



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 134.701 - SP (2009/0076564-7)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : THIAGO ALVES DE OLIVEIRA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCOS BATISTA PINA

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (TRÊS VEZES). PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. NÃO-INCIDÊNCIA NO CASO EM TELA. CRIMES AUTÔNOMOS. ART. 157, § 2.º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. RECONHECIMENTO DE DUAS CAUSAS ESPECIAIS DE AUMENTO DE PENA. AUMENTO DA PENA ACIMA DA RAZÃO MÍNIMA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. MERA UTILIZAÇÃO DE CRITÉRIO MATEMÁTICO (OBJETIVO). IMPOSSIBILIDADE. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 443/STJ. CONTINUIDADE DELITIVA. TRÊS INFRAÇÕES. PERCENTUAL. 1/4 (UM QUATRO). ILEGALIDADE. READEQUAÇÃO. REGIME PRISIONAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Para aplicação do princípio da consunção pressupõe-se a existência de ilícitos penais que funcionam como fase de preparação ou de execução, ou como condutas, anteriores ou posteriores de outro delito mais grave.

2. A conduta de portar armas ilegalmente não pode ser absorvida pelo crime de roubo, quando resta evidenciada a existência de crimes autônomos, sem nexos de dependência entre as condutas ou subordinação, não incidindo, portanto, o princípio da consunção.

3. A presença de mais de uma majorante no crime de roubo não é causa obrigatória de exasperação da punição em percentual acima do mínimo legal previsto, exceto quando constatada a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não ocorrerá na espécie.

4. Súmula n.º 443/STJ: "[o] aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes". A ausência de motivação concreta, com mera utilização de critério matemático (objetivo) para o aumento da pena acima da razão mínima, portanto, é ilegal.

5. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que o aumento de pena pela continuidade delitiva deve levar em conta o número de infrações, sendo que esta Quinta Turma tem considerado correta a exacerbação em 1/5 (um quinto) no crime continuado, no caso de 3 (três) delitos.

6. Fixada a pena-base no mínimo legal, e tendo em conta a quantidade da pena aplicada para o delito de roubo – 06 (seis) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão – faz jus o Paciente ao regime semiaberto, nos termos do art. 33, § 2.º, alínea *b*, do Código Penal. Quanto ao delito de porte ilegal de arma de fogo faz jus o Paciente ao regime aberto, nos termos do art. 33, § 2.º, alínea *c*, do Código Penal, ante a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e a quantidade da pena imposta – 02 (dois) anos de reclusão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. Ordem parcialmente concedida a fim de, mantida a condenação imposta ao Paciente, reduzir a pena, quanto aos crimes de roubo em continuidade delitiva, para **06 (seis) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão**, a ser cumprida **em regime inicial semiaberto**, bem assim fixar o regime inicial aberto para cumprimento da reprimenda imposta para o crime de porte ilegal de arma de fogo.

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, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ).

Brasília (DF), 15 de dezembro de 2011 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 134.701 - SP (2009/0076564-7) (f)

IMPETRANTE : THIAGO ALVES DE OLIVEIRA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCOS BATISTA PINA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de MARCOS BATISTA PINA, contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado, perante a 24.^a Vara Criminal da Comarca de São Paulo/SP, às penas de 07 (sete) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 39 (trinta e nove) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2.º, incisos I, II (por três vezes), na forma do art. 71, ambos do Código Penal. O Paciente foi, ainda, absolvido dos seguintes crimes: no art. 157, § 2.º, inciso I e II; art 14, da Lei n.º 10.826/03; art. 16, da Lei n.º 6.368/76; e art. 1.º, da Lei n.º 2.252/54.

Inconformados, o Paciente e o Ministério Público apelaram. A Corte de origem negou provimento ao apelo defensivo e deu provimento ao recurso Ministerial, para majorar a pena pelos crimes de roubo para 11 (onze) anos de reclusão, e 39 (trinta e nove) dias-multa, e condenar o Paciente pela prática do delito de porte ilegal de arma de fogo (art. 14, da Lei 10.826/03) às penas de 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

O Impetrante insurge-se, no presente *writ*, contra o aumento aplicado na sentença condenatória, em razão das majorantes previstas nos incisos I e II, do § 2.º do art. 157, do Código Penal. Afirma que a pena foi aumentada em 3/8, tão-somente, em razão de critério matemático.

