



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS **Nº 136.978 - SP (2009/0097947-3)**

RELATOR : **MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**
IMPETRANTE : MATEUS OLIVEIRA MORO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDERSON MARTINS
PACIENTE : FABIANO DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO. PENA-BASE FIXADA UM QUARTO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. DECISÃO JÁ TRANSITADA EM JULGADO. COAÇÃO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA.

a) A simples assertiva de que as circunstâncias judiciais são desfavoráveis não justifica a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

b) Se o agente ostenta antecedentes criminais ou é reincidente, tais circunstâncias devem ser especificadas na sentença, se forem elas consideradas para fins de exasperação da pena, sob pena de afronta ao disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

c) A r. sentença condenatória carece de fundamentação, no tocante à fixação da pena-base em um quarto acima do mínimo legal, caracterizado o constrangimento ilegal apontado pelo Defensor Público impetrante.

d) Comprovado o constrangimento ilegal, o trânsito em julgado da decisão não obsta a concessão da ordem, para redução da pena.

e) Ordem concedida, para reduzir as penas dos pacientes para vinte e dois anos de reclusão e pagamento de dez dias-multa, fixado o regime prisional inicial fechado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nilson Naves.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 04 de março de 2010(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO CELSO LIMONGI
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 136.978 - SP (2009/0097947-3)

RELATOR : MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : MATEUS OLIVEIRA MORO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDERSON MARTINS
PACIENTE : FABIANO DA SILVA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) (Relator): Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de **Anderson Martins** e **Fabiano da Silva**, sob alegação de constrangimento ilegal por parte do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Aduz o impetrante que os pacientes foram condenados a vinte e cinco anos de reclusão, em regime prisional fechado, e ao pagamento de doze dias-multa, como incursos nas penas do artigo 157, parágrafo 3º, segunda parte, do Código Penal. Insurgem-se contra o **quantum** da pena imposta, porque houve aumento de um quarto sobre a pena-base, sem observância das circunstâncias judiciais. Acrescenta que o paciente Anderson, diferentemente do que consta na r. sentença, não possui maus antecedentes. E que as certidões juntadas aos autos se referem a inquéritos arquivados, termos circunstanciados e absolvições. Assim, a pena de Anderson não poderia ser idêntica à do paciente Fabiano, que registra condenações com trânsito em julgado. Por outro lado, a pena não pode ser aumentada com base no suposto dolo intenso dos agentes, porque o dolo faz parte do fato típico. Os pacientes mantinham conduta adequada, eram homens trabalhadores, Anderson como ajudante geral e Fabiano como sapateiro. Pleiteia o impetrante a concessão liminar da ordem, para que sejam as penas reduzidas ou, se esta Corte entender que a análise do pedido caracterizaria supressão de instância, postula a anulação do v. acórdão que julgou o recurso de apelação criminal, por falta de fundamentação, determinando-se a realização de novo julgamento (fls. 2 a 10).

A liminar foi indeferida a fls. 32/33.

O E. Tribunal impetrado prestou as informações de fls. 41/42.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da impetração, em parecer assim ementado (fls. 107/109):

PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ARTIGO 157, §



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3º, SEGUNDA PARTE, DO CÓDIGO PENAL. PLEITO DE REVISÃO DA DOSIMETRIA PENAL. IMPOSSIBILIDADE. QUESTÕES NÃO APRECIADAS PELA CORTE A *QUO*. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO *WRIT*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 136.978 - SP (2009/0097947-3)

RELATOR : MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : MATEUS OLIVEIRA MORO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDERSON MARTINS
PACIENTE : FABIANO DA SILVA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) (Relator): Cumpre ressaltar, em primeiro lugar, que a questão da dosimetria da pena não foi, efetivamente, apreciada no recurso de apelação criminal interposto pelos pacientes, como se vê da cópia do v. acórdão, a fls. 52/56.

Com efeito, da leitura do relatório do v. acórdão consta que o paciente Anderson pleiteou a desclassificação dos fatos para o crime de homicídio qualificado ou roubo tentado. E Fabiano alegara ser dependente químico e, por consequência, semi-imputável, postulou a desclassificação do crime de latrocínio para roubo tentado. O v. acórdão transitou em julgado.

Assim, em princípio, não poderia esta E. Corte conhecer da matéria e analisá-la, sob pena de supressão de instância.

Confirmam-se:

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. MATÉRIA NÃO-SUSCITADA NO TRIBUNAL A QUO. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIACÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. REQUISITOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, CONCEDIDA.

1. Não havendo manifestação do Tribunal de origem sobre a possibilidade de aplicação retroativa da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, não pode o Superior Tribunal de Justiça analisar o tema, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes do STJ.

2. Declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, na sessão de 23/2/06 (HC 82.959/SP), a inconstitucionalidade incidental do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, a fixação do regime inicial de cumprimento de pena pela prática de crime hediondo ou a ele equiparado deve observar as balizas do art. 33 do CP, viabilizando, inclusive, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

3. Na hipótese em exame, praticado o delito antes do advento das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Leis 11.343/06 e 11.464/07, não havendo notícia de reincidência e tendo a pena-base sido fixada no mínimo legal, ou seja, em 3 anos de reclusão, justamente por força do reconhecimento das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal como totalmente favoráveis ao paciente, impõe-se o reconhecimento do seu direito à substituição da pena carcerária por restritiva de direitos.

4. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, concedida para substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, competindo ao Juízo das Execuções Criminais a definição das condições de seu cumprimento.

(**Habeas corpus** nº 141201/RJ, relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, j. em 17/11/2009).

PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO. PRISÃO CAUTELAR. MAUS ANTECEDENTES. AÇÕES EM ANDAMENTO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ENCERRAMENTO. INSTRUÇÃO CRIMINAL. EXCESSO DE PRAZO. MATÉRIA. APRECIACÃO. AUSÊNCIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. Nos termos da jurisprudência assente nesta Corte, a existência de

inquéritos e processos em andamento não implica maus antecedentes, e, em razão disso, não podem ser considerados para valorar negativamente a personalidade do agente.

2. A matéria atinente ao alegado excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal não foi apreciada pelo Tribunal de origem, circunstância que torna inviável o exame da questão por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

3. Recurso conhecido em parte e, nessa extensão, provido, a fim de determinar que o paciente seja posto em liberdade provisória, nos termos do art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, mediante termo de compromisso a ser lavrado perante o Juízo do fato, expedindo-se a seguir, alvará de soltura.

(Recurso ordinário em habeas corpus nº 23549/BA, relator Ministro Og Fernandes, j. em 16/12/2008).

Anoto, porém, que, posteriormente, o paciente Anderson ajuizou ação revisional, questionando o **quantum** da pena aplicada. O pedido foi indeferido pelo E. Tribunal ora apontado como coator.

Inexiste, pois, óbice à apreciação do pedido.

Verifica-se dos autos que a r. sentença condenatória, confirmada pelo Tribunal **a quo**, está assim fundamentada, no que tange à fixação da pena:

"(...)

(circunstâncias judiciais e pena-base)

Revelaram personalidade fraca, violenta, deixando entrever dolo intenso e que não dão valor algum a vida alheia, posto que atingiram a vítima em seu local de trabalho -- que ali estava para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ganhar seu sustento. Sendo assim, notando que as circunstâncias judiciais do art. 59 do C.P. são todas desfavoráveis aos acusados (que também possuem antecedentes), para a prevenção e repressão ao crime em tela, fixo a pena-base, em 25 anos de reclusão e doze dias-multa.

Réus não confessos (no sentido estrito do termo) em juízo, na medida em que negaram a prática de tentativa de assalto e, por via oblíqua, do latrocínio, querendo confundir o juízo, pretendendo a desclassificação para delito contra a vida, com deslocamento de competência, pelo que não fica reconhecida a atenuante da confissão".

Como se vê, não indicou o MM. Juiz nenhum dado concreto a justificar a fixação da pena em um quarto acima do mínimo legal. É certo que foi feita referência às circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, as quais, segundo a r. sentença, seriam todas desfavoráveis aos pacientes.

Mas, caberia ao Magistrado apontar cada uma das circunstâncias e declinar o motivo pelo qual foram consideradas desfavoráveis.

Não se descreveu em que consistem os antecedentes dos pacientes, de tal arte que não se pode considerá-los para fim de exacerbar a pena-base.

É verdade que o próprio Defensor Público impetrante admite a circunstância de ser o paciente Fabiano reincidente. No entanto, o MM. Juiz faz referência aos antecedentes de ambos os agentes, sem mencionar especificamente que Fabiano seria reincidente. A fundamentação da r. sentença, assim, é idêntica no tocante aos dois pacientes.

Em outras palavras, a r. sentença, no que diz respeito à fixação da pena-base, carece de fundamentação, em manifesta afronta ao disposto no artigo 93, inciso IX, da Carta Magna.

Ilustrativamente:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. MOTIVOS DO CRIME. AUMENTO DA SANÇÃO. INVIABILIDADE. QUESTÃO INERENTE AO TIPO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. ACRÉSCIMO ACIMA DO MÍNIMO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. CRIME COMETIDO MEDIANTE GRAVE AMEAÇA À PESSOA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, INCLUSIVE DE OFÍCIO.

1. O fato de o paciente ter subtraído a motocicleta da vítima para utilizar as peças do veículo em sua própria moto não indica a existência de uma motivação mais reprovável, atrelando-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diretamente à finalidade de obtenção de vantagem patrimonial, inerente ao tipo penal de roubo.

2. O magistrado aumentou a sanção de 2/5 (dois quintos) em razão do emprego de arma de fogo, sem justificar, de qualquer modo, o acréscimo da pena em patamar superior ao mínimo previsto no § 2º do art. 157 do Código Penal, de 1/3 (um terço). Ainda que se trate apenas de uma majorante, admite-se o acréscimo acima do mínimo legal, desde que devidamente fundamentada a decisão, o que não ocorreu na hipótese.

3. Considerando o quantum da pena imposta, a primariedade do paciente e as circunstâncias judiciais favoráveis, dada a fixação da pena-base no mínimo legal, correta a fixação do regime semiaberto para o início do cumprimento da pena, nos termos do art. 33 e parágrafos do Código Penal. Impossível, contudo, a estipulação do regime aberto, já que a pena supera 4 (quatro) anos.

4. Incabível a substituição da pena por medidas restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, se a pena supera quatro anos e o delito foi cometido mediante grave ameaça à pessoa.

5. Habeas corpus parcialmente concedido, inclusive de ofício, para reduzir a pena imposta ao paciente a 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mantidos o regime semiaberto e os demais termos da sentença e do acórdão.

(Habeas corpus nº 91107/DF, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. em 08/09/2009).

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CP. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXASPERAÇÃO NÃO JUSTIFICADA. CONCURSO FORMAL. PERCENTUAL DE AUMENTO. NÚMERO DE DELITOS. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REINCIDÊNCIA. PREPONDERÂNCIA.

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). Dessa maneira, considerações genéricas, abstrações ou dados integrantes da própria conduta tipificada não podem supedanear a elevação da reprimenda (Precedentes do STF e STJ).

II - In casu, verifica-se que o v. acórdão apresenta em sua fundamentação incerteza denotativa e vagueza, carecendo, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível. Não existe argumento suficiente a justificar, no caso concreto, a fixação da pena-base acima do mínimo legal previsto em abstrato, pois, a falta de recomposição integral do patrimônio das vítimas, - comprometido pela consumação do delito, não pode ser valorada negativamente, por se tratar de aspecto subsumido ao próprio tipo penal (Precedente).

III - O percentual de aumento decorrente do concurso formal de crimes (art. 70 do CP) deve ser aferido em razão do número de delitos praticados, e não à luz do art. 59 do CP (Precedentes). No



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

caso, sendo duas as vítimas, o percentual deve ser fixado no mínimo legal.

V - A circunstância agravante da reincidência, como preponderante, deve prevalecer sobre a atenuante da confissão espontânea, a teor do art. 67 do Código Penal (Precedentes). Ordem parcialmente concedida.

(**Habeas corpus** nº 136568/DF, relator Ministro Felix Fischer, j. em 1º/09/2009).

É caso, pois, de concessão da ordem, para cancelar o aumento da pena, por falta de fundamentação, ressaltando que a circunstância de ter a decisão condenatória transitado em julgado não obsta a correção, considerando-se que o paciente está a sofrer coação ilegal.

A propósito:

CRIMINAL. HC. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REDUÇÃO DA PENA PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. NORMA DE NATUREZA PENAL. RETROATIVIDADE. INEXISTÊNCIA DE LIMITE TEMPORAL. INSTITUTO MAIS BENÉFICO AO ACUSADO. SENTENÇA PROLATADA NA VIGÊNCIA DA NOVA LEI. ORDEM CONCEDIDA.

1- A redução da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, por ser instituto de direito material, deve ter sua aplicação retroativa determinada sempre que visualizada a possibilidade do réu ser beneficiado, ainda que transitada em julgada a condenação.

2- **A Carta Magna não impõe limite temporal para a retroatividade da lei penal mais benigna e o Estatuto Repressor, ao esclarecer a questão, faz a ressalva de que, ainda na hipótese da ocorrência de trânsito em julgado de decisão condenatória, lei posterior de qualquer modo mais favorável ao agente deve ser aplicada aos fatos anteriores.**

3- Verificado que, apesar de os fatos terem ocorrido antes da Lei n.º 11.343/2006, a sentença condenatória foi prolatada quando a norma já estava em vigor, nem havendo, portanto, que se falar em retroatividade da lei, mas em imediata aplicação das disposições legais mais benéficas ao réu.

4- Ordem concedida, para determinar que o Juízo monocrático analise a possibilidade de redução da reprimenda de um sexto a dois terços, com base no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

(**Habeas corpus** nº 84786/MS, relatora Ministra Jane Silva, j. em 15/10/2008).

Ficam, pois, as penas dos pacientes reduzidas para vinte anos de reclusão e dez dias-multa, no valor unitário mínimo legal. O regime prisional será o inicial fechado, nos termos da Lei nº 11.464/2007.

Em face do exposto, **concedo em parte a ordem**, para reduzir as penas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dos pacientes a vinte e dois anos de reclusão e ao pagamento de dez dias-multa, fixado o regime prisional inicial fechado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0097947-3

HC 136978 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10662000 3489933

EM MESA

JULGADO: 04/03/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**

Presidenta da Sessão

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ZÉLIA OLIVEIRA GOMES**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MATEUS OLIVEIRA MORO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDERSON MARTINS
PACIENTE : FABIANO DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Latrocínio

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nilson Naves.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 04 de março de 2010

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
Secretário