



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 279.197 - SP (2013/0340046-2)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : MICHAEL PIFFER
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDRÉ DE JESUS SANTANA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. **1.** NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. **2.** LATROCÍNIO. DOSIMETRIA. PENA FIXADA ALÉM DO MÁXIMO COMINADO EM ABSTRATO PELO TIPO PENAL EM RAZÃO DA INCIDÊNCIA DE AGRAVANTE. IMPOSSIBILIDADE. **3.** *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir *habeas corpus* que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente – a ser sanado mediante a concessão de *habeas corpus* de ofício –, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. Da mesma forma que a incidência de circunstâncias atenuantes não pode acarretar a redução da pena a patamar inferior ao mínimo cominado em abstrato pelo tipo penal – enunciado n. 231 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça –, a presença de circunstâncias agravantes também não autorizam o aumento da reprimenda além do patamar máximo estabelecido no preceito secundário. Precedentes.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para afastar o aumento promovido na segunda etapa da dosimetria, fixando a pena definitiva do paciente em 30 (trinta) anos de reclusão, mantidos os demais termos da sentença condenatória.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder *habeas corpus* de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 24 de abril de 2014 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 279.197 - SP (2013/0340046-2)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de André de Jesus Santana, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, pela prática da conduta descrita no art. 157, § 3º, parte final, do Código Penal, à pena de 45 (quarenta e cinco) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado.

Contra essa decisão insurgiu-se a defesa. No entanto, o Tribunal de Justiça bandeirante negou provimento ao recurso de apelação (fls. 33/45).

No Superior Tribunal de Justiça, sustenta o impetrante ilegalidade na segunda etapa do cálculo da reprimenda, pois fixada, na primeira fase, no máximo previsto em lei – 30 (trinta) anos – sofrendo, após, o "acréscimo de 15 (quinze) anos em razão da agravante da reincidência" (fl. 5).

Assinala que, diferente "do que ocorre com as causas de aumento e diminuição de pena, as atenuantes e agravantes não podem jamais fugir aos patamares antagônicos de mínimo e máximo da pena cominada ao tipo". Pondera que, "assim como a atenuante, segundo a Súmula 231 do STJ, não impõe a redução quando a pena-base for fixada no patamar mínimo legal, a agravante não ensejará exasperação quando a pena-base tiver sido fixada no patamar máximo" (fl. 5).

Diante dessas considerações, pede, liminar e definitivamente, seja desconsiderado o aumento realizado na segunda fase do cálculo da reprimenda.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 53/54). Dispensadas as informações, foram os autos com vista ao Ministério Público Federal, que se manifestou pela concessão da ordem (fls. 61/67).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 279.197 - SP (2013/0340046-2)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

Consolidou-se, por meio de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a tendência de se atenuar as hipóteses de cabimento do *mandamus*, destacando-se que o *habeas corpus* é remédio constitucional voltado ao combate de constrangimento ilegal específico de ato ou decisão que afete, potencial ou efetivamente, direito líquido e certo do cidadão, com reflexo direto em sua liberdade. Assim, não se presta à correção de decisão sujeita a recurso próprio, previsto no sistema processual penal, não sendo, pois, substituto de recursos ordinários, especial ou extraordinário. A mudança jurisprudencial firmou-se a partir dos seguintes julgamentos: *Habeas Corpus* n. 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio; *Habeas Corpus* n. 104.045/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber; *Habeas Corpus* n. 114.550/AC, Relator o Ministro Luiz Fux; e *Habeas Corpus* n. 114.924/RJ, Relator o Ministro Dias Toffoli.

Entendo que boa razão têm os Ministros do Supremo Tribunal Federal quando restringem o cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. É que as vias recursais ordinárias passaram a ser atravessadas por incontáveis possibilidades de dedução de insurgências pela impetração do *writ*, cujas origens me parece terem sido esquecidas, sobrecarregando os tribunais, desvirtuando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal. Calhou bem a mudança da orientação jurisprudencial, tanto que eu, de igual modo, dela passo a me valer com o objetivo de viabilizar o exercício pleno, pelo Superior Tribunal de Justiça, da nobre função de uniformizar a interpretação da legislação federal brasileira.

No entanto, apesar de não se ter utilizado, na espécie, do recurso previsto na legislação ordinária para a impugnação da decisão, em homenagem à garantia constitucional constante do art. 5º, inciso LXVIII, passo a analisar as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente – a ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sanado mediante a concessão de *habeas corpus* de ofício –, evitando-se, desse modo, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

Como vimos do relatório, sustenta o impetrante ilegalidade na segunda etapa do cálculo da reprimenda imposta ao paciente.

Para melhor análise da alegação, entendo imperioso transcrever os fundamentos assinalados pelas instâncias de origem para estabelecer a reprimenda.

Colhe-se da sentença (fls. 13/31):

[...]

Passo ao cálculo penal, anotando que processos e/ou inquéritos em curso não podem ser aqui considerados (princípio constitucional da presunção de inocência. CF, art. 5º, LVII). Sem deslembrar o artigo 64, I, do CP - embora apenas André [...] conte com desabonadores antecedentes, fixo, para todos os réus, a pena-base metade acima do mínimo legal, perfazendo 30 anos de reclusão e 15 dias-multa.

Muito a propósito, o crime de roubo, chegando a índices críticos, tem aumentado substancialmente nos dias que correm, chegando-se ao também inadmissível cometimento de infrações que tais, em expressivo concurso de pessoas ('umas dez', conforme o próprio interrogatório de Everton: fls. 777/778) e com emprego de arma (de fogo), em estabelecimentos comerciais de gigantesca concentração de pessoas, como são os shopping centers, com a realização de tiros e morte de vigilante, cujo contexto, evidenciado a acentuada periculosidade dos agentes, justifica, no caso concreto, em consonância com o princípio da individualização da pena, o recrudescimento da pena em metade dos mínimos legiferados, como necessário e suficiente à reprovação e à prevenção ao crescente número de roubos em shopping center, praticado in caso, aliás, na véspera do Dia dos Pais, o que, como é cediço, aumenta ainda mais a quantidade no estabelecimento de cidadãos inocentes, que, na verdade, oriundos das mais diversas camadas sociais, ali se dirigem não só para compras, mas até para mero lazer e descontração em grandes centros, como é a capital de São Paulo.

Inclusive, o fundamento do art. 65, III, 'd', do Código Penal, reside na sinceridade e lealdade processuais (Supremo Tribunal Federal: RT 761/533 e 764/534), de modo que (mesmo com alegado arrependimento) apenas a assunção total da responsabilidade (confissão completa) justifica tal minorante, o que, como visto, não ocorre nestes autos.

Porém, diante da menoridade penal relativa dos réus Ademir e Everton, as reduzo aos mínimos legais de 20 anos de reclusão e 10 dias-multa.

Assim estabelecidas tais reprimendas nos mínimos cominados, nenhuma outra atenuante - ainda que obrigatória (JUTACRIM 43/369) - pode mitiga-las.

Aliás, o vocábulo sempre constante no art. 65 do Código Criminal também existe quanto a agravantes (artigo 61: circunstâncias que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sempre agravam a pena), mas nem por isso (ubi idem ratio, ubi idem ius), à evidência, pode-se totalizar a reprimenda acima do máximo legiferado.

Ou seja, atenuantes não se confundem com causas de diminuição de pena (que, diferentemente das primeiras, possibilitam a fixação da reprimenda aquém do mínimo cominado à espécie), de modo que, sem qualquer ofensa a algum princípio (tampouco de ordem constitucional), tal posicionamento, adotado pelo atual Código Penal pátrio (art. 68), encontra-se pacificado pela melhor doutrina e também pela jurisprudência, sendo inclusive sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça.

[...]

Em face da recidiva de André (inclusive roubo circunstanciado, fl. 475, e extorsão mediante sequestro, fl. 511), majoro as penas em metade, totalizando 45 anos de reclusão e 22 dias-multa.

O valor individual da pena pecuniária é fixado sempre no mínimo legal, por não existir nos autos notícia sobre as respectivas situações econômicas.

Torno a reprimenda definitiva porque ausentes outras causas legais modificadoras.

O Tribunal de Justiça, por sua vez, consignou (fls. 33/45):

Passa-se à análise da dosimetria das penas.

Também neste tópico, razão alguma assiste às combativas Defesas.

As reprimendas foram fixadas de forma criteriosa e devidamente fundamentada, dando-se plena eficácia ao princípio constitucional da individualização da pena.

As circunstâncias apontadas pelo magistrado para exasperar a pena-base de todos os réu, bem justificaram o aumento de metade, pois se tratou de investida de diversos comparsas, mais de dez indivíduos, grupo fortemente armado, contra duas lojas, simultaneamente, situadas em grande shopping center, estabelecimento comercial repleto de pessoas inocentes, havendo troca de tiros e morte de um vigilante.

Diante da menoridade relativa de Ademir e Everton, as suas penas retornaram ao mínimo legal, critério da r. sentença.

Andreson não pode ser beneficiado pela confissão, pois, embora tenha confessado em solo policial, retratou-se integralmente em juízo, negando qualquer participação no crime (fl. 774).

Sua pena, portanto, também permanece inalterada.

Quanto a André, diante de ostentar dupla reincidência (certidões de fls. 475 e 511), bem justificados os acréscimos realizados.

Tenho rememorado em meus votos ser a aplicação da pena o momento em que o juiz realiza, em cada caso concreto, a força do Direito, impondo, após o édito condenatório, a sanção jurídica ao condenado. Trata-se de poder discricionário dado ao magistrado pela Constituição Federal e pela Lei – Código Penal. Mas, embora discricionário, não é um poder arbitrário, na medida em que ao juiz cabe aplicar a pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

justa ao caso, com a necessária fundamentação, à luz do método trifásico.

Da leitura da sentença condenatória, observa-se que a pena-base foi fixada em 30 (trinta) anos de reclusão – patamar máximo previsto no art. 157, § 3º, parte final, do Código Penal. No entanto, em razão da presença de circunstância agravante – reincidência —, o Magistrado sentenciante aumentou a pena em 1/2 (metade), estabelecendo a reclusão em 45 (quarenta e cinco) anos.

Entretanto, constato que as considerações feitas pelo Magistrado para aumentar a reprimenda na segunda etapa da dosimetria mostraram-se impróprias.

Isso porque, da mesma forma que a incidência de circunstâncias atenuantes não pode acarretar a redução da pena a patamar inferior ao mínimo cominado em abstrato pelo tipo penal – enunciado n. 231 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça –, a presença de circunstâncias agravantes também não autorizam o aumento da reprimenda além do patamar máximo estabelecido no preceito secundário.

Nesse sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA MINORANTE DA LEI DE TÓXICOS. ANÁLISE DE REQUISITOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DE ATENUANTES. IMPOSSIBILIDADE.

1. O exame da insurgência, possibilidade da aplicação da minorante do § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06, demanda a incursão no conjunto probatório dos autos, medida vedada em sede de recurso especial.

2. Fixada a pena-base no mínimo legal, o reconhecimento de circunstância atenuante não tem o condão de reduzir a pena in concreto a patamar inferior àquele limite mínimo, sob pena de se permitir, a contrario sensu, que as agravantes possam elevar a pena acima do limite máximo, como dispõe a Súmula 231 desta Corte.

3. Não trazendo o agravante tese jurídica capaz de modificar o posicionamento anteriormente firmado, é de se manter a decisão agravada na íntegra, por seus próprios fundamentos.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp n.º 305771/CE, Relator o Ministro Og Fernandes, DJe de 21/6/2013.)

CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. QUADRILHA ARMADA E FALSIDADE IDEOLÓGICA. OFENSA AOS ARTS. 6.º, 69, 76, I E III, 79, 1782, 302, 401, 404, 563, 564, IV E 571 DO CPP. MATÉRIAS NÃO DISCUTIDAS PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO. ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 07. NÃO CONHECIMENTO. DOSIMETRIA. PENA FIXADA ALÉM DO MÁXIMO LEGALMENTE ESTABELECIDO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROVIDO.

I - Não se conhece de alegação de ofensa aos 6.º, 69, 76, incisos I e III, 79, 182, 302, 401, 404, 563, 564, inc. IV e 571, inc. VII, todos do Código de Processo Penal, se os temas não foram apreciados em 2º grau de jurisdição, sob pena de indevida supressão de instância.

II – Incabível o conhecimento da pretensão de absolvição, tendo em vista a necessária reapreciação do material cognitivo e incursão na seara fática-probatória, inviável em sede de recurso especial, em face da incidência da Súmula n.º 07 desta Corte. Precedentes.

III – Não é possível a fixação da pena privativa de liberdade acima do máximo legalmente estabelecido, por força da existência de circunstâncias agravantes.

IV – Recurso parcialmente conhecido e provido, apenas para determinar a adequação da pena atribuída ao crime de formação de quadrilha ao máximo previsto no Código Penal. (REsp n.º 265.293/RJ, Relator o Ministro **Gilson Dipp**, DJ de 15/4/2002.)

Assim, claro está que o aumento constante da sentença relativamente à reincidência não se apresenta idôneo. Dessarte, deve ser a reprimenda reduzida ao máximo legal – 30 (trinta) anos de prisão.

Diante dessas considerações, não conheço do *mandamus*.

No entanto, concedo *habeas corpus* de ofício para afastar o aumento promovido na segunda etapa da dosimetria, fixando a pena definitiva do paciente em 30 (trinta) anos de prisão, mantidos os demais termos da sentença condenatória.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0340046-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 279.197 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00770362220128260050 050100770363 18102010 50100770363 770362220108260050
770362220128260050

EM MESA

JULGADO: 24/04/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: MICHAEL PIFFER
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ANDRÉ DE JESUS SANTANA (PRESO)
CORRÉU	: EVERTON COELHO DA SILVA
CORRÉU	: LEONARDO ARAUJO BARBOSA
CORRÉU	: ANDERSON SANTOS
CORRÉU	: ADEMIR ANISIO DE CARVALHO
CORRÉU	: IVAN DA SILVA RABELO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Latrocínio

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.