Alega que a majoração da reprimenda pela continuidade delitiva no patamar de 1/2 configurou *bis in idem* e não observou as circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal.

Aduz, ainda, que, quanto ao crime de porte ilegal de arma de fogo, configura-se o instituto da consunção, em que o crime de roubo absorve o crime de porte de arma.

Afirma, por fim, que o Paciente deve cumprir a pena em regime inicial semiaberto, em razão do *quantum* de pena aplicado e da inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Requer, assim, a concessão da ordem para: a) seja reparada a pena nos delitos de roubo, afastando-se o critério matemático utilizado para aumento da pena em razão das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

majorantes; b) seja afastado o aumento de 1/2 pela continuidade delitiva; c) seja afastada a condenação pelo porte ilegal de arma de fogo; e d) que o Paciente possa cumprir a reprimenda que lhe foi imposta em regime semiaberto.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 46/47, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 69/74, pela concessão parcial da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 134.701 - SP (2009/0076564-7) (f)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (TRÊS VEZES). PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. NÃO-INCIDÊNCIA NO CASO EM TELA. CRIMES AUTÔNOMOS. ART. 157, § 2.º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. RECONHECIMENTO DE DUAS CAUSAS ESPECIAIS DE AUMENTO DE PENA. AUMENTO DA PENA ACIMA DA RAZÃO MÍNIMA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. MERA UTILIZAÇÃO DE CRITÉRIO MATEMÁTICO (OBJETIVO). IMPOSSIBILIDADE. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 443/STJ. CONTINUIDADE DELITIVA. TRÊS INFRAÇÕES. PERCENTUAL. 1/4 (UM QUATRO). ILEGALIDADE. READEQUAÇÃO. REGIME PRISIONAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Para aplicação do princípio da consunção pressupõe-se a existência de ilícitos penais que funcionam como fase de preparação ou de execução, ou como condutas, anteriores ou posteriores de outro delito mais grave.

2. A conduta de portar armas ilegalmente não pode ser absorvida pelo crime de roubo, quando resta evidenciada a existência de crimes autônomos, sem nexos de dependência entre as condutas ou subordinação, não incidindo, portanto, o princípio da consunção.

3. A presença de mais de uma majorante no crime de roubo não é causa obrigatória de exasperação da punição em percentual acima do mínimo legal previsto, exceto quando constatada a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não ocorrerá na espécie.

4. Súmula n.º 443/STJ: "[o] aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes". A ausência de motivação concreta, com mera utilização de critério matemático (objetivo) para o aumento da pena acima da razão mínima, portanto, é ilegal.

5. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que o aumento de pena pela continuidade delitiva deve levar em conta o número de infrações, sendo que esta Quinta Turma tem considerado correta a exacerbação em 1/5 (um quinto) no crime continuado, no caso de 3 (três) delitos.

6. Fixada a pena-base no mínimo legal, e tendo em conta a quantidade da pena aplicada para o delito de roubo – 06 (seis) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão – faz jus o Paciente ao regime semiaberto, nos termos do art. 33, § 2.º, alínea b, do Código Penal. Quanto ao delito de porte ilegal de arma de fogo faz jus o Paciente ao regime aberto, nos termos do art. 33, § 2.º, alínea c, do Código Penal, ante a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e a quantidade da pena imposta – 02 (dois) anos de reclusão.

7. Ordem parcialmente concedida a fim de, mantida a condenação imposta ao Paciente, reduzir a pena, quanto aos crimes de roubo em continuidade delitiva, para **06 (seis) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão, a ser cumprida **em regime inicial semiaberto**, bem assim fixar o regime inicial aberto para cumprimento da reprimenda imposta para o crime de porte ilegal de arma de fogo.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Insurge-se o Impetrante contra o aumento de 3/8 aplicado na sentença condenatória, em razão das majorantes previstas nos incisos I e II, do § 2.º, do art. 157, do Código Penal.

