



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS N° 124.786 - SP (2008/0284577-2)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : REINALDO DE ALELUIA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : REINALDO DE ALELUIA

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS**. ART. 157, § 2º, INCISO I DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. ALEGADO **BIS IN IDEM**. INOCORRÊNCIA. REINCIDÊNCIA. **QUANTUM** DE AUMENTO. DESPROPORCIONALIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS.

I - Aplicada pela e. Corte Estadual a Súmula 241 desta Corte e, portanto, afastado o apontado **bis in idem** na dosimetria da pena, falta, neste ponto, interesse de agir ao impetrante.

II - Embora os percentuais relacionados às agravantes não encontrem limites expressos no Código Penal, a exacerbação da reprimenda em razão destas circunstâncias não poderá **ultrapassar** o limite mínimo previsto para a terceira fase da dosimetria (causas de aumento), sob pena de equiparar-se as circunstâncias agravantes às majorantes, ferindo-se o critério trifásico (**Precedente**).

III - Para efeito de reconhecimento da continuidade delitiva, é imprescindível, dentre outros requisitos, que os crimes praticados apresentem a mesma forma de execução, **ex vi** do art. 71 do Código Penal.

IV - No caso em exame, pelo que se tem dos autos, incorre referida identidade no **modus operandi**, uma vez que o agente, ao cometer os delitos, o fez em diferentes circunstâncias.

Ordem denegada.

Habeas corpus concedido de ofício para redimensionar a reprimenda imposta ao paciente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 18 de maio de 2010 (Data do Julgamento).

MINISTRO FELIX FISCHER
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 124.786 - SP (2008/0284577-2)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Cuida-se de **habeas corpus** impetrado por REINALDO DE ALELUIA, de próprio punho, em face de v. acórdão prolatado pelo e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, inciso I do Código Penal (duas vezes), às penas de **21 (vinte e um) anos e 04 (quatro) meses de reclusão**, em regime inicial fechado, e **52 (cinquenta e dois) dias-multa**.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação. A c. Nona Câmara Criminal do e. Tribunal **a quo**, à unanimidade, deu parcial provimento ao apelo para redimensionar a pena para **13 (treze) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 32 (trinta e dois) dias-multa**.

Daí o presente **mandamus** no qual o impetrante sustenta que o paciente sofre constrangimento ilegal no seu **status libertatis**. Alega, para tanto, que, ao fixar a pena-base, o juízo singular incorreu em inequívoco **bis in idem**, eis que a mesma circunstância que determinou o reconhecimento de maus antecedentes foi utilizada para efeito de reincidência. Ademais, assevera que deve ser reconhecida a continuidade delitiva entre os delitos perpetrados.

Informações prestadas às fls. 11/12.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 43/45, manifestou-se pela **denegação da ordem**.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 124.786 - SP (2008/0284577-2)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS**. ART. 157, § 2º, INCISO I DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. ALEGADO **BIS IN IDEM**. INOCORRÊNCIA. REINCIDÊNCIA. **QUANTUM** DE AUMENTO. DESPROPORCIONALIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS.

I - Aplicada pela e. Corte Estadual a Súmula 241 desta Corte e, portanto, afastado o apontado **bis in idem** na dosimetria da pena, falta, neste ponto, interesse de agir ao impetrante.

II - Embora os percentuais relacionados às agravantes não encontrem limites expressos no Código Penal, a exacerbação da reprimenda em razão destas circunstâncias não poderá **ultrapassar** o limite mínimo previsto para a terceira fase da dosimetria (causas de aumento), sob pena de equiparar-se as circunstâncias agravantes às majorantes, ferindo-se o critério trifásico **(Precedente)**.

III - Para efeito de reconhecimento da continuidade delitiva, é imprescindível, dentre outros requisitos, que os crimes praticados apresentem a mesma forma de execução, **ex vi** do art. 71 do Código Penal.

IV - No caso em exame, pelo que se tem dos autos, incorre referida identidade no **modus operandi**, uma vez que o agente, ao cometer os delitos, o fez em diferentes circunstâncias.

Ordem denegada.

Habeas corpus concedido de ofício para redimensionar a reprimenda imposta ao paciente.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Como relatado, o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impetrante alega que:

a) ao realizar a individualização da reprimenda o órgão julgador incorreu em **bis in idem** e,

b) deve ser reconhecida a continuidade delitiva entre os delitos.

No que concerne ao **primeiro tópico**, a súplica não merece prosperar.

A análise dos autos revela que, em sede de apelo defensivo, o referido vício na dosimetria da pena foi **afastado** pelo e. Tribunal de origem. Vejamos:

"No mais, quanto à pena, especialmente quanto a dosagem, merece pequeno reparo, na medida em que se afigurou extremamente exarcebada, na medida em que um mesmo fato valeu como agravante e circunstância judicial, o que se afigura inadmissível, por ofensa ao princípio do bis in idem.

Nesse sentido é a súmula 241, do STJ, segundo a qual "A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial."

Frise-se que esse princípio [ne bis in idem] é consequência do princípio da legalidade, elevado ao status de princípio constitucional, positivado, portanto" (fls. 26/27).

(...)

"Dessa sorte, partindo-se da pena base, de cada um dos crimes, já que praticados em concurso material, aumenta-se ela, pela reincidência, em 1/4, perfazendo assim 5 anos de reclusão e 12 dias-multa, visto que o aumento em duas vezes afigura-se excessivo. Considerando, ademais, a causa de aumento de pena, mercê de terem os crimes sido praticados com arma de fogo, aumenta-se em 1/3 as penas fixadas, perfazendo, assim, 6 anos e 8 meses de reclusão e 16 dias multa, para cada um dos crimes que, somados, totalizam a pena de 13 anos e 4 meses de reclusão e 32 dias-multa. Penas que se convertem em definitivas" (fl. 30).

Vê-se, portanto, que a e. Corte de origem aplicou a **Súmula 241 desta Corte** e, assim, procedeu ao reparo da reprimenda que havia incorrido, em primeiro grau, em inequívoco **bis in idem**. Desse modo falta, neste ponto, interesse de agir ao impetrante.

Não obstante, **verifico** flagrante ilegalidade na **segunda fase da individualização da pena** - no que concerne ao **quantum** fixado a título de reincidência - de modo que a hipótese reclama **concessão da ordem de ofício**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ora, embora os percentuais relacionados às circunstâncias previstas na **segunda fase** da dosimetria da pena não encontrem limites expressos no Código Penal, incumbindo ao órgão julgador a sua eleição, esse deverá pautar sua valoração pelos princípios da **razoabilidade** e da **proporcionalidade**.

Não poderá, assim, aplicar percentuais **equivalentes** aos limites previstos para a **terceira fase** da dosimetria (**1/6 a 2/3**), referentes às **causas de diminuição e aumento da pena**, eis que as circunstâncias atenuantes e agravantes se apresentam **menos relevantes** que aquelas.

Por essa razão, é que tanto a jurisprudência quanto a doutrina pátrias orientam-se no sentido de que o aumento decorrente da agravante não poderá **ultrapassar** o limite mínimo da causa especial de aumento, qual seja, **1/6 (um sexto)**, sob pena de se equiparar estas circunstâncias às majorantes, ferindo-se o critério trifásico. Nesse sentido, ressalto o seguinte precedente desta Corte:

"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006. DOSIMETRIA DA PENA. REINCIDÊNCIA. QUANTUM DO AUMENTO DE PENA.

I - A agravante da reincidência (art. 61, inciso I, do CP) não pode ser utilizada com excesso, a ponto de configurar majorante, sob pena de ferir o critério trifásico (Precedente).

(...)

Habeas corpus denegado.

(HC 141.949/DF, 5ª Turma, de minha relatoria, DJe de 07/12/2009).

Na **espécie**, ao reconhecer a agravante da **reincidência**, o juiz singular **exacerbou** a reprimenda em **1/4 (um quarto)**, **quantum** que se apresentou **desproporcional**, por **exceder** o limite mínimo da causa especial de aumento.

Sendo assim, reduzo à **1/6 (um sexto)** o **aumento** previsto a título de reincidência, elevando a pena para **04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão**, para cada crime.

Em seguida, **mantenho**, em ambos os delitos, o aumento de **1/3 (um terço)**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em função da causa prevista no art. 157, § 2º, inciso I do Código Penal, exasperando a reprimenda para **06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão**, as quais somadas, em função do reconhecimento do **concurso material**, totalizam **12 (doze) anos, 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão**, mantido, no mais, o v. acórdão condenatório.

Feito isso, passo a análise do **segundo tópico** e, ao fazê-lo, constato que a ordem não merece concessão, eis que não se afiguram presentes os requisitos para o reconhecimento da continuidade delitiva.

Transcrevo, por oportuno, trecho da r. sentença condenatória, que retrata com precisão as circunstâncias fáticas dos crimes cometidos, **verbis**:

"A ação penal é procedente.

A vítima Rita de Cássia Rodrigues Machado disse que caminhava na rua quando o réu a abordou e agrediu com coronhadas, usando uma arma de fogo. Ele subtraiu seu aparelho de celular e fugiu. Comunicou a polícia e também chamou seu marido que é policial. Seu marido ligou no aparelho de celular e o réu atendeu, exigindo R\$ 50,00 reais para devolvê-lo. Marcaram o local e chamaram o serviço velado da Polícia Militar. Os policiais se atrasaram e seu marido encontrou sozinho com o réu. Acredita que o réu reconheceu seu marido e passou a agredi-lo. Este caiu no chão e o réu pegou a arma dele e fugiu. Afirma que o réu foi quem a roubou e quem entrou em luta corporal com seu marido, roubando também a arma dele. Posteriormente, recuperou seu aparelho de telefone celular e seu marido recuperou a arma de fogo dele. Por fim, contou que o réu, recentemente, ligou para o aparelho de celular, proferindo ameaças.

Luiz Carlos Machado disse que sua esposa foi vítima de roubo. O réu levou um aparelho de celular e uma pulseira de ouro. Entrou em contato no aparelho de celular e o réu atendeu, marcando um local para devolvê-lo em troca de R\$ 50,00. Comunicou com o serviço reservado da Polícia Militar e indicou o local. Os policiais atrasaram e encontrou-se sozinho com o réu. Sua esposa reconheceu o réu. Foi até ele e acredita que o reconheceu como policial. Houve troca de tiros e luta corporal. Ele conseguiu apoderar-se de sua arma e fugir. Posteriormente, o réu foi encontrado portando sua arma" (fl. 17).

Destaco, ainda, trecho do v. acórdão prolatado quando do julgamento do recurso de apelação:

"Segundo narra a denúncia, no dia dos fatos, o réu, mediante uso de arma de fogo, subtraiu da vítima Rita de Cássia



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rodrigues Machado um aparelho celular. Esta, em ato contínuo, acionou a polícia, bem como o marido, que é policial militar. Este tentou negociar com o réu a devolução do aparelho celular. Marcou um lugar para a entrega mas foi recebido a fogo pelo réu que, todavia, não conseguiu acertá-lo. Acabaram ambos por entrar em luta corporal, ocasião em que o réu subtraiu a pistola .40, marca taurus, da vítima Luiz Carlos Machado, evadindo-se do local" (fls. 24/25).

(...)

"Ademais, não há falar em crime continuado, porque as circunstâncias de tempo, lugar e maneira de execução foram diferentes entre um e outro crime" (fl. 26).

Com efeito, para que seja aplicada a regra da continuidade delitiva é indispensável que o paciente tenha praticado condutas delituosas, da mesma espécie, em idênticas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, e exista entre elas um liame a indicar a unidade de desígnios do agente.

Na hipótese, contudo, tais elementos não foram demonstrados pelo impetrante.

De fato, a simples leitura do trechos transcritos revela que foram utilizados meios e circunstâncias diversas para prática dos delitos, não havendo como reconhecer a identidade de maneira de execução, nem a unidade de desígnios do agente.

Portanto, não há como admitir a continuidade delitiva almejada, o que faz incidir a regra do concurso material.

Neste sentido, destaco o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

"PENAL E EXECUÇÃO PENAL. RECURSO ESPECIAL. FURTOS SIMPLES E QUALIFICADO. CONTINUIDADE DELITIVA. ART. 71 DO CP. UNIFICAÇÃO DE PENAS. IMPOSSIBILIDADE. MANEIRA DE EXECUÇÃO DIVERSA. ELEMENTO TEMPORAL.

I - Para efeito de reconhecimento da continuidade delitiva, é imprescindível, dentre outros requisitos, que os crimes praticados apresentem a mesma forma de execução, ex vi do art. 71 do Código Penal.

II - In casu, tal não ocorreu, uma vez que o agente, para a prática dos delitos, se utilizou de diferentes meios e circunstâncias.

(...)

Recurso especial provido".

(REsp 962017/RS, 5ª Turma, de minha relatoria, DJ de 03/12/2007).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, **denego** a ordem. **Habeas corpus** concedido **de ofício** para redimensionar a reprimenda imposta ao paciente em **06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão**, cada, as quais somadas totalizam **12 (doze) anos, 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão**, mantendo, no mais, o v. acórdão condenatório.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2008/0284577-2

HC 124786 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 990080469649

EM MESA

JULGADO: 18/05/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLÉÃO NUNES MAIA FILHO**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **LINDÔRA MARIA ARAÚJO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : REINALDO DE ALELUIA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : REINALDO DE ALELUIA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo

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, denegou a ordem e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 18 de maio de 2010

LAURO ROCHA REIS
Secretário