



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 231.956 - SP (2012/0017871-3)

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE : FERNANDA COSTA HUESO - DEFENSORA PÚBLICA E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANTONIO DE LIMA VIANA
PACIENTE : RODRIGO FELIPE DE SOUZA BRAZ
PACIENTE : GUILBERTO LOPES MESSIAS

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO EM CONTINUIDADE DELITIVA. TRÊS INFRAÇÕES. PERCENTUAL DE AUMENTO. ILEGALIDADE. READEQUAÇÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO.

1. É pacífica a jurisprudência desta Corte ao dizer 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 da pena em 1/5 (um quinto) no crime continuado, no caso de 3 (três) delitos.

2. Uma vez estabelecida a pena-base dos Pacientes, réus primários, no mínimo legal, porque ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, não é cabível infligir regime prisional mais gravoso. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal. Aplicação das Súmulas n.º 440 do Superior Tribunal de Justiça e n.ºs 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

3. *Habeas corpus* concedido para fixar a pena dos Pacientes em 06 anos, 04 meses e 24 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de quinze dias-multa.

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 a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 24 de abril de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 231.956 - SP (2012/0017871-3)

IMPETRANTE : FERNANDA COSTA HUESO - DEFENSORA PÚBLICA E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANTONIO DE LIMA VIANA
PACIENTE : RODRIGO FELIPE DE SOUZA BRAZ
PACIENTE : GUILBERTO LOPES MESSIAS

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ANTONIO DE LIMA VIANA, RODRIGO FELIPE DE SOUZA BRAZ e GUILBERTO LOPES MESSIAS, em face de acórdão proferido, em sede de apelação, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Os ora Pacientes foram condenados, em primeiro grau, como incurso no 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, três vezes, em concurso material, e como incurso no art. 288 do Código Penal, à pena de 17 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicial fechado.

Em sede de apelação, a Corte *a quo* deu parcial provimento ao apelo defensivo para absolver os réus do crime do art. 288 do Código Penal, afastar a majorante do roubo relativa ao emprego de arma de fogo e reconhecer a continuidade delitiva entre os crimes contra o patrimônio, fixando a reprimenda em 07 anos, 06 meses e 20 dias de reclusão.

O regime fechado foi mantido, exceto para o primeiro Paciente, que "*ao reconhecer o cometimento do delito, abrindo mão do seu direito de não se auto-incriminar*" (fl. 40), nos termos do acórdão impugnado, mereceu o regime intermediário.

Defende a zelosa Defensoria Pública, inicialmente, constrangimento ilegal no aumento da pena em 5/12 (cinco doze avos) pela continuidade delitiva, uma vez que sendo três os delitos contra o patrimônio o aumento deveria ser fixado em 1/5 (um quinto).

Sustenta, ainda, que o regime prisional mais gravoso para o demais condenados está fundado apenas na gravidade genérica do delito de roubo.

Busca, liminarmente, a fixação do regime inicial semiaberto. No mérito, requer a readequação da reprimenda.

O pedido liminar foi parcialmente deferido às fls. 46/47, para determinar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tão-somente, até o julgamento final do presente *writ*, colocação dos Pacientes no regime inicial semiaberto, aplicando-se-lhe as regras desse regime.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 63/66, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 231.956 - SP (2012/0017871-3)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO EM CONTINUIDADE DELITIVA. TRÊS INFRAÇÕES. PERCENTUAL DE AUMENTO. ILEGALIDADE. READEQUAÇÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO.

1. É pacífica a jurisprudência desta Corte ao dizer 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 da pena em 1/5 (um quinto) no crime continuado, no caso de 3 (três) delitos.

2. Uma vez estabelecida a pena-base dos Pacientes, réus primários, no mínimo legal, porque ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, não é cabível infligir regime prisional mais gravoso. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal. Aplicação das Súmulas n.º 440 do Superior Tribunal de Justiça e n.ºs 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

3. *Habeas corpus* concedido para fixar a pena dos Pacientes em 06 anos, 04 meses e 24 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de quinze dias-multa.

VOTO

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

Consta dos autos que o Juízo da 2.ª Vara Criminal da Central da Capital/SP pela prática de três crimes de roubo, em concurso material, e como incursos no delito quadrilha, à pena de 17 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicial fechado.

O Tribunal local, entretanto, deu provimento parcial aos apelos para, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, absolver os apelantes do delito de quadrilha, afastar a causa especial de aumento de pena prevista no artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, porque não foi apreendida arma, e reconhecer a continuidade delitiva, no que concerne aos delitos patrimoniais.

Da acurada leitura dos autos, constata-se que o acórdão impugnado manteve a fixação das penas-base no mínimo legal, efetuada pela sentença, e fixou o aumento pela majorante do concurso de agentes em 1/3 (um terço), redimensionando a reprimenda dos Pacientes com os seguintes fundamentos, *litteris*:

"Assim, tendo em vista que três são os delitos contra o patrimônio, para cada um dos apelantes, aumenta-se a pena em cinco doze avos,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

resultando sete anos, seis meses e vinte dias de reclusão e dezoito dias-multa. Mantido o regime inicial fechado para Guilberto e Rodrigo e fixado o regime inicial semiaberto para Antonio, tendo em vista que em admitiu em juízo a prática e propiciou a apuração dos delitos.

A colaboração do acusado, ao reconhecer o cometimento do delito, abrindo mão do seu direito de não se auto incriminar, deve se refletir, ao menos, na escolha do regime inicial da pena restritiva de liberdade." (fl. 29)

Depreende-se, ainda, que o acórdão guerreado, fixou o percentual de 5/12 (cinco doze avos), em razão de os Apenados terem cometido três crimes de roubo, em continuidade delitiva.

Cumpre ressaltar que o número de infrações deve ser considerado para o cálculo do percentual a ser aplicado à pena-base.

Exemplificativamente:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 pertine ao acréscimo fixado na sentença condenatória, observo que o percentual aplicado deve ser readequado à luz da doutrina e jurisprudência da Quinta Turma deste Superior Tribunal.

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 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 esta Quinta Turma, 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, ao dizer 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*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

número de infrações" (HC 30.105/SP, 6.^a Turma, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJ de 18/4/2005).

Portanto, considerando os parâmetros estabelecidos na sentença, e mantidos pelo acórdão vergastado, passo a readequar a pena cominada ao Paciente, para estabelecer o aumento no percentual de 1/5 (um quinto), restando, assim, a pena definitiva quantificada em 06 anos, 04 meses e 24 dias de reclusão, mais o pagamento de quinze dias-multa.

De outro, sendo os Condenados primários e tendo sido fixadas as penas-base no mínimo legal, a decisão que lhes impôs o regime fechado para o cumprimento há de ser reformada para adequar-se à individualização da sanção criminal, em estrita obediência ao art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

Nesse sentido é o comando da Súmula n.º 440 desta Corte:

"Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito."

A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal tem ratificado esse entendimento, segundo o qual *"se o condenado é primário e os critérios do art. 59 CP impõem a aplicação da pena mínima, não cabe determinar regime inicial de execução mais rigoroso que o admissível em tese"* (STF, HC 72.315/MG, 1.^a Turma, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 26/05/1995).

Confirmam-se, a propósito, os verbetes da Súmula do Supremo Tribunal Federal:

"A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada." (Súmula n.º 718)

"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea." (Súmula n.º 719)

Desse modo, no caso, em razão do *quantum* da pena, deve ser aplicado o regime semiaberto, nos termos do art. 33, § 2.º, alínea *b*, do Código Penal.

Ante o exposto, CONCEDO a ordem de *habeas corpus* para fixar a pena dos Pacientes em 06 anos, 04 meses e 24 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de quinze dias-multa.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0017871-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 231.956 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 274636820108260000 3602009 50090193776 990100274635

EM MESA

JULGADO: 24/04/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : FERNANDA COSTA HUESO - DEFENSORA PÚBLICA E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANTONIO DE LIMA VIANA
PACIENTE : RODRIGO FELIPE DE SOUZA BRAZ
PACIENTE : GUILBERTO LOPES MESSIAS

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 a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.