Alega que a majoração da reprimenda pela continuidade delitiva no patamar de 1/2 configurou *bis in idem* e não observou as circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal. Aduz, ainda, que quanto ao crime de porte ilegal de arma de fogo configura-se consunção, em que o crime de roubo absorve o crime de porte de arma.

Afirma, por fim, que o Paciente deve cumprir a pena em regime inicial semiaberto, em razão do *quantum* de pena aplicado, e pela inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Passo ao voto.

De início, os Impetrantes pretendem a aplicação do princípio da consunção, com a absolvição do Paciente quanto ao crime de porte ilegal de arma de fogo.

O primeiro fato ocorrido (roubo majorado pelo uso de arma de fogo) encontra-se transcrito na sentença da seguinte forma, *in verbis*:

"Narra a inicial que, no dia 12 de junho de 2006, durante a noite, nesta capital, o acusado, em concurso voluntário de agentes com o adolescente Deny Jackson de Jesus Sales, porquanto previamente conluiados e com identidade de propósitos, e mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, em reiteração criminosa, praticou quatro crimes de roubos distintos, cada um deles fruto de desígnio autônomo, com atos de execução e consumação próprios.

Segundo a inicial, "o acusado e seu comparsa adolescentes adentravam a coletivos e entre os seus passageiros escolhiam a vítima. Ora o acusado se aproximava da vítima e anunciava o assalto, determinando a entrega do aparelho celular, apontando o parceiro (adolescente) e o dizendo armado; o adolescente levantava a blusa e exibia a arma, ora invertiam a situação." [...] fl. 18)

O segundo fato (porte ilegal de arma de fogo), também ocorreu no mesmo dia, mas *"por volta das 23:30 horas, na Av. Paulista, próximo ao cruzamento com a Rua*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brigadeiro Luiz Antônio, o acusado e seu comparsa adolescente portavam um revólver, calibre 22, n.º A744574, marca Rossi, o qual no momento da apreensão estava na cintura do acusado[...]" (fl. 19).

Como se vê, depreende-se dos fatos narrados a inviabilidade da aplicação automática do princípio da consunção, em desconsideração das circunstâncias fáticas do caso concreto, uma vez que as condutas delituosas (crimes de roubo e porte ilegal de arma de fogo) ocorreram em contextos fáticos distintos, absolutamente autônomos.

Como bem asseverou o Tribunal *a quo* no acórdão impugnado:

"Quanto ao crime de porte ilegal de arma, entendo, assim como o representante ministerial, ser o caso de condenar o réu.

Restou demonstrado nos autos que Marcos e o adolescente Deny foram abordados, andando nas proximidades da Avenida Paulista, portando um revólver, marca Rossi, calibre 22, municiado.

Observe-se que a abordagem se deu por volta das 23:30 horas.¹⁹ Os roubos ocorreram entre 19:30/20:30 horas/aproximadamente.

Entendo, contrariamente ao MM. Juiz sentenciante, tratar-se de delito autônomo, não absorvido pelos crimes de roubo.

Os marginais poderiam ter praticado os roubos e abandonado a arma. Mas não, continuaram andando com a arma pela cidade.

O laudo de fls. 59-60 atestou que o revólver operava eficazmente. Assim, de rigor era a condenação. [...]" (fl. 36)

Deve-se lembrar que, para a aplicação do referido princípio, pressupõe-se a existência de ilícitos penais chamados de "consuntos", que funcionam apenas como estágio de preparação ou de execução, ou como condutas, anteriores ou posteriores de outro delito mais grave, nos termos do brocardo *lex consumens derogat legi consumptae*.

Como preleciona Damásio Evangelista de Jesus:

"O comportamento descrito pela norma consuntiva constitui a fase mais avançada na concretização da lesão ao bem jurídico, aplicando-se, então, o princípio de que major absorbet minorem. Os fatos não se apresentam em relação de espécie e gênero, mas de minus a plus, de conteúdo a continente, de parte e todo, de meio e fim, de fração a inteiro." (in DIREITO PENAL, Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2002, p.114.)

Em sendo assim, inexistindo relação de subordinação entre tais condutas, conforme devidamente demonstrado pelo acórdão recorrido, inviável a aplicação do referido princípio. Acresce-se a isso, ainda, o fato de que a adoção de entendimento diverso ao do constante na condenação ensejaria a análise aprofundada de todo o conjunto fático-probatório dos autos, o que se afigura inviável na via estreita do *habeas corpus*.

Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"CRIMINAL. HC. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DISPARO DE ARMA DE FOGO EM VIA PÚBLICA. APLICAÇÃO AUTOMÁTICA DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. INVIABILIDADE. CONDUTAS AUTÔNOMAS. EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ORDEM DENEGADA.

O princípio da consunção pressupõe a existência de um nexo de dependência das condutas ilícitas, para que se verifique a possibilidade de absorção daquela menos grave pela mais danosa.

Incabível a aplicação automática do princípio da consunção, em desconsideração às circunstâncias fáticas do caso concreto, em que as infrações ocorreram em momentos distintos.

Quando constatado que os crimes de porte ilegal de armas e de homicídio qualificado se afiguram absolutamente autônomos, inexistindo qualquer relação de subordinação entre as condutas, resta inviabilizada a aplicação do princípio da consunção, devendo o réu responder por ambas as condutas.

É incabível, nos estreitos limites da via eleita, um maior aprofundamento na apreciação dos fatos e provas constantes dos processos de conhecimento para a verificação das circunstâncias objetivas e subjetivas imprescindíveis ao reconhecimento da ocorrência da ficção jurídica.

Ordem denegada." (HC 51.660/DF, 5ª Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJ de 10/04/2006.)

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. PORTE ILEGAL E DISPARO DE ARMA DE FOGO. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. VERBETE SUMULAR N.º 231 DO STJ. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO.

A diminuição da pena aquém do mínimo legal em face de circunstância atenuante destoa do entendimento cristalizado na Súmula n.º 231 desta Egrégia Corte Superior de Justiça.

Para aplicação do princípio da consunção pressupõe-se a existência de ilícitos penais que funcionam como fase de preparação ou de execução, ou como condutas anteriores ou posteriores de outro delito mais grave.

In casu, a conduta de portar ilegalmente arma não pode ser absorvida pelo crime de disparo de arma de fogo, porquanto os crimes foram consumados em contextos fáticos distintos, restando evidenciada a existência de crimes autônomos, sem nexo de dependência entre as condutas ou subordinação, não incidindo, portanto, o princípio da consunção.

Recurso conhecido e provido." (REsp 731.331/RS, 5ª Turma, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJ de 07/11/2005.)

Prosseguindo o Juízo sentenciante dosou a reprimenda do Paciente, quanto aos crimes de roubo, nos seguintes termos:

"[...]"

Passo à dosagem das penas. Tendo em vista as circunstâncias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

judiciais do art. 59, do Código Penal, fixo a pena base, para cada delito, em 04 anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa, reprimenda fixada no mínimo legal por ser o acusado primário e de bons antecedentes. Na segunda fase, a despeito da menoridade e da confissão quanto a um dos roubos, as penas não sofrerão alteração, eis que já se encontram no mínimo legal, não podendo ir aquém disso (Súmula nº 231, do Superior Tribunal de Justiça).

Em razão das duas causas de aumento de pena, elevo a reprimenda em 3/8. Deveras, a incidência de duas majorantes enseja o incremento, na terceira fase da dosimetria da pena, acima do mínimo legal (1/3). Respeitando opinião em contrário, entendo que o agente pratica que pratica o roubo duplamente majorado apresenta uma culpabilidade maior do que aquele que comete roubo com apenas uma causa de aumento de pena. Sua conduta é mais censurável sob a óptica do Direito Penal. A fixação do aumento, no caso de duas qualificadoras, no mínimo legal, na prática, equipara situações díspares. Em outras palavras, o aumento de 1/3 na hipótese de roubo com duas causas de aumento de pena implica o tratamento igual de situações diversas, num quadro a arranhar o princípio da igualdade, desaguando numa solução injusta (a lembrar que a igualdade constitui o cerne da idéia de justiça).

[...]

Chega-se assim a 5 anos e 6 meses de reclusão e pagamento de 13 dias-multa para cada crime.

Face ao crime continuado, tomo a pena privativa de liberdade de um dos delitos, aumentando-a em um terço, tendo em conta a regra insculpida no par. único, do artigo 71, do Código Penal. Há que se considerar que os delitos foram praticados contra vítimas diferentes, com emprego de grave ameaça e tendo por objeto bens de inegável utilidade para as pessoas. Chega-se assim, a 7 anos e 4 meses de reclusão.

As penas pecuniárias devem ser somadas (39 dias-multa), em atenção ao que dispõe o artigo 72, do Código Penal.

[...]

Deverá iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade regime fechado. Foram três os delitos cometidos em seqüência, tendo por objeto bens de inegável utilidade nos dias atuais, valendo-se o réu de um menor par o cometimento da infração, num quadro a denotar um elevado grau de censurabilidade das condutas, de tal arte que o processo de ressocialização há de ser encetado pelo regime mais severo, sem o que as condutas não seriam suficientemente reprovadas. De resto, o crime de roubo qualificado, por si só, mostra uma periculosidade acentuada do agente, a indicar, como regra, a fixação do regime inicial fechado em relação à sanção privativa de liberdade (STF, HC nº 74.301-3, rel. Min. Maurício Correa; TACRIM-SP, RJDTACRIM 16/143, 10/119).

Vale salientar que a circunstância da pena base ter sido fixada no mínimo legal não obsta a imposição do regime inicial fechado de cumprimento da pena privativa de liberdade (STF, HC nº 84.304-2, rel. Min. Ellen Gracie, HC nº 84.497-9, rel. Min. Gilmar Mendes). [...]" (fls. 25/27)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Tribunal de origem reformou a dosimetria da pena imposta o Paciente sob os seguintes fundamentos, *in verbis*:

"[...]

Assim, de rigor era a condenação pelos três crimes de roubo.

Marcos teve sua pena fixada em patamar mínimo, aumentada em três oitavos, pela biquificação.

Correto o reconhecimento da continuidade. São crimes da mesma espécie praticados nas mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução.

Todavia, entendo ser o caso de majorar, no dobro, o aumento referente à continuidade. Foram três crimes de roubo, duplamente qualificados e consumados. Tais circunstâncias justificam, a meu ver, tal aumento da pena.

Dessa forma, mantida a pena base e o aumento em função da biquificação; e aplicado o aumento no dobro, pela continuidade, a pena de Marcos ficará em onze anos de reclusão, mais trinta e nove dias-multa.

Outro não poderia ter sido o regime de pena.

O regime fechado é o único aplicável a autor de roubo, ainda que primário e independentemente do montante da pena aplicada, máxime se qualificada a infração.

[...]

Quanto ao crime de porte ilegal de arma, entendo, assim como o representante ministerial, ser o caso de condenar o réu.

[...]

Marcos não ostenta antecedentes. Fixo sua pena em dois anos de reclusão, mais dez dias-multa.²⁰

O regime inicial deve ser o fechado, tendo em vista a gravidade do delito. A arma apreendida estava municiada com três cartuchos e era utilizada na prática de crimes de roubo.[...]" (fls. 34/37)

No tocante ao *quantum* de aumento da pena em razão da presença de 02 (duas) causas de aumento, assiste razão ao Impetrante.

Observa-se que, levou-se em conta, tão-somente, o critério matemático para agravar a pena acima do percentual mínimo (presença de duas circunstâncias). Porém, a presença de mais de uma majorante no crime não é causa obrigatória de exasperação da punição em percentual acima do mínimo previsto, exceto quando o Magistrado, no caso concreto, constate a existência de motivos idôneos que indiquem a necessidade da exasperação.

Conclui-se que as instâncias ordinárias contrariaram o entendimento pacificado neste Tribunal Superior no sentido de que o percentual acima do mínimo na terceira fase da dosimetria da pena deve ser fundamentado com base em dados concretos que justifiquem uma maior elevação, utilizando-se o critério subjetivo, por ser mais favorável ao réu e por obedecer ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

princípio constitucional da individualização da pena (art. 5.º, inciso XLVI, da Constituição da República).

A propósito:

"HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO. AUMENTO DE 3/8 EM RAZÃO DA DUPLA QUALIFICAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE QUANTO À NECESSIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO DIANTE DO QUANTUM DA PENA IMPOSTA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. ART. 33, § 2.º ALÍNEA B, e § 3.º DO CÓDIGO PENAL.

1. A presença de mais de uma qualificadora no crime de roubo não é causa obrigatória de majoração da punição em percentual acima do mínimo previsto, a menos que seja constatada a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não se deu na espécie.

2. Fixada a pena-base no mínimo legal, porquanto reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu primário e de bons antecedentes, não é cabível impor regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

3. Habeas corpus concedido para fixar o aumento pelas duas qualificadoras no mínimo legal e o regime inicial semi-aberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente" (HC 102.447/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, 5.ª TURMA, DJ de 19/12/2008.)

"HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. APREENSÃO DA ARMA DE FOGO. DESNECESSIDADE. RECONHECIMENTO DE DUAS QUALIFICADORAS. AUMENTO DE PENA FIXADO EM 3/8. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE INDICAM A NECESSIDADE DE EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS RECONHECIDAS COMO FAVORÁVEIS. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. ART. 33, § 2º, ALÍNEA B, DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS 718 E 719 DO STF. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Não há como afastar a causa de aumento decorrente da aplicação do inc. I do § 2º do art. 157 do Código Penal, uma vez que a apreensão da arma de fogo utilizada na prática do referido delito é perfeitamente dispensável quando existem outros elementos nos autos capazes de comprovar o efetivo emprego do aludido instrumento.

2. Consoante reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a presença de duas qualificadoras no crime de roubo (concurso de agentes e emprego de arma de fogo) pode agravar a pena em até metade, quando o magistrado, diante das peculiaridades do caso concreto, constatar a ocorrência de circunstâncias que indicam a necessidade da elevação da pena acima do mínimo legal.

3. Assim, não fica o Juízo sentenciante adstrito, simplesmente, à quantidade de qualificadoras para fixar a fração de aumento, pois, na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

hipótese de existência de apenas uma qualificadora, havendo nos autos elementos que conduzem à exasperação da reprimenda – tais como a quantidade excessiva de agentes no concurso de pessoas ou o grosso calibre da arma de fogo utilizada na empreitada criminosa –, a fração pode e deve ser elevada, acima de 1/3, contanto que devidamente justificada na sentença, em observância ao art. 68 do CP. O mesmo raciocínio serve para uma situação inversa, em que o roubo foi praticado com arma branca (faca ou canivete) e a participação do co-réu foi de menor importância, hipótese em que pode o magistrado aplicar a fração mínima, apesar da dupla qualificação.

4. In casu, o Tribunal de origem não fundamentou o acréscimo da reprimenda em 3/8, motivo por que o percentual de aumento da pena pelas qualificadoras previstas no art. 157, § 2º, I e II, deve ser fixado em apenas 1/3.

5. [...].

6. Ordem parcialmente concedida para redimensionar a pena do paciente para 5 anos e 4 meses, em regime inicial semi-aberto, e 12 dias-multa" (HC 97.134/SP, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, 5.^a TURMA, DJ de 19/12/2008.)

Incide, na hipótese, portanto, a Súmula n.º 443/STJ: "[o] aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes."

Ou seja: a ausência de motivação concreta, com mera utilização de critério matemático (objetivo) para o aumento da pena acima da razão mínima, na terceira fase da dosimetria da pena, é ilegal.

Dessa forma, diante da ausência de justificativa concreta acerca da adoção de fração maior que o mínimo na exacerbação da pena, deve, portanto, ser reduzido o *quantum* relativo ao aludido aumento ao patamar legal mínimo, equivalente a 1/3, excluindo-se a majoração considerada ilegal, de 3/8.

Outrossim, depreende-se que o acórdão recorrido, reformando a sentença condenatória, fixou a pena-base em 04 (quatro) anos de reclusão e 13 (treze) dias-multa, a qual foi acrescido o percentual de 1/2, em razão de o Paciente ter cometido três crimes de roubos, em continuidade delitiva.

Cumprе ressaltar que as três infrações devem ser consideradas para o cálculo do percentual a ser aplicado à pena-base, como bem observou o *Parquet* Federal.

Exemplificativamente:

"HABEAS CORPUS. ROUBO TRIPLAMENTE QUALIFICADO E TENTATIVA DE ROUBO QUALIFICADO. REDUÇÃO DO COEFICIENTE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE AUMENTO DECORRENTE DAS QUALIFICADORAS DO ROUBO CONSUMADO AO MÍNIMO LEGAL. CABIMENTO. CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE AS CONDUTAS. CONFIGURAÇÃO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA MAIS GRAVE DO QUE O LEGALMENTE PREVISTO. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGOS 33, §§ 2º E 3º, E 59 DO CÓDIGO PENAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. Esta Corte tem proclamado que, em se tratando de roubo qualificado por mais de uma circunstância, para a adoção de acréscimo acima do mínimo legal faz-se necessária a demonstração da sua necessidade, que não decorre abstratamente do número daquelas causas.

2. É pacífico o entendimento desta Corte de que, para a caracterização da continuidade delitiva, devem estar presentes, além dos requisitos objetivos - pluralidade de ações, nexos temporal e circunstancial quanto ao local e modo de execução - o subjetivo, vale dizer, a unidade de desígnios.

3. No caso, os dois delitos de roubo, o primeiro consumado e o outro tentado, foram cometidos em sequência, com intervalo de tempo inferior a uma hora, em locais próximos, mediante emprego de arma de fogo, utilizando modus operandi muito semelhante apesar das vítimas serem diferentes, sendo certo que os agentes agiram com unidade de desígnios, o que deixa clara a caracterização da continuidade delitiva entre as condutas imputadas, aferida da simples leitura da sentença.

4. O aumento da pena é fixado levando-se em consideração, tão-somente, o número de infrações cometidas, sendo certo que, em se tratando de condenação por dois crimes em continuação, o aumento não deve exceder o percentual mínimo de 1/6.

5. Reconhecida a primariedade dos réus e fixada a pena-base no mínimo legal em razão das favoráveis circunstâncias judiciais, é de rigor que a reprimenda seja cumprida no regime semiaberto, visto que supera quatro anos e não excede a oito, sendo inadmissível a imposição de regime prisional mais rigoroso com base exclusivamente na gravidade em abstrato do delito.

6. Ordem concedida para reduzir a sanção corporal imposta aos pacientes para 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, a serem cumpridas no regime semiaberto, e 15 dias-multa."(HC 145.894/SP, 6.ª Turma, Rel. Min. HAROLDO RODRIGUES (Desembargador Convocado do TJ/CE), DJe de 07/06/2010.)

No que concerne ao acréscimo fixado no acórdão recorrido, observo que o percentual aplicado (1/2) deve ser readequado à luz da doutrina e jurisprudência desta Quinta Turma.

Com efeito, conforme ensina Júlio Fabbrini Mirabete, *in verbis*:

"Para a dosagem do aumento deve-se levar em conta, principalmente, o número de infrações praticadas pelo agente. Tem-se recomendado como parâmetros aumento de um sexto para duas infrações; de um quinto para três; de um quarto para quatro; de um terço para cinco; de metade para seis; de dois terços para sete ou mais ilícitos" (Manual de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Direito Penal, 12.^a ed., Atlas, Vol. 1, pág. 314).

No mesmo sentido, Alberto Silva Franco, *litteris*:

"O número de infrações constitui, sem dúvida, o critério fundamental para efeito de determinação do aumento punitivo. Assim, em princípio, a existência de duas infrações, em continuidade delitiva, significa o menor aumento, ou seja, o de um sexto; a de três, o de um quinto; a de quatro, o de um quarto; a de cinco, o de um terço; a de seis, o de metade; a de sete ou mais, o de dois terços, que corresponde ao máximo cominável para a causa de aumento de pena em questão." (Código Penal e sua interpretação jurisprudencial - Vol. 1 - Parte Geral, Ed. RT, 7.^a edição, 2001, fls. 1319/1320 - grifo nosso).

Esse magistério doutrinário tem sido aplicado por este colegiado, que tem considerado correta a exacerbação da pena em 1/5 (um quinto) no crime continuado, no caso de 3 (três) delitos (REsp 678.357/SP, Rel. Min. GILSON DIPP, DJ 9/2/2005, p. 221).

Assim, é pacífica a jurisprudência desta Corte, no sentido de que *"O aumento da pena pela continuidade delitiva se faz, basicamente, quanto ao art. 71, caput do Código Penal, por força do número de infrações praticadas. Qualquer outro critério, subjetivo, viola o texto legal enfocado"* (HC 44.229/RJ, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJ de 20/3/2006, p. 314).

Registre-se, ainda, que *"A Jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, alinhada ao constructo doutrinário, é firme na compreensão de que o aumento relativo à continuidade delitiva deve guardar compatibilidade com a sua extensão, relativamente ao número de infrações"* (HC 30.105/SP, 6.^a Turma, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJ de 18/4/2005).

Desse modo, a dosimetria da pena imposta ao Paciente, quanto ao crime de roubo em continuidade delitiva, merece reparo.

Em consonância com a proporção estabelecida pelas instâncias ordinárias, mantenho a pena-base fixada no mínimo legal, qual seja de 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, embora reconhecida as atenuantes da menoridade e da confissão espontânea, resta a pena fixada em 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, pois, a teor do pacífico entendimento desta Corte, o reconhecimento das atenuantes não pode conduzir a pena a patamar abaixo do mínimo, conforme disposto na Súmula n.º 231 deste



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Superior Tribunal de Justiça.

Entretanto, na terceira fase da aplicação da pena, deve ser retificado o aumento de 3/8 para o mínimo legal, equivalente a 1/3, restando fixada a reprimenda em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, e 13 (treze) dias-multa.

Quanto à continuidade delitiva, readequo a pena cominada ao Paciente, para estabelecer o aumento no percentual de 1/5 (um quinto), restando, assim, a pena definitiva quantificada em **06 (seis) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias** de reclusão, mais o pagamento de 30 (trinta) dias-multa.

Por fim, requer o Impetrante a fixação de regime menos gravoso em razão do *quantum* de pena aplicado e da inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Ressalte-se que somente se consideradas as circunstâncias judiciais de forma desfavoráveis, com fundamentos idôneos, poderia, então, ser mantido regime prisional mais gravoso.

De fato, no caso dos autos, a Corte de origem manteve o regime fechado para o cumprimento da pena referente ao crime de roubo, pois naquele momento a quantidade de pena fixada, qual seja, 11 (onze) anos de reclusão, justificava a imposição de tal regime, conforme previsão do art. 33, § 2.º, alínea *a*, do Código Penal.

Entretanto, neste momento, considerando que a pena-base foi fixada no mínimo legal, e tendo em conta a quantidade da pena aplicada para o delito de roubo – 06 (seis) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão – faz jus o Paciente ao regime semiaberto, nos termos do art. 33, § 2.º, alínea *b*, do Código Penal.

Outrossim, quanto ao delito de porte ilegal de arma de fogo observa-se que o acórdão recorrido, fixou regime prisional mais gravoso, embora fixada a pena-base no mínimo legal. Sendo assim, faz jus o Paciente ao regime aberto, nos termos do art. 33, § 2.º, alínea *c*, do Código Penal, ante a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e a quantidade da pena imposta – 02 (dois) anos de reclusão.

Ante o exposto, **CONCEDO PARCIALMENTE** a ordem a fim de, mantida a condenação imposta ao Paciente, reduzir a pena, quanto aos crimes de roubo em continuidade delitiva, para **06 (seis) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão**, a ser cumprida **em regime inicial semiaberto**, bem assim fixar o regime inicial aberto para cumprimento da reprimenda imposta para o crime de porte ilegal de arma de fogo.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0076564-7

HC 134.701 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 12023563 60470542 993080248958

EM MESA

JULGADO: 15/12/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : THIAGO ALVES DE OLIVEIRA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCOS BATISTA PINA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

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, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ).