



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 284.222 - SP (2013/0402648-0)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : MARCEL GIORDANO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCEL GIORDANO (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. 1) REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. 2) CRITÉRIO MATEMÁTICO DE AUMENTO DE PENA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 3) CONTINUIDADE DELITIVA. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REEXAME APROFUNDADO DE PROVAS. INADMISSIBILIDADE DA VIA ELEITA. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– O STJ, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

– Inexiste interesse recursal para redução da pena-base ao mínimo legal quando foi fixada a pena no piso legal na segunda fase da dosimetria e o resultado da operação não interfere no regime inicial imposto.

– Nos termos do disposto na Enunciado n. 443 da Súmula desta Corte, "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". Ressalva do entendimento deste Relator.

– Na hipótese, embora as circunstâncias fáticas do delito em tela justificassem um aumento mais elevado, as instâncias ordinárias fundamentaram o aumento da pena em fração superior a 1/3 com base unicamente no critério matemático, a evidenciar a necessidade de aplicação da fração mínima.

– Considerando a teoria mista, adotada nesta Corte Superior, a configuração do crime continuado, previsto no art. 71 do Código Penal, depende tanto do preenchimento dos requisitos objetivos, mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução, como também da demonstração da existência da unidade de desígnios entre os delitos praticados. *In casu*, como bem observado pelo Tribunal *a quo*, os delitos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

foram praticados com desígnios autônomos, em momentos totalmente distintos e contra vítimas e patrimônios diferentes, tratando-se, portanto, de reiteração delitiva.

– Assim, a inversão do afirmado pela instância de origem demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, inadmissível na via estreita do remédio constitucional.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena aplicada ao paciente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Brasília, 18 de agosto de 2015(Data do Julgamento).

MINISTRO ERICSON MARANHO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 284.222 - SP (2013/0402648-0)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

IMPETRANTE : MARCEL GIORDANO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : MARCEL GIORDANO (PRESO)

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, impetrado em benefício próprio por MARCEL GIORDANO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da apelação criminal com revisão n. 0036552-62.2010.8.26.0050.

Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, como incurso no art. 157, § 2º, I e II, por duas vezes, na forma do art. 69, ambos do Código Penal, às penas de 11 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 26 dias-multa (fls. 45/78).

Interposto recurso de apelação pela defesa, o Tribunal de origem negou-lhe provimento, em acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL - Roubo majorado e Receptação - Réu Victor alega, preliminarmente, a nulidade do reconhecimento realizado em juízo pela testemunha Michele Cristina - Inocorrência - Ato válido, não vislumbrados prejuízos e, ademais, não alegado em momento oportuno - Preliminar rejeitada - Absolução por insuficiência probatória - Impossibilidade - Provas suficientes a ensejar decreto condenatório - Fixação das penas-bases no mínimo legal, ou, ao menos, redução da fração de aumento para 1/6, e reconhecimento das atenuantes da confissão espontânea e menoridade - Descabimento - Devidamente justificado o aumento aplicado sobre a pena-base - Já sopesadas as atenuantes em favor do correu Marcel, e, quanto a Thiago, sua confissão resultou parcial, não tendo o condão de atenuar a pena - Afastamento da qualificadora de emprego de arma de fogo - Impossibilidade - Bem delineada a incidência da majorante - Redução do patamar utilizado para a aplicação das causas de aumento - Incabível - Aumento que se revelou em consonância com orientação jurisprudencial adotada por esta C. Câmara - Reconhecimento da continuidade delitiva - Impossível - Evidente o concurso material de infrações no caso do réu Marcel -



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Redução da pena de multa e fixação de regime inicial semiaberto - Inviável - Pena e regime criteriosamente aplicados, adequados aos casos - Afastamento da condenação em custas processuais - Inadequação da via eleita - Preliminar rejeitada e apelos não providos (fl. 80).

No presente *writ*, o impetrante/paciente sustenta a falta de fundamentação idônea do acréscimo da pena-base acima do mínimo legal e do acréscimo na terceira fase da dosimetria em patamar superior a 1/3, com base apenas no número de majorantes. Alega, ainda, a existência de continuidade delitiva, nos termos do art. 71 do Código Penal, porquanto praticou o roubo do veículo para alcançar sucesso no roubo da joalheira em seguida.

Requer, portanto, o redimensionamento da pena imposta e o reconhecimento da continuidade delitiva.

Sem pedido liminar e prestadas informações (fls. 43/98), o Ministério Público Federal opinou pela parcial concessão da ordem (fls. 101/104).

Considerando tratar-se de paciente supostