observou o critério trifásico. Primeiro, considerou as circunstâncias do crime - mais de três toneladas de maconha foram apreendidas -, além da conduta e personalidade do paciente, um dos mentores da associação criminosa e co-proprietário



HC 96.590 / SP

da droga. Ressaltou, ainda, que não havia atenuantes, agravantes e causas de aumento ou diminuição a serem consideradas. Não há falar, portanto, em vício na fixação da reprimenda.

3. Parecer pela denegação.

EXCELENTÍSSIMO MINISTRO RELATOR

1. Trata-se de 'habeas corpus' impetrado em favor de Luiz Correa Marques, contra acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no HC n.º 88.137 (fls. 126/134).

2. De acordo com os autos, o paciente foi condenado a vinte e cinco anos de reclusão, em regime integralmente fechado, pela prática dos crimes previstos nos arts. 12 e 14 da Lei n.º 6.368/76. A defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento, mantendo a condenação imposta.

3. Diante disso, foi impetrado 'habeas corpus' no STJ, que denegou a ordem consoante ementa às fls. 133/134:

'HABEAS CORPUS' LIBERATÓRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ARTS. 12 E 14 DA LEI 6.368/76). PACIENTE CONDENADO A 25 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INTEGRALMENTE FECHADO, E 720 DIAS-MULTA. DECISÃO PROFERIDA NESTA CORTE NO HC 61.195/SP, QUE TEVE POR FUNDAMENTO AS IRREGULARIDADES NA FIXAÇÃO DA PENA COM RELAÇÃO A CO-RÉU JULGADO POR SENTENÇA DIVERSA, VISTO O DESMEMBRAMENTO DO FEITO APÓS O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. PENA-BASE FIXADA NO MÁXIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS: APREENSÃO DE QUANTIDADE SUPERIOR A 3 TONELADAS DE MACONHA, PACIENTE QUE, ALÉM DE CO-PROPRIETÁRIO DA DROGA APREENDIDA, ERA UM DOS LÍDERES DA ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. AUTORIA DOS DELITOS. CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE PARA A CONDENAÇÃO. INCURSÃO NA SEARA PROBATÓRIA. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. ORDEM DENEGADA.

1. Registre-se, primeiramente, que, por serem distintas as sentenças condenatórias prolatas contra o paciente e o co-acusado Pedro Augusto Nicastro - visto que, com relação a esse último, houve o

HC 96.590 / SP

desmembramento do procedimento - não colhe a argumentação de que os motivos que levaram esta Corte Superior a conceder a ordem no HC 61.195/SP (Rel. Min. GILSON DIPP, DJU 18.12.06) possam ser simplesmente transpostos para o caso em exame. Tudo, porque, à evidência, são distintos os títulos condenatórios e, por conseguinte, eventual nulidade formal de um - por desrespeito ao sistema trifásico de fixação da pena - em nada se relaciona com a regularidade formal do outro.

2. No édito condenatório foram transpostas, efetivamente, todas as etapas do sistema previsto no ordenamento penal para a imposição de pena restritiva de liberdade, não havendo qualquer irregularidade a macular o 'decisum'.

3. Quanto à fixação da pena-base, em particular, tampouco se verificam irregularidades, porquanto devidamente arrimada sua dosimetria na conduta e personalidade do agente (um dos mentores da associação criminosa e co-proprietário da droga) e a enorme quantidade de entorpecente apreendida (mais de 3 toneladas de maconha). Mostra-se, portanto, devidamente justificada a gradação ao máximo da pena prevista em abstrato.

4. De notar que a simples inversão topográfica no tocante à fixação da pena-base e sua posterior motivação não torna nulo o 'decisum', o que somente ocorreria se não houvesse justificativa idônea para a imposição da reprimenda, o que não se dá no caso em exame.

5. Consignou-se na sentença condenatória que, embora o paciente não tenha acompanhado o transporte do entorpecente, era proprietário do veículo usado no transporte da maconha. Além disso, era ele o responsável pela empresa usada como fachada na empreita criminosa. Assim, a análise das alegações defensivas, infirmando as conclusões alcançadas nas instâncias anteriores, demandaria atividade incompatível com a via do 'writ', dada a sua manifesta estreiteza cognitiva.

6. Parecer do MPF pela concessão parcial da ordem, somente para cassar a sentença condenatória no tocante à fixação da pena-base.

7. Ordem denegada.'

HC 96.590 / SP

4. Neste 'writ', o impetrante afirma que a pena imposta ao paciente é desproporcional. Argumenta que o juiz singular não observou corretamente o critério trifásico, bem como deixou de considerar os bons antecedentes e a primariedade do paciente. Ressalta, ainda, que a situação é idêntica à examinada pelo STJ no HC n.º 61.195, que foi concedido em favor do co-réu Pedro Augusto Nicastro (cópia do acórdão às fls. 24/28).

5. A liminar foi indeferida à fl. 143.

É o relatório.

6. O 'writ' deve ser indeferido.

7. De plano, importa esclarecer que as sentenças proferidas contra o paciente e o co-réu Pedro Augusto Nicastro são distintas, o que impede aproveitar os motivos que levaram o STJ a conceder 'habeas corpus' em favor deste último sirvam também para o paciente. Conforme se destacou no acórdão hostilizado, 'são distintos os títulos condenatórios e, por conseguinte, eventual nulidade formal de um - por desrespeito ao sistema trifásico de fixação da pena - em nada se relaciona com a regularidade formal do outro' (fls. 129/130).

8. O paciente alega, em suma, que houve nulidade na sentença, pois o juiz não teria observado corretamente o critério trifásico, o que levou à imposição de pena que entende ser 'desproporcional'.

9. O art. 68 do Código Penal determina que a pena deverá ser fixada em três fases distintas. Na primeira, o juiz estabelece a pena-base, atento às circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do mesmo Estatuto. Em seguida, são observadas as atenuantes e agravantes - previstas na parte geral do Código Penal - e, por fim, as causas de diminuição e de aumento. A pena encontrada no final 'deve ser proporcional ao mal produzido pelo condenado, sendo, pois, na definição do Código Penal (art. 59, parte final), aquela necessária e suficiente para a reprovação e a prevenção do crime' (Rogério Greco in 'Curso de Direito Penal - Parte Geral', Ed. Impetus, 6ª edição, pág. 597).

10. No caso em tela, a sentença foi proferida do seguinte modo (fls. 130/131):

'Fixei a pena-base em seu grau mínimo - 03 anos de reclusão e 50 dias-multa, para os crimes previstos nos arts. 12 e 14 da Lei 6.368/76, com relação a

HC 96.590 / SP

Antonio Donizete e Nelson Divino - e no grau máximo - 15 anos de reclusão e 360 dias-multa, para cada um dos crimes previstos no art. 12, 'caput' e § 2º, II da Lei 6.368/76 e 10 anos e 360 dias-multa, para o crime previsto no art. 14 da Lei 6.368/76, com relação a Jorge Correa Marques, Luiz Correa Marques e José Bispo da Cruz - considerando as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

A Antonio Donizete e Nelson Divino, as penas cominadas foram fixadas no mínimo legal, uma vez que os mesmos tiveram participação singela, como mulas da associação, ou seja, meros transportadores da droga. Já com relação aos demais co-réus, como reais proprietários da droga e mentores da associação montada para o fim específico de tráfico de entorpecentes, suas penas foram fixadas no grau máximo, quer em razão de sua conduta e personalidade revelada por ela, quer pela enorme quantidade de entorpecentes apreendida (mais de três toneladas de maconha), o que não pode passar impune à sociedade.

Somei umas às outras, reconhecido que os crimes foram praticados em concurso material de infrações, na forma prevista no art. 69 do Código Penal. Tornei-as definitivas em 6 (seis) anos de reclusão e ao pagamento de 100 (cem) dias-multa para os co-réus Antonio Donizete de Lima e Nelson Divino da Silva, 25 (vinte e cinco) anos de reclusão e ao pagamento de 720 (setecentos e vinte) dias-multa para os co-réus Jorge Correa Marques e Luiz Correa Marques; e 40 (quarenta) anos de reclusão e ao pagamento de 1.080 (um mil e oitenta) dias-multa para o co-réu José Bispo da Cruz, à falta de outras causas modificadoras das penas.

À fixação das penas pecuniárias, observei os critérios especiais do art. 60 do Código Penal, para atender à situação econômica dos réus (ao menos em relação a Jorge Correa e Luiz Marques, opera em detrimento deles a presunção de possuírem capacidade econômica estável - possuidores de veículos novos, sócios de empresa etc) e torná-las eficazes à prevenção e repressão de delitos da mesma natureza.'

11. Conforme ressaltou o STJ, embora tenha havido uma 'inversão topográfica' - o juiz primeiro destacou o 'quantum' da pena-base para depois justificá-lo - tal

HC 96.590 / SP

fato não torna a sentença nula, eis que a posterior motivação esclareceu as razões que levaram o julgador a fixar a pena-base no grau máximo.

12. Além disso, o julgador considerou as circunstâncias do crime - mais de três toneladas de maconha foram apreendidas -, além da conduta e personalidade do paciente, um dos mentores da associação criminosa e co-proprietário da droga. Desse modo, foi devidamente justificada a fixação da pena-base no patamar máximo.

13. O juiz também ressaltou que não havia atenuantes, agravantes e causas de aumento ou diminuição a serem consideradas, quando assim consignou:

'Tornei-as definitivas em 6 (seis) anos de reclusão e ao pagamento de 100 (cem) dias-multa para os co-réus Antonio Donizete de Lima e Nelson Divino da Silva, 25 (vinte e cinco) anos de reclusão e ao pagamento de 720 (setecentos e vinte) dias-multa para os co-réus Jorge Correa Marques e Luiz Correa Marques; e 40 (quarenta) anos de reclusão e ao pagamento de 1.080 (um mil e oitenta) dias-multa para o co-réu José Bispo da Cruz, à falta de outras causas modificadoras das penas.'

14. Por fim, não obstante o impetrante afirme que o paciente é primário e possui bons antecedentes - circunstâncias, segundo ele, não consideradas pelo juízo singular - tal alegação não encontra respaldo algum nestes autos, não havendo nem mesmo cópia da folha criminal do réu.

15. 'Ex positis', não havendo constrangimento ilegal a ser sanado, **o parecer é pela denegação** da ordem." (grifei)

É o relatório.



HC 96.590 / SP

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): A sentença penal condenatória, proferida pelo magistrado de primeiro grau, impôs, ao ora paciente, com fundamento na Lei nº 6.368/76, a pena de vinte e cinco (25) anos de reclusão, e multa, pela prática, em concurso material, do delito de tráfico de entorpecentes (15 anos, art. 12) e do crime de associação para o tráfico de entorpecentes (10 anos, art. 14).

A sentença em questão assim justificou a aplicação e a exasperação da pena privativa de liberdade imposta ao ora paciente (fls. 36):

"Fixei as penas-bases em seu grau mínimo - 03 anos de reclusão e 50 dias-multa, para os crimes previstos nos artigos 12 e 14 da Lei nº 6.368/76, com relação a Antonio Donizete e Nelson Divino - e no grau máximo - 15 anos de reclusão e 360 dias-multa, para cada um dos crimes previstos no artigo 12, 'caput' e parágrafo 2º, inciso II da Lei nº 6.368/76 e 10 anos e 360 dias-multa, para o crime previsto no artigo 14 da Lei nº 6.368/76, com relação a Jorge Correa Marques, Luiz Correa Marques e José Bispo da Cruz - considerando as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal.

A Antonio Donizete e Nelson Divino, as penas cominadas foram fixadas no mínimo legal, uma vez que os mesmos tiveram participação singela, como 'mulas' da associação, ou seja, meros transportadores da droga. Já com relação aos demais co-réus, como reais proprietários da droga e mentores da associação montada para o fim específico de tráfico de entorpecentes, suas penas foram fixadas no grau

HC 96.590 / SP

máximo, quer em razão de sua conduta e personalidade revelada por ela, quer pela enorme quantidade de entorpecentes apreendida (mais de três toneladas de maconha), o que não pode passar impune à sociedade.

Somei umas às outras, **reconhecido** que os crimes foram praticados **em concurso material** de infrações, **na forma prevista** no artigo 69 do Código Penal. **Tornei-as definitivas em 06 (seis) anos de reclusão e ao pagamento de 100 (cem) dias-multa, para os co-réus Antonio Donizete de Lima e Nelson Divino da Silva; 25 (vinte e cinco) anos de reclusão e ao pagamento de 720 (setecentos e vinte) dias-multa, para os co-réus Jorge Correa Marques e Luiz Correa Marques; e 40 (quarenta) anos de reclusão e ao pagamento de 1.080 (um mil e oitenta) dias-multa, para o co-réu José Bispo da Cruz, à falta de outras causas modificadoras das penas.**

À fixação das penas pecuniárias, observei os critérios especiais do artigo 60 do Código Penal, para atender à situação econômica dos réus (ao menos em relação a Jorge Correa e Luiz Marques, opera em detrimento deles a presunção de possuírem capacidade econômica estável - possuidores de veículos novos, sócios de empresa etc.) e tomá-las eficazes à prevenção e repressão de delitos da mesma natureza." (grifei)

A parte ora impetrante sustenta a ocorrência, na espécie, de vícios na fixação da pena, eis que, segundo alega, "(...) o paciente era e é réu primário e ostentava bons antecedentes, **não fazendo** o mínimo sentido sair do patamar máximo da pena para lhe impor uma condenação absurda de 25 anos de reclusão, eis que viola o princípio da proporcionalidade da pena (...)" (fls. 08 - grifei).

HC 96.590 / SP

Entendo assistir razão à parte impetrante, no ponto em que sustenta nulidade do "quantum" penal imposto, em seu grau máximo, ao ora paciente, sem qualquer fundamentação que justificasse tão elevada e desproporcional pena privativa de liberdade.

Não se desconhece que a imposição da pena privativa de liberdade supõe a observância, pelo magistrado sentenciante, do critério trifásico resultante da combinação do art. 59 com o art. 68, ambos do Código Penal, a significar que, nesse tema, não há margem nem espaço para o arbítrio do juiz que profere a condenação penal.

A dosimetria da pena, portanto, há de respeitar, criteriosamente e com apoio em adequada fundamentação, as diversas fases a que se refere o art. 68 do Código Penal, não cabendo, para tal efeito, por representar conduta vulneradora do ordenamento penal, a mera enunciação da vontade do magistrado, considerada a circunstância de que, na matéria em causa, mostra-se limitada a discricionariedade judicial.

Daí a advertência de SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA e de ALCEU CORRÊA JÚNIOR ("Pena e Constituição", p. 184, 1995, RT):

"É de mister que o julgador deixe dito como e porquê chegou à fixação ou dosagem das penas que impôs na sentença; como e porquê reduziu certa quantidade de

HC 96.590 / SP

pena e não outra; como e porquê segue este caminho ou outro distinto. A sentença não é um ato de fé, mas um documento de convicção racionada e as fases do cálculo de pena devem ser muito claras para que defesa e Ministério Público tenham ciência do julgado e possam dele recorrer. O Réu, especialmente ele, não tem apenas o direito de saber por que é punido, mas, também, o direito de saber porque lhe foi imposta esta ou aquela pena." (grifei)

Esse mesmo entendimento é também perfilhado por GILBERTO FERREIRA ("Aplicação da Pena", p. 66, 1995, Forense), para quem se mostra imprescindível que o magistrado sentenciante deixe muito claro, na concretização da pena imposta, qual o método, quais os critérios e quais as circunstâncias de que se valeu para a determinação final da pena a ser aplicada ao réu condenado:

"Não se pode perder de vista, todavia, que o juiz, ao estabelecer a pena-base, deverá esclarecer a quantidade de pena que utilizou em relação a esta ou aquela circunstância. Não basta dizer, genericamente, que, levando em consideração tais e tais circunstâncias fixou a pena-base em tanto. (...)." (grifei)

Se é certo, de um lado, que nenhum condenado tem direito público subjetivo à estipulação da pena-base em seu grau mínimo, não é menos exato, de outro - tal como já advertiu esta Suprema Corte (HC 71.697/GO, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, que não se mostra lícito, ao magistrado sentenciante, proceder a uma especial exacerbação da pena-base, exceto se o fizer em ato decisório

HC 96.590 / SP

adequadamente motivado, que satisfaça, de modo pleno, a exigência de fundamentação substancial evidenciadora da necessária relação de proporcionalidade e de equilíbrio entre a pretensão estatal de máxima punição e o interesse individual de mínima expiação, tudo em ordem a inibir soluções arbitrárias ditadas pela só e exclusiva vontade do juiz.

Na realidade, a concretização da sanção penal, pelo Estado-Juiz, impõe que este, sempre, respeite o itinerário lógico-racional, necessariamente fundado em base empírica idônea, indicado pelos arts. 59 e 68 do Código Penal, sob pena de o magistrado - que não observar os parâmetros estipulados em tais preceitos legais - incidir em comportamento manifestamente arbitrário, e, por se colocar à margem da lei, apresentar-se totalmente desautorizado pelo modelo jurídico que rege, em nosso sistema de direito positivo, a aplicação legítima da resposta penal do Estado.

É por isso que o Supremo Tribunal Federal - tendo presente o magistério da doutrina (INÁCIO DE CARVALHO NETO, "Aplicação da Pena", 2ª ed., 2003, Forense; MIGUEL REALE JÚNIOR, "Instituições de Direito Penal - Parte Geral", p. 405/429, itens ns. 5.1 a 5.9, 3ª ed., 2009, Forense; RENÉ ARIEL DOTTI,



HC 96.590 / SP

"Curso de Direito Penal - Parte Geral", p. 512/516, itens ns. 6 a 17, 2ª ed., 2004, Forense; CEZAR ROBERTO BITENCOURT, "Código Penal Comentado", p. 216/221, 4ª ed., 2007, Saraiva; GUILHERME DE SOUZA NUCCI, "Código Penal Comentado", p. 381/402, 8ª ed., 2008, RT; ROGÉRIO GRECO, "Código Penal Comentado", p. 127/130, 2ª ed., 2009, Impetus) - firmou jurisprudência (HC 88.261/DF, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, v.g.) no sentido de que a operação de dosimetria penal, longe de constituir um exercício de puro arbítrio judicial, deve apoiar-se, ao contrário, em fundamentação juridicamente idônea e que atenda à exigência imposta pelo art. 93, IX, da Constituição, notadamente - tal como ocorreu na espécie - se a sentença condenatória houver fixado a pena em seu máximo legal (HC 87.263/MS, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI).

A exacerbação penal a que procedeu o magistrado sentenciante, que impôs, no caso, ao ora paciente, em seu grau máximo, a pena cominada para os delitos de tráfico e de associação para o tráfico ilícito de entorpecentes, revela-se destituída de fundamentação adequada e suficiente, como resulta da simples leitura do capítulo da sentença que definiu o "quantum" penal ora questionado.

HC 96.590 / SP

A condenação penal há de refletir a absoluta coerência lógico-jurídica que deve existir entre a motivação e a parte dispositiva da decisão, eis que a análise desses elementos - que necessariamente compõem a estrutura formal da sentença - permitirá concluir, em cada caso ocorrente, se a sua fundamentação ajusta-se, ou não, de maneira harmoniosa, à base empírica que lhe deu suporte.

Impende observar, neste ponto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal orienta-se no sentido de invalidar aquelas decisões, que, destituídas de explicitação concernente às circunstâncias justificadoras da exasperação penal, fixam a "sanctio juris" acima do mínimo legal, sem veicularem, no entanto, em seu texto, a necessária fundamentação provida de conteúdo lógico-jurídico ou sem guardarem o indispensável vínculo de pertinência com os dados da realidade que confirmam expressão concreta aos elementos normativos abstratamente previstos nos arts. 59 e 68 do Código Penal.

Vê-se, portanto, que, mais do que motivar a exacerbação da pena, a partir da observância de *padrões de racionalidade atributivos* de coerência lógica à decisão condenatória, impõe-se que o ato decisório também revele fatores concretos cuja realidade

HC 96.590 / SP

objetiva - materializando as referências **meramente abstratas** da lei - permita justificar a especial exasperação do "quantum" penal.

É por esse motivo que esta Suprema Corte, pronunciando-se sobre esse específico aspecto da questão, já advertiu que "A exigência de motivação da individualização da pena - hoje, garantia constitucional do condenado (CF, arts. 5º, XLVI, e 93, IX) -, não se satisfaz com a existência na sentença de frases ou palavras quaisquer, a pretexto de cumpri-la: a fundamentação há de explicitar a sua base empírica e essa, de sua vez, há de guardar relação de pertinência, **legalmente adequada, com a exasperação** da sanção penal, que visou a justificar" (RTJ 143/600, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - grifei).

No caso, e como precedentemente já enfatizado, não identifico a necessária motivação no ato decisório em causa, eis que o magistrado sentenciante não descreveu, de maneira racionalmente adequada - e de modo plenamente ajustado à realidade objetiva dos fatos constantes do processo penal de conhecimento - o "itinerário lógico que conduziu o juiz às conclusões inseridas na parte dispositiva de sua manifestação sentencial" (RTJ 143/600, 604, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - grifei).

HC 96.590 / SP

É certo que a grande quantidade de entorpecentes apreendida justificaria a fixação da pena-base acima do mínimo legal, consoante reiteradamente decidido por esta Suprema Corte (HC 86.623/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES - HC 91.487/RO, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA - HC 92.917/BA, Rel. Min. EROS GRAU), mas tal circunstância - insista-se - não bastaria, por si só, para viabilizar a imposição da pena em seu grau máximo.

A aplicação da pena em bases objetivamente mais graves reveste-se de legitimidade jurídica, sempre que, no momento de sua imposição, indiquem-se os motivos, as circunstâncias e os elementos que levaram o juiz a definir, com maior rigor, o "*status poenalis*" do sentenciado.

Nesse contexto, assume indiscutível relevo a exigência de motivação do ato sentencial, em ordem a impor, ao magistrado que o profere, o dever jurídico de justificar a operação que materializa o processo de dosimetria penal.

Cabe insistir, neste ponto, consideradas as razões precedentemente expostas, que a aplicação da pena, em face do sistema normativo brasileiro, não pode converter-se em instrumento de opressão judicial nem traduzir exercício arbitrário de poder, eis



HC 96.590 / SP

que o magistrado sentenciante, em seu processo decisório, está necessariamente vinculado aos fatores e aos critérios, que, em matéria de dosimetria penal, limitam-lhe a prerrogativa de definir a pena aplicável ao condenado.

Não se revela legítima, por isso mesmo, a operação judicial de dosimetria penal, quando o magistrado, na sentença, sem nela revelar a necessária base empírica eventualmente justificadora de suas conclusões, vem a definir, mediante fixação puramente arbitrária, a pena-base, exasperando-a de modo evidentemente excessivo, sem quaisquer outras considerações, apoiando-se, unicamente, para esse efeito, na "(...) enorme quantidade de entorpecentes apreendida" (fls. 36).

Não se pode perder de perspectiva, em suma, que, em tema de dosimetria penal, reputa-se destituída de fundamentação a sentença condenatória que se abstém de descrever, de maneira racionalmente adequada, o itinerário lógico percorrido pelo juiz na definição da "sanctio juris", pois cumpre, ao magistrado, indicar, no ato de imposição da pena, as razões, que, fundadas em dados da realidade constantes do processo de conhecimento, conferem expressão concreta aos elementos normativos abstratamente previstos nos art. 59 e 68 do Código Penal.

HC 96.590 / SP

Sendo assim, pelas razões expostas, defiro, parcialmente, o "writ", para, mantidas a condenação e a prisão do ora paciente, determinar, ao juízo sentenciante, que proceda, mediante adequada fundamentação, a uma nova dosimetria das penas, observados os critérios mencionados no presente julgamento, considerada, para tal efeito, cada uma das infrações penais em referência.

É o meu voto.

A large, stylized handwritten signature in black ink, consisting of a large initial 'O' followed by a long horizontal stroke with a small hook at the end.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 96.590-3

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO

PACTE.(S) : LUIZ CORREA MARQUES

IMPTE.(S) : CARLOS ROBERTO DE LIMA E OUTRO (A/S)

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

Decisão: A Turma, por votação unânime, **mantidas** a condenação penal e a prisão do paciente, **deferiu**, em parte, o pedido de **habeas corpus**, **nos termos** do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Presidiu, este julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. **2ª Turma**, 09.06.2009.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Sandra Cureau.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador