



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 167.611 - DF (2010/0057688-9)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : THIAGO MACHADO DE CARVALHO (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : JOSÉ MARIA DE ARAÚJO

EMENTA

HABEAS CORPUS. DISPARO DE ARMA DE FOGO EM VIA PÚBLICA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. PRETENDIDO RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA NÃO EXAMINADA PELA INSTÂNCIA A *QUO*. INCOMPETÊNCIA FUNCIONAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *WRIT* NÃO CONHECIDO NESSE PONTO.

1. Não tendo a questão referente à extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva do Estado sido examinada pela Corte originária, inviável seu reconhecimento diretamente por este Superior Tribunal, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Se é certo que a extinção da punibilidade deverá ser reconhecida em qualquer fase do processo (art. 61 do Código de Processo Penal), certo também que tal regra deve ser interpretada de forma sistemática e não apenas literal.

3. A esse conceito normativo outros se agregam formando um entendimento sistêmico do ordenamento jurídico. Em outras palavras, as regras passam a fazer sentido enquanto elementos de um conjunto e não analisadas isoladamente.

4. O Superior Tribunal de Justiça somente passa a ser competente ("*ter o poder de exercer a jurisdição*") para apreciar eventual extinção da punibilidade quando no exercício de sua competência funcional - originária ou recursal (art. 105 da Constituição Federal) - e não a qualquer momento.

5. A não observância à sistemática processual vigente gera tumulto e viola o princípio constitucional do devido processo legal.

ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE. *MODUS OPERANDI*. NEGATIVIDADE JUSTIFICADA. MAUS ANTECEDENTES E PERSONALIDADE DESAJUSTADA. CONSIDERAÇÃO COM BASE EM INQUÉRITOS POLICIAIS E EM AÇÃO PENAL EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. SÚMULA 444 DESTA STJ. MOTIVOS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO COM BASE EM ELEMENTAR DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.

1. Não há como se acoimar de ilegal a sentença condenatória no ponto em que procedeu ao aumento da pena-base em razão da culpabilidade, haja vista a elevada reprovabilidade da conduta delituosa praticada, bem evidenciada pelo *modus operandi*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

empregado no cometimento dos delitos de roubo perpetrados pelo paciente.

2. Consoante orientação já sedimentada nesta Corte Superior, inquéritos policiais não findos e ações penais andamento não podem ser levadas à consideração de maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada para a elevação da pena-base, em obediência ao princípio da presunção de não-culpabilidade. Exegese da Súmula 444 deste Superior Tribunal.

3. Os motivos do crime, quando próprios do tipo, não servem para justificar a exasperação da reprimenda na primeira fase da dosimetria.

CÚMULO MATERIAL DE PENAS. CONTINUIDADE DELITIVA. PRETENDIDO RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS DO ART. 71 DO CP. NÃO PREENCHIMENTO. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Para a caracterização da continuidade delitiva, é imprescindível o preenchimento de requisitos de ordem objetiva - mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução - e subjetiva - unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos (art. 71 do CP) (Teoria Mista ou Objetivo-subjetiva).

2. Ausente ilegalidade no não reconhecimento da continuidade delitiva quando evidenciado que os delitos foram perpetrados com desígnios autônomos.

3. A via estreita do *habeas corpus* é inadequada para um maior aprofundamento na apreciação dos fatos e provas constantes nos processos de conhecimento para a verificação do preenchimento das circunstâncias exigidas para o reconhecimento da ficção jurídica do crime continuado. Precedentes desta Corte Superior.

4. Ordem parcialmente concedida, apenas para reduzir a pena-base imposta ao paciente pelo cometimento dos delitos de roubo, tornando a sua reprimenda definitiva em **15 (quinze) anos, 5 (cinco) meses e 17 (dezessete) dias de reclusão e 1 (um) ano e 3 (três) meses de detenção, além do pagamento de 437 (quatrocentos e trinta e sete) dias-multa**, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão impugnado.

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 Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de agosto de 2011. (Data do Julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 167.611 - DF (2010/0057688-9)

IMPETRANTE : THIAGO MACHADO DE CARVALHO (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS
TERRITÓRIOS
PACIENTE : JOSÉ MARIA DE ARAÚJO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelo Núcleo de Assistência Jurídica do UNICEUB/DF em favor de JOSÉ MARIA DE ARAÚJO contra acórdão proferido pela 1ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios que negou provimento à Apelação Criminal n.º 2003.01.1.083376-0, interposta pela defesa, mantendo a sentença que condenou o paciente à pena de 20 (vinte) anos, 1 (um) mês e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática dos crimes previstos no art. 157, § 2º, I e II, por sete vezes, na forma do art. 70, *caput*, ambos do CP; no art. 10, § 1º, III, da Lei n.º 9.437/97; e no art. 157, § 2º, I e II, do CP, em concurso material.

O impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que teria se operado a prescrição da pretensão punitiva estatal, na sua forma retroativa, em relação ao delito previsto no art. 10, § 1º, III, da Lei n.º 9.437/97, eis que, da data do recebimento da denúncia até a publicação da sentença, teria transcorrido prazo superior a 4 (quatro) anos.

Alega que a suspensão do prazo prescricional - em razão da suspensão do processo, nos termos do art. 366 do CPP -, deveria ser computada da data da decisão que determinou a suspensão do processo até a data do fato gerador da revogação, qual seja, a constituição de advogado pelo paciente, e não da data em que foi proferida a decisão revogadora da suspensão do curso do processo.

Ou seja, considera que a retomada do curso prescricional deve se dar a partir da data em que o paciente constituiu advogado nos autos, e não do momento em que houve a declaração formal da revogação da suspensão do processo.

Defende, outrossim, que o aumento procedido na pena-base do crime de roubo teria sido desproporcional, ressaltando que não teriam sido apontados elementos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concretos dos autos que justificassem a elevação.

Ainda, argumenta que o juiz sentenciante não teria fundamentado o porquê da aplicação do concurso material em relação aos crimes de roubo, ao invés da continuidade delitiva, em inobservância ao disposto no art. 93, IX, da CF.

Requer a concessão da ordem, para que seja anulada a sentença condenatória na parte relativa à dosimetria da pena imposta ao paciente.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 167.611 - DF (2010/0057688-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Certo que a revisão da pena imposta pelas instâncias ordinárias via *habeas corpus* é possível, mas somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios, consoante reiteradamente vem decidindo este Superior Tribunal de Justiça.

Da análise dos autos, verifica-se que o paciente foi condenado à pena de 20 (vinte) anos, 1 (um) mês e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática dos crimes previstos no art. 157, § 2º, I e II, por sete vezes, na forma do art. 70, *caput*, ambos do CP; no art. 10, § 1º, III, da Lei n.º 9.437/97; e no art. 157, § 2º, I e II, do CP, porque, no dia 25-8-2003, juntamente com mais 3 (três) corréus, no estacionamento externo de uma das agências da Caixa Econômica Federal, localizada no Setor Bancário Sul - Brasília/DF, subtraíram, para si ou para outrem, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, 300 (trezentos) lotes de jóias da mencionada empresa pública, avaliados em R\$ 330.000,00 (trezentos e trinta mil reais), além de terem subtraídos duas sacolas pretas, uma delas contendo um *notebook* pertencente à vítima Sérgio Adriano Rabelo (e-STJ fls. 32-33).

Consta ainda que, durante a fuga, o carro em que os denunciados se evadiram teria quebrado, vindo eles a cometerem novo roubo, ao subtrair o veículo pertencente à Haroldo Luiz (e-STJ fls. 33).

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, à qual foi negado provimento, mantido, na íntegra, o édito condenatório.

No que se refere à alegada prescrição da pretensão punitiva estatal, na forma retroativa, em relação ao delito previsto no art. 10, § 1º, III, da Lei n.º 9.437/97 - disparo de arma de fogo em via pública -, verifica-se que referida questão não foi objeto de exame pela Corte apontada como coatora no acórdão ora impugnado, tornando inviável a sua análise **diretamente** por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incidir-se na vedada supressão de instância.

Ora, se é certo que a extinção da punibilidade deverá ser reconhecida em qualquer fase do processo (art. 61 do Código de Processo Penal), certo também que tal regra deve ser interpretada de forma sistemática e não apenas literal.

A esse conceito normativo outros se agregam formando um entendimento sistêmico do ordenamento jurídico. Em outras palavras, as regras passam a fazer sentido enquanto elementos de um conjunto e não analisadas isoladamente.

No caso concreto, a prescrição da pretensão punitiva, embora passível de reconhecimento **inclusive de ofício** pelo magistrado, reclama uma via instrumental própria e um juízo competente para sua análise.

A propósito, quanto ao tema competência, da doutrina tem-se:

A competência é exatamente o resultado de critérios para distribuir entre vários órgãos as atribuições relativas ao desempenho da jurisdição.

A competência é o poder de exercer a jurisdição nos limites estabelecidos por lei.

É o âmbito dentro do qual o juiz pode exercer a jurisdição. É a medida da jurisdição. (Fredie Didier Jr. in Curso de Direito Processual Civil, Ed. Podium, v.1. 2008, p. 101/102)

Em relação aos critérios de distribuição da competência temos :

- a) *critério objetivo -> natureza da relação jurídica;*
- b) *critério territorial -> local do processamento da causa; e*
- c) **critério funcional** -> *função que o magistrado exerce em um mesmo processo.*

Vicente Greco Filho assim sistematizou a competência funcional:

- a) **por grau de jurisdição** (*originária e recursal*);
- b) *por fases do processo (cognição e execução); e*
- c) *por objeto do juízo (uniformização, declaração de inconstitucionalidade etc).*

Assim, o Superior Tribunal de Justiça somente passa a ser competente ("*ter o poder de exercer a jurisdição*") para apreciar eventual extinção da punibilidade quando no exercício de sua **competência funcional** - originária ou recursal (art. 105 da Constituição Federal) - e não a qualquer momento do processo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É certo, porém, que cabe ao juízo competente funcionalmente, inclusive de ofício, verificar tal ocorrência.

A intervenção de um magistrado ou mesmo órgão colegiado em um determinado processo, não obedecida a competência funcional, caracteriza verdadeira usurpação de competência.

No caso concreto, como dito, o Tribunal *a quo* não examinou a questão da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva relativamente ao delito do art. 10, § 1º, III, da Lei 9.437/97, logo, não cabe ao Superior Tribunal de Justiça tal análise, sob pena de indevida supressão de instância.

Valendo citar:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. CONDENAÇÃO: PENA DE 3 ANOS DE DETENÇÃO. APELAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA, ATIPICIDADE DA CONDUTA, NULIDADES. MATÉRIAS NÃO ANALISADAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO-CONHECIMENTO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO-OCORRÊNCIA. DENÚNCIA QUE NARRA O FATO E SUAS CIRCUNSTÂNCIAS. FALTA DE JUSTA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE NO ÂMBITO ESTREITO DO WRIT. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO-EVIDENCIADO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. NÃO-OCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

1. Não havendo manifestação do Tribunal de origem sobre o tema, não pode o Superior Tribunal de Justiça analisá-lo, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes do STJ.

[...]

6. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada." (HC 85.356/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, DJe 7/12/2009).

A não observância à sistemática processual vigente gera tumulto e viola o princípio constitucional do devido processo legal.

Ademais, não consta dos autos documentação que ateste a data em que a sentença condenatória recorrível foi publicada, uma das causas interruptivas da prescrição, indispensável para aferir a ocorrência ou não da causa extintiva da punibilidade aventada, pelo que inviável reconhecer-se, nesse Superior Sodalício, a ocorrência de eventual prescrição da pretensão punitiva do Estado em relação ao delito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de disparo de arma de fogo, como pretendido.

Cumpre ressaltar que o rito do *habeas corpus* pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, cabendo ao impetrante a comprovação, de plano, dos argumentos vertidos na inicial, sob pena de inviabilizar a aferição do alegado constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima o paciente.

Nesse sentido é a jurisprudência deste Sodalício:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME AMBIENTAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. DENÚNCIA NÃO-JUNTADA AOS AUTOS. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROCEDER A INVESTIGAÇÕES. PREVISÕES CONSTITUCIONAL E LEGAL. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

1. O habeas corpus deve vir instruído com todas as provas que sustentem as alegações nele contidas, já que não se admite dilação probatória.

(...).

4. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada.

(HC 128.233/MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Quinta Turma, julgado em 15-12-2009, DJe 1-2-2010).

Não diverge o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. SUPRESSÃO DE DOCUMENTO. INDICIAMENTO FORMAL. CONCESSÃO DE WRIT PELO TRIBUNAL A QUO. PEDIDO PREJUDICADO. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO À OAB. AUSÊNCIA DE AMEAÇA A DIREITO DE IR E VIR. USO INADEQUADO DO HABEAS CORPUS. BUSCA E APREENSÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. INSTRUÇÃO DEFICITÁRIA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. AFERIÇÃO. DESCABIMENTO. NECESSIDADE DE APROFUNDAMENTO DO CAMPO FÁTICO-PROBATÓRIO. VIA IMPRÓPRIA.

(...).

4. O rito da ação constitucional do habeas corpus demanda prova pré-constituída, apta a comprovar a ilegalidade aduzida, descabendo conhecer de impetração instruída deficitariamente, onde não tenha sido juntada peça essencial para o deslinde da controvérsia, inviabilizando a adequada análise do pedido.

(...).

7. Ordem denegada.

(HC nº 87.887/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 15-12-2009, DJe 8-2-2010).

Ante o exposto, **não há como se conhecer** do presente *writ* nesse ponto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relativamente à sustentada ilegalidade na pena-base imposta ao paciente pelos crimes de roubo duplamente majorado, necessário se faz, para melhor análise da questão *sub examine*, transcrever o trecho da sentença condenatória relativo à dosimetria da pena, *verbis*:

A culpabilidade está evidenciada pela reprovabilidade da conduta do sentenciado. As certidões de fls. 1035/1048 e 1053/1057 não registram sentenças penais condenatórias, com trânsito em julgado, por fatos anteriores, motivo pelo qual deve o mesmo ser considerado primário, mas portador de maus antecedentes. Não há elementos para aferir se o sentenciado possui conduta social reprovável, porém possui personalidade voltada para a prática de crimes. O motivo dos crimes de roubo foi a obtenção de bens em prejuízo do patrimônio das vítimas. As circunstâncias e as consequências dos crimes foram as comuns à espécie. As vítimas dos delitos não deram motivos para o cometimento dos crimes. (e-STJ fls. 54-55)

A Corte impetrada, por sua vez, manteve inalteradas as reprimendas-base impostas ao paciente pelo cometimento dos delitos de roubo, sob o argumento de que *"o d. Magistrado as fixou de forma individualizada, com detalhada análise das circunstâncias judiciais, respeitando os princípios da proporcionalidade e da reprovabilidade das condutas, não merecendo a r. sentença qualquer reparo"* (e-STJ fl. 86).

A aplicação da pena-base é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o *quantum* ideal de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

Na hipótese em apreço, verifica-se que o juiz singular, quando da apreciação das circunstâncias judiciais, considerou desfavoráveis ao paciente a culpabilidade, os antecedentes, a personalidade e os motivos do crime.

Segundo a doutrina, na análise da circunstância judicial da culpabilidade, *"deve aferir-se o maior ou menor índice de reprovabilidade do agente pelo fato criminoso praticado, não só em razão de suas condições pessoais, como também em vista da situação de fato em que ocorreu a indigitada prática delituosa, sempre levando em conta a conduta que era exigível do agente, na situação em que o fato ocorreu"*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(DELMANTO, Celso e outros, Código Penal Comentado, 7. ed., Renovar: RJ, 2007, p. 186).

E, na hipótese que se apresenta, o Juízo sentenciante considerou acentuada a reprovabilidade das condutas delituosas praticadas, o que pode ser inferido do *modus operandi* empregado no cometimento dos delitos de roubo, tendo em vista que o paciente, juntamente com mais 3 (três) corréus, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, subtraiu 300 (trezentos) lotes de jóias junto à Caixa Econômica Federal, os quais foram avaliados em R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), além de ter subtraído duas sacolas pretas, sendo que, em uma delas, havia um *notebook*, pertencente à vítima Sérgio Adriano Rabelo, não se podendo olvidar que, após a subtração, as vítimas tentaram recuperar os bens subtraídos, correndo atrás dos agentes, mas foram desencorajadas após a efetuação de 3 (três) disparos de arma de fogo pelos acusados.

Ademais, durante a fuga, o carro dos condenados quebrou, razão pela qual cometeram novo delito de roubo, dessa vez subtraindo o veículo Fiat/Uno Mille pertencente a Haroldo Luiz (e-STJ fl. 15), elementos que, de fato, evidenciam maior reprovabilidade das condutas delituosas praticadas, a ensejar maior apenação na primeira fase de fixação da reprimenda.

Na sequência, o magistrado singular considerou desfavoráveis os antecedentes, ao argumento de que *"as certidões de fls. 1035/1048 e 1053/1057 não registram sentenças penais condenatórias, com trânsito em julgado, por fatos anteriores, motivo pelo qual deve o mesmo ser considerado primário, mas portador de maus antecedentes"*, bem como a circunstância judicial da personalidade, a qual foi tida como *"voltada para a prática de crimes"* (e-STJ fl. 54), e, embora não se tenha trazido à colação cópia da folha de antecedentes penais do paciente, depreende-se que, ausente condenação anterior transitada em julgado, foram considerados como maus antecedentes e personalidade desajustada tão somente inquéritos policiais ou ações penais em andamento, ou mesmo condenações ainda não transitadas em julgado, elementos que, segundo entendimento pacificado nesta Corte Superior de Justiça e no Colendo STF, não podem ensejar a elevação da pena-base, sob pena de malferir o princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Aliás, esta é a orientação trazida pelo enunciado na Súmula n.º 444 deste Superior Tribunal de Justiça, que dita que: *"É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base."*

Confira-se, a propósito, o seguinte precedente:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVE. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL APRESENTADA PARA JUSTIFICAR AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS TIDAS POR DESFAVORÁVEIS.

1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade

os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime.

2. Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base fundando-se, tão somente, em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a exasperação.

3. Este Superior Tribunal de Justiça, em consonância com o Supremo Tribunal Federal, tem reiteradamente decidido pela impossibilidade da utilização de inquéritos ou ações penais em andamento para configurar Maus antecedentes no momento da fixação da pena-base, em respeito ao princípio da não culpabilidade. Incidência do enunciado n.º 444 da Súmula desta Corte.

4. Esta Corte de Justiça já se posicionou no sentido de que a personalidade do criminoso não pode ser valorada negativamente se não existirem, nos autos, elementos suficientes para sua efetiva e segura aferição pelo julgador. Precedentes.

5. A sentença não fez nenhuma menção a fato concreto que embasasse as conclusões desfavoráveis acerca das circunstâncias e consequências do delito.

6. Ordem concedida para, mantida a condenação do Paciente, reformar a sentença de primeiro grau e o acórdão impugnados, tão somente na parte relativa à dosimetria da pena, fixando a pena-base no mínimo legal. (HC n.º 126.137/SP, Rel. Min. Laurita Vaz. julgado em 1-3-2001, DJe 21-3-2011)

Por fim, o togado singular considerou desfavoráveis os motivos do crime, sob o fundamento de que o paciente agiu motivado pela obtenção de bens em prejuízo do patrimônio alheio (e-STJ fls. 54-55), argumento que não é de molde a ensejar a exasperação da pena-base, como procedido, especialmente no referente ao roubo, delito patrimonial, vez que essa circunstância é inerente ao próprio tipo penal infringido, já tendo sido considerado pelo legislador para fixar a pena abstratamente cominada ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

delito.

Nesse sentido, o seguinte precedente desta Corte Superior de Justiça, *mutatis mutandis*:

HABEAS CORPUS. PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE DO AGENTE. SIMPLES MENÇÃO À POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE. MOTIVO DO CRIME. LUCRO FÁCIL. CONSIDERAÇÕES INDEVIDAS PARA EXASPERAR A PENA-BASE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR UMA RESTRITIVA DE DIREITO. ART. 44, § 2º (PRIMEIRA PARTE), DO CÓDIGO PENAL. [...]

3. Ademais, o "lucro fácil", também não tem o condão de ensejar a exasperação da pena-base, pois tal fundamento é inerente a todo crime contra o patrimônio e já foi considerado pelo próprio legislador quando da fixação da pena abstratamente cominada, não podendo, justamente por isso, ser novamente valorado pelo julgador sob pena de incorrer-se no vedado bis in idem.

[...]

5. Ordem concedida para, mantida a condenação, reformar o acórdão ora hostilizado para reduzir a pena do Paciente para 1 (um) ano de reclusão, além do pagamento de 15 (quinze) dias-multa, no piso mínimo legal, sendo a pena privativa de liberdade substituída por uma restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade, em entidade a ser designada pelo Juízo das Execuções

Criminais, pelo prazo da nova pena privativa fixada." (HC n.º 104.686/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 26-5-2009, DJe 15-6-2009)

Por essas razões, justamente porque verificada a inadequação **apenas** parcial da análise das circunstâncias judiciais, e considerando que remanesce apenas 1 (uma) desfavorável ao paciente - culpabilidade -, merecem a sentença condenatória e o acórdão impugnado ser parcialmente reformados nesse ponto, reduzindo-se a pena-base do paciente, para cada um dos sete delitos de roubo, cometidos em concurso formal, de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão para **4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 35 (trinta e cinco) dias-multa**.

Na segunda etapa da dosimetria, ausentes quaisquer agravantes ou atenuantes.

Na terceira fase, observa-se que a reprimenda foi elevada de 3/8 (três oitavos), por força das 2 majorantes do crime de roubo - concurso de agentes e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

emprego de arma de fogo -, ficando a sanção intermediária do paciente, para cada um desses delitos, **em 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 7 (sete) dias de reclusão e pagamento de 48 (quarenta e oito) dias-multa.**

No que tange ao almejado reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes praticados pelo paciente, e não do concurso material, a Corte Estadual destacou que *"as três condutas típicas foram perpetradas em momento diferentes e **resultam de desígnios autônomos**"* (e-STJ fl. 86), pelo que inviável reconhecer-se a ficção jurídica prevista no art. 71 do Código Penal, pois, na esteira do entendimento adotado por esta Corte Superior de Justiça, para a caracterização da continuidade delitiva, é imprescindível o preenchimento de requisitos de ordem objetiva - mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução - e subjetiva - unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos, os quais, como visto, não restaram satisfeitos na espécie, tendo em vista que, como bem asseverou o Tribunal de origem, os delitos foram perpetrados com desígnios autônomos.

Nesse sentido, confira-se:

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. CÁRCERE PRIVADO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONCURSO MATERIAL. SUBSTITUIÇÃO PELA REGRA DO CRIME CONTINUADO. VERIFICAÇÃO DE REQUISITOS. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TRIBUNAL DO JÚRI. MAIOR CAUTELA. NOVO JULGAMENTO PELO CONSELHO DE SENTENÇA. EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE SOLTURA. PLEITOS PREJUDICADOS. ORDEM DENEGADA.

I. Para a caracterização da continuidade delitiva, é imprescindível o preenchimento dos requisitos objetivos (mesmas condições de tempo, espaço e modus operandi) e subjetivo (unidade de desígnios).

II. Fator primordial, impeditivo da análise da tese defensiva na via do habeas corpus, está relacionado ao requisito subjetivo da existência de unidade de desígnios entre as condutas, o que, de plano, não se pode confirmar na hipótese dos autos.

III. Se as instâncias ordinárias, às quais é privativa a análise minuciosa dos fatos e provas, reconheceram o concurso material e afastaram o crime continuado, ressaltando a diversidade de desígnios, não resta evidenciado constrangimento ilegal.

[...]

VIII. Ordem denegada. (HC n.º 151.012/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 23-11-2010, DJe 6-12-2010)

Ademais, mostra-se incabível, nos estreitos limites do remédio



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constitucional, um maior aprofundamento na apreciação dos fatos e provas constantes nos processos de conhecimento apontados para a verificação do preenchimento das circunstâncias exigidas para o reconhecimento da ficção jurídica do crime continuado, pelo que não haveria como acoimar de ilegal a decisão que, no caso, manteve a negativa de reconhecimento do previsto no art. 71 do CP, dès que entendeu não preenchidos os requisitos legalmente exigidos para tanto.

Nesse norte:

PENAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. ROUBOS. UNIFICAÇÃO DE PENAS. RECONHECIMENTO DE CONTINUIDADE DELITIVA. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA.

Não há como se reconhecer a continuidade delitiva na hipótese, em que, para se infirmar a assertiva do e. Tribunal a quo de que não há vínculo entre os crimes praticados, tratando-se de mera reiteração criminosa, é necessário aprofundado exame da matéria fático-probatória, o que não é possível na estreita e via do remédio heróico.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 99.538/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2008, DJe 13/10/2008)

Assim, considerando o reconhecimento do concurso formal em relação aos 7 (sete) delitos de roubo, eleva-se a reprimenda em 1/2 (metade), tal como procedido pelas instâncias ordinárias, ficando a sanção do paciente, para esses crimes, em **9 (nove) anos, 3 (três) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 336 (trezentos e trinta e seis) dias-multa.**

Relativamente ao delito de roubo duplamente majorado cometido em desfavor da vítima Haroldo Luiz - subtração de um veículo automotor Fiat/Uno Mille -, fixa-se a pena-base em **4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 35 (trinta e cinco) dias-multa.**

Na segunda etapa da dosimetria, não há qualquer agravante ou atenuante.

Na terceira, em razão das 2 (duas) majorantes previstas nos incisos I e II do § 2º do art. 157 do CP, exaspera-se a reprimenda em 3/8 (três oitavos), tal qual procedido pelas instâncias ordinárias, ficando a sanção do paciente, para esse delito, em **6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 7 (sete) dias de reclusão e pagamento de 48 (quarenta e oito) dias-multa.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relativamente ao crime de disparo de arma de fogo em via pública - art. 10, § 1º, III, da Lei n.º 9.437/97 -, tem-se que a reprimenda do paciente restou definitivamente estabelecida pelas instâncias ordinárias em **1 (um) ano e 3 (três) meses de detenção e pagamento de 53 (cinquenta e três) dias-multa.**

Por essas razões, considerando o reconhecimento, pelas instâncias de origem, do concurso material de crimes entre os sete primeiros roubos e o oitavo assalto e o disparo de arma de fogo, **fica a sanção do paciente definitivamente estabelecida em 15 (quinze) anos, 5 (cinco) meses e 17 (dezesete) dias de reclusão e 1 (um) ano e 3 (três) meses de detenção, além do pagamento de 437 (quatrocentos e trinta e sete) dias-multa.**

Ante o exposto, concede-se parcialmente a ordem, apenas para reduzir a pena-base imposta ao paciente pelo cometimento dos delitos de roubo, tornando a sua reprimenda definitiva em **15 (quinze) anos, 5 (cinco) meses e 17 (dezesete) dias de reclusão e 1 (um) ano e 3 (três) meses de detenção, além do pagamento de 437 (quatrocentos e trinta e sete) dias-multa,** mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão impugnado.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0057688-9

HC 167.611 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20030110833760 8337602003

EM MESA

JULGADO: 23/08/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : THIAGO MACHADO DE CARVALHO (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : JOSÉ MARIA DE ARAÚJO

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 Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.