

Barbosa usa processos para majorar penas e expõe conflito jurisprudencial

O Ministério Público quer pressa no julgamento do [Recurso Extraordinário 591.054](#), cuja Repercussão Geral foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal em outubro de 2008. De relatoria do ministro Marco Aurélio, o caso trata da possibilidade de considerar processos criminais em andamento como “maus antecedentes” para o cálculo de pena base. O mérito do recurso ainda não foi discutido.

A discussão leva em conta o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. É o princípio da não culpabilidade.

Já o artigo 59 do Código Penal diz que “o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá *[as penas e a dosimetria]*, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”. O que o Supremo vai discutir é o que pode ser considerado como “antecedentes”.

O debate não ficou de fora do julgamento da Ação Penal 470, o processo do mensalão. Ficou mais evidente com o [vazamento](#) de parte do voto do relator, ministro Joaquim Barbosa. No item 4, que tratou do chamado “núcleo financeiro”, Barbosa considerou a existência de processos criminais em andamento como maus antecedente para o cálculo da pena.

No caso de Marcos Valério, por exemplo, Barbosa diz que “se verificam não uma, mas inúmeras ações penais contra o réu, algumas delas com sentença condenatória”. E conclui que o empresário “ostenta maus antecedentes”. Essas sentenças, no entanto, foram objeto de recursos ainda não julgados.

José Roberto Salgado, ex-dirigente do Banco Rural e também réu no mensalão, é outro exemplo, e dos mais evidentes, da sensibilidade da questão. Ele tem 23 ações penais em curso e “ostenta maus antecedentes”, no entendimento de Joaquim Barbosa. Não tem condenações. Barbosa faz a mesma conta com todos os réus do item 4 que são também réus em outras ações.

Todos os lados

No Supremo há vozes em todos os sentidos da discussão. O ministro Joaquim Barbosa, no julgamento do mensalão, manteve-se coerente com o que sempre defendeu. No Recurso Extraordinário 503.221, de 2008, ele diz que a consideração de processos e inquéritos policiais em andamento como maus antecedentes “deve se dar à luz do caso concreto, após o devido exame dos procedimentos penais constantes da folha de antecedentes do acusado”.

Já o ministro Gilmar Mendes é taxativo em discordar. Quando relatou o julgamento do HC 112.449, em março deste ano, disse que a “mera existência” de inquéritos ou ações penais em andamento não pode ser considerada. “É que o princípio da presunção da inocência tem a função dogmático-constitucional de impedir que o indivíduo sofra prejuízo em razão da existência de uma investigação ou de um processo

criminal ainda não transitado em julgado”, anotou.

O ministro Ricardo Lewandowski discorda de Gilmar, mas nem por isso concorda com Joaquim. “Inquéritos policiais e ações penais em andamento configuram, desde que devidamente fundamentadas, maus antecedentes para efeito da fixação da pena-base, sem que, com isto, reste ofendido o princípio da presunção de não-culpabilidade”, decidiu no Agravo de Instrumento 604.401, julgado em 2007.

Dias Toffoli é da corrente dos que são contra considerar ações em trâmite. No julgamento do HC 106.157 concluiu que fazê-lo seria uma “arbitrária exacerbação da pena”. Para ele, não se podem levar em conta nem mesmo condenações alvo de recurso.

O ministro Marco Aurélio, relator do RE que está sob Repercussão Geral, ao lado do ministro Celso de Mello, é o mais citado autor de precedentes pela não consideração de ações em trâmite. Celso decidiu assim nos HCs 79.966, 79.748 e 84.687, por exemplo. Marco Aurélio, nos HCs 79.966 (acompanhou o decano), 83.493 e 81.759, em que houve empate entre as duas correntes.

Ponto pacífico

No Superior Tribunal de Justiça, os ministros já não discutem mais sobre isso pelo menos desde 2010. Naquele ano, a 3ª Seção, que trata de matéria penal, editou a [Súmula 444](#), que diz: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

O precedente mais antigo citado pela súmula é um Habeas Corpus de 2007. A relatora, ministra Jane Silva, desembargadora do Tribunal de Justiça de Minas Gerais convocada ao STJ, [afirmou](#) que, “após a Constituição de 1988, antecedentes devem resultar de decisão condenatória transitada em julgado, sendo que processos em andamento, ou inquéritos, não podem servir para agravar a pena do réu, nem mesmo para se considerar que ele possui má conduta social, ou personalidade deformada, porquanto poderá, no final dos processos, ser absolvido”. “A sentença só produz qualquer efeito”, continuou a ministra, “após o seu trânsito em julgado”.

Também desembargador convocado, o ministro Adilson Macabu, do TJ do Rio de Janeiro, reafirmou, no HC 180.467, de 2010, o entendimento de Jane Silva. E isso já depois de o Supremo ter declarado a Repercussão Geral no tema. “Enquanto o mérito do referido Recurso Extraordinário não for julgado pela Excelsa Corte, persiste o entendimento cristalizado deste colegiado.” Ou seja, que só as condenações transitadas em julgado podem ser consideradas como “maus antecedentes”. Macabu voltou ao TJ do Rio esta semana.

Em agosto deste ano, o ministro Gilson Dipp, no Recurso Especial 1.199.497, reafirmou a convicção da desembargadora, hoje de volta ao TJ mineiro. “O entendimento pacífico neste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a existência de inquéritos ou ações penais em andamento não maculam o réu como portador de maus antecedentes, de má conduta social e nem de personalidade voltada para a prática de delitos.”

Questão de princípios

Entre advogados, é consenso que a razão está com o STJ. O professor de Direito Criminal e decano da USP **Miguel Reale Junior** explicou à revista **Consultor Jurídico** que não se pode levar em

consideração, para o cálculo da pena, um processo em que o réu pode ser absolvido. “Não existe nenhum elemento que justifique superar a presunção de inocência.”

O criminalista **Carlos Mendes** é de opinião mais militante. Ele entende que, além do princípio da não culpabilidade, o posicionamento do ministro Joaquim Barbosa também ofende o princípio da dignidade humana. “O aumento implica em punição pelo que se é e não pelo que se fez”, afirma o advogado.

Em parecer enviado ao Supremo Tribunal Federal para o caso que está em Repercussão Geral, o Ministério Público Federal se diz a favor da majoração com base em ações em trâmite. O órgão afirma que, por conta do princípio da individualização da pena pela conduta, não se poderia adequar a punição ao réu de outra forma. Considerar processos sem trânsito em julgado, para o MP, é necessário, portanto.

Mendes também refuta essa argumentação. Para ele, faria sentido argumentar dessa forma se os antecedentes fossem a única forma de se calcular a pena. Mas o artigo 59 do Código Penal, diz o advogado, elenca oito circunstâncias judiciais “de ordem objetiva e subjetiva”.

Para o criminalista **Fábio Tofic**, do Tofic e Fingerman Advogados, a majoração com base em processos em andamento é “indevida”. “O acréscimo de pena seria uma punição antecipada por um fato ainda não julgado, e, o que é pior, cuja apuração compete, a rigor, a outro juízo. Um absurdo, em suma.”

O advogado **Hugo Leonardo** acredita que o entendimento do ministro Joaquim Barbosa “relativiza” o princípio constitucional da não culpabilidade. Uma decisão do Supremo com esse teor, afirma, é “um convite ao desprezo à Carta Magna”.

Leonardo resume sua fala com um questionamento:

Normal

0

21

false

false

false

PT-BR

X-NONE

X-NONE

MicrosoftInternetExplorer4

"Qual será a legitimidade de uma pena exasperada pela existência de processos não transitados em julgado no caso de absolvição do acusado nesses mesmos processos utilizados como móvel para o aumento?"

Date Created

25/09/2012