

02/02/2010

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 97.400 MINAS GERAIS

RELATOR : **MIN. CEZAR PELUSO**
PACTE.(S) : **MARCO AURÉLIO JUNQUEIRA STEHLING**
 OU MARCO AURÉLIO JUNQUEIRA
 STHELING
IMPTE.(S) : **JOSÉ HELVÉCIO FERREIRA DA SILVA**
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

EMENTAS: 1. **AÇÃO PENAL. Condenação. Sentença condenatória. Pena. Individualização. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Conduta social negativa. Passagens pela polícia. Processos penais sem condenação. Não caracterização.** A existência de inquéritos ou processos em andamento não constitui circunstância judicial desfavorável.

2. **AÇÃO PENAL. Condenação. Sentença condenatória. Pena. Individualização. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Personalidade do agente voltada para o crime. Base empírica. Inexistência. Não caracterização.** Desajudada ou carente de base factual, é ilegal a majoração da pena-base pelo reconhecimento da personalidade negativa do agente.

3. **AÇÃO PENAL. Condenação. Sentença condenatória. Pena. Individualização. Circunstâncias judiciais. Consequências do delito. Elevação da pena-base. Idoneidade. Fixação no acima do dobro do mínimo legal. Abuso do poder discricionário do magistrado. Inteligência do art. 59 do CP. HC concedido, em parte, para redimensionar a pena aplicada ao paciente.** É desproporcional o aumento da pena-base acima do dobro do mínimo legal tão-só pelas consequências do delito.

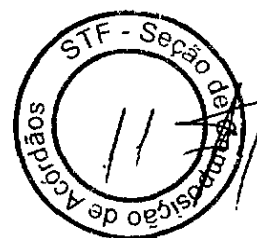
ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro CEZAR PELUSO, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conceder parcialmente a ordem, julgado prejudicado o agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Ausente, licenciado, neste julgamento, o Senhor Ministro CELSO DE MELLO.

Brasília, 02 de fevereiro de 2010.



Ministro **CEZAR PELUSO**
Relator



02/02/2010**SEGUNDA TURMA****HABEAS CORPUS 97.400 MINAS GERAIS**

RELATOR : **MIN. CEZAR PELUSO**
PACTE.(S) : **MARCO AURÉLIO JUNQUEIRA STEHLING**
 OU MARCO AURÉLIO JUNQUEIRA
 STHELING
IMPTE.(S) : **JOSÉ HELVÉCIO FERREIRA DA SILVA**
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - (Relator): 1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de MARCO AURÉLIO JUNQUEIRA STEHLING ou MARCO AURÉLIO JUNQUEIRA STHELING, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu a ordem no **HC nº 97.447**.

O paciente foi condenado à pena de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática do delito previsto no art. 168, § 1º, III, c/c art. 71 (oito vezes), ambos do Código Penal.

Interpôs-se apelação defensiva, a que o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais deu parcial provimento para, reduzindo a pena-base de 3 (três) para 2 (anos) e 6 (seis) meses, fixar a pena definitiva em 4 (quatro) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão.

Foi interposto recurso especial, não admitido.

A defesa ingressou, então, com pedido de *writ* perante o Superior Tribunal de Justiça, lá registrado como **HC nº 97.447**. A Quinta Turma denegou a ordem, em acórdão cuja ementa a seguir se transcreve:



HC 97.400 / MG

“PENAL. HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. ELEVADO PREJUÍZO CAUSADO À VÍTIMA. EXECUÇÃO DA PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. POSSIBILIDADE. RECURSOS EXCEPCIONAIS. EFEITO DEVOLUTIVO.

I - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da *Lex Maxima*). Ela não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em referências vagas e dados não explicitados (*Precedentes do STF e STJ*).

II - Entretanto, não há ilegalidade na decisão que, analisando as circunstâncias do art. 59, do CP, verifica a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis aptas a embasar a fixação da pena-base acima do mínimo legal (*Precedentes*). Na hipótese, imperioso considerar o relevante prejuízo causado à vítima (R\$ 180.000,00 - cento e oitenta mil reais -), bem como o fato de esta residir em outro país.

III - De outro lado, contra a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, cabem, tão-somente, em princípio, recursos de natureza extraordinária – apelos especial e extraordinário – sem efeito suspensivo (art. 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90), razão pela qual se afigura legítima a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da respectiva condenação. (*Precedentes do Pretório Excelso e do STJ/Súmula nº 267-STJ*).

IV - ‘A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a pendência do recurso especial ou extraordinário não impede a execução imediata da pena, considerando que eles não têm efeito suspensivo, são excepcionais, sem que isso implique em ofensa ao princípio da presunção da inocência.’ (HC 90.645/PE, Primeira Turma, Rel. p/ acórdão Min. Menezes Direito, DJ de 14/11/2007).

Ordem denegada.” (fl. 314)

Alega o impetrante que houve indevida exasperação da pena-base, em razão de que “os motivos que serviram de base à fixação de pena base são fragilíssimo [sic], além de integrarem o tipo penal do artigo 168 do Código Penal” (fl. 07).

Aduz, portanto, que, desconsideradas todas as circunstâncias judiciais negativamente valoradas, a pena-base deve ser fixada no mínimo legal,

HC 97.400 / MG

perfazendo 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses e possibilitando a substituição por pena restritiva de direitos.

Requer a redução da pena imposta, com a conseqüente substituição da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Indeferi a liminar (fls. 342-344).

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 358-366).

A defesa interpôs agravo regimental contra o indeferimento da medida liminar (fls. 353-356).

É o relatório.



HC 97.400 / MG

V O T O

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - (Relator): 1. É consistente, em parte, o pedido.

Cuida-se, em síntese, de verificar se a exasperação da pena-base, nos termos determinados pelo acórdão do Tribunal local, possui fundamentação idônea. Para tanto, transcrevo, os trechos pertinentes da sentença condenatória:

“Assim, considerando: que presumo bons seus antecedentes, em razão do princípio da presunção de inocência; que foi intensa a sua culpabilidade, já que agiu interna e externamente visando resultado final lucrativo; que a sua conduta social sofre restrição na prova colhida, haja vista que teve diversas passagens pela polícia e respondeu a processos em outras Varas; que a sua personalidade é da pessoa com a índole voltada para o crime; que não existiam motivos para o crime, senão a sua ganância e intenção de obter ganho fácil; que inexistem circunstâncias judiciais a serem apreciadas; que o comportamento da vítima em nada influiu para o fato delituoso; que foram graves as circunstâncias do crime, em razão do montante apropriado e do relevante prejuízo causado a vítima; que não existem referências sobre sua condição econômica e financeira; na primeira fase, fixo-lhe a pena-base da pena privativa em 03 (três) anos de reclusão e, da pecuniária, em 30 (trinta) dias-multa, a razão de um trigésimo do salário mínimo a fração do dia-multa” (fl. 166).

Ao prover, em parte, a apelação defensiva, o acórdão redimensionou a pena-base nos seguintes termos:

“Com apoio em escorreita análise das circunstâncias judiciais procedida na sentença, que aqui ratifico, tendo em conta especialmente o alto prejuízo provocado à vítima e à sua manutenção em erro, aproveitando-se o apelante do fato de residir ela na distante Alemanha,

HC 97.400 / MG

fixo a pena-base em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 25 (vinte e cinco) dias-multa” (fl. 474).

Conquanto já tenha afirmado que “*não aparece como ilegal a sentença condenatória que eleva a pena à vista de circunstâncias desfavoráveis que, com apoio na lei, enuncia expressamente*” (HC nº 88.284, Rel. Min. **CEZAR PELUSO**, LEXSTF v. 29, n. 346, 2007, p. 390-398), verifico que o acórdão da apelação, ao corroborar integralmente as circunstâncias apontadas na sentença, considerou, para calcular a pena-base, três circunstâncias desfavoráveis: a conduta social, a personalidade do paciente e as conseqüências do crime. Cumpre analisá-las separadamente.

2. A conduta social foi reputada desfavorável pelo fato de o ora paciente ter “*diversas passagens pela polícia e respondeu a processos em outras Varas*” (fl. 166).

Ora, ainda que o paciente apresentasse condenações anteriores, transitadas em julgado, tais fatos não poderiam repercutir na avaliação da *conduta social*, circunstância que se refere, antes, à relação do sentenciado com o meio social. Em outras palavras, tais fatos não podem caracterizar *conduta social negativa*, para efeito do que determina o art. 59 do Código Penal.

Lecionam, a propósito, **ALBERTO SILVA FRANCO** e **JULIANA BELLOQUE**:

HC 97.400 / MG

“A conduta social deve ser avaliada enquanto o comportamento desenvolvido pelo agente na comunidade em que vive, abrangendo as suas relações familiares e de vizinhança, o seu modo de vida no trabalho e nos espaços comunitários de lazer, as condutas que – de maneira recorrente – apresenta no inter-relacionamento humano e social.”¹

Isso não significa que eventuais condenações não poderiam ser consideradas pelo juízo sentenciante na fixação da pena-base. O mesmo art. 59 prevê os *antecedentes* como circunstância judicial diversa, representando “*apenas um fato menor referente à existência ou não, no momento da consumação do fato delituoso, de precedentes judiciais*”²

Tenho, contudo, que a sentença não pode observar a existência de inquéritos ou processos em andamento como justificativa para agravar a condenação, sob pena de afronta direta ao princípio constitucional de presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF). E, no caso, a decisão de primeiro grau refere-se, expressamente, à primariedade do sentenciado (fl. 166).

Embora a discussão acerca da possibilidade de consideração de inquéritos e ações penais em curso como maus antecedentes já tenha repercussão geral reconhecida nesta Corte (RE nº 591.054, Rel. Min. **MARCO AURÉLIO**), não me parece razoável, diante da urgência inerente à via eleita, aguardar a decisão definitiva do Plenário sobre o tema, para, só então, proceder ao julgamento do mérito deste *writ*. Ademais, já pude manifestar-me sobre o assunto, posto superficialmente, na sessão de julgamento dos HC nº 94.620 e

¹ In: **SILVA FRANCO, Alberto et al.** *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 345.

² *Idem, ibidem*, p. 344.

HC 97.400 / MG

HC nº 94.680 (Rel. Min. **RICARDO LEWANDOWSKI**), interrompida por pedido de vista.

Levando em consideração o reconhecimento expresso da primariedade do paciente, merecem afastados os maus antecedentes como circunstância judicial apta a aumentar a pena-base.

3. Quanto à *personalidade do agente*, aplica-se idêntico raciocínio. A circunstância foi reputada negativa – “*voltada para o crime*” -, sem que, no entanto, se fizesse qualquer referência a elementos aptos a fundamentar tal conclusão.

Quanto à necessidade de fundamentação efetiva na avaliação das circunstâncias judiciais, cito decisão da lavra do Min. **SEPÚLVEDA PERTENCE**:

“[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” (**HC nº 69.419**, DJ 28/08/1992).

No caso, a total ausência de base empírica para justificar o diagnóstico do juízo quanto à personalidade do paciente induz à conclusão de que, para tanto, foram considerados tão-somente os inquéritos e ações penais pretéritos, ainda em curso, mas pendentes de trânsito em julgado. Dessa forma, pelas mesmas razões aduzidas no item anterior, o reconhecimento dessa

HC 97.400 / MG

circunstância judicial e o conseqüente aumento de pena devem ser desconsiderados.

4. Restam, por fim, as *conseqüências do delito*. Esta circunstância, diversamente das anteriores, subsiste e é capaz de elevar o *quantum* fixado na primeira fase de fixação da pena. Não constitui, no entanto, elemento que justifique a exasperação da pena-base acima do dobro do mínimo legal.

Incontroverso que a prática criminosa implicou grande prejuízo à vítima, alcançando a cifra de R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais) indevidamente apropriados pelo paciente. É de se notar, ainda, que tal circunstância recebeu particular relevo do acórdão do Tribunal local, que a considerou responsável pela maior parcela de aumento da pena-base.

5. A decisão do Tribunal local fixou a pena-base em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 25 dias-multa (fl. 223). Excluindo a consideração das circunstâncias judiciais aqui reputadas ilegais, e considerando o maior relevo conferido às circunstâncias do crime, fixo a pena-base do paciente em **2 (dois) anos, e 20 (vinte) dias-multa**.

Na segunda fase de aplicação da pena, mantenho os termos do acórdão de apelação, que reduziu a pena, em razão da atenuante da confissão, em 6 (seis) meses e 5 (cinco) dias-multa, totalizando 1 (um) ano e 6 (seis) meses e 15 (dias-multa).

HC 97.400 / MG

Na terceira fase, mantendo inalteradas as frações estabelecidas pelo Tribunal local, a causa de aumento de pena prevista no § 1º, III, do art. 168 do Código Penal, impõe o aumento da pena em 1/3, perfazendo 2 (dois) anos e 20 (vinte) dias-multa; e o concurso formal entre os crimes conduz a novo aumento, agora em 2/3, tornando definitiva a condenação em **3 (três) anos e 4 (quatro) meses e 33 (trinta e três) dias-multa**.

Finalmente, quanto ao pedido de substituição da pena, não há, nos autos, elementos suficientes a demonstrar que o paciente preenche as condições objetivas de concessão do benefício. Assim, tal análise deverá ser realizada pelo juízo de primeiro grau.

6. Ante o exposto, **concedo parcialmente a ordem**, para fixar a pena imposta ao paciente em **3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicialmente aberto, e ao pagamento de 33 (trinta e três) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do valor salário mínimo**. Determino, ainda, sejam os autos remetidos ao juízo de primeiro grau, que deverá apurar se o paciente preenche os requisitos objetivos para eventual substituição da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Por fim, **julgo prejudicado** o agravo regimental.



Ministro **CEZAR PELUSO**
Relator

SEGUNDA TURMA**EXTRATO DE ATA****HABEAS CORPUS 97.400**

PROCED. : MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. CEZAR PELUSOPACTE.(S) : MARCO AURÉLIO JUNQUEIRA STEHLING OU MARCO AURÉLIO
JUNQUEIRA STEHLING

IMPTE.(S) : JOSÉ HELVÉCIO FERREIRA DA SILVA

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

Decisão: Concedida parcialmente a ordem, julgado prejudicado o agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Votação unânime. Ausente, licenciado, neste julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. **2ª Turma**, 02.02.2010.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Ellen Gracie, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo da Rocha Campos.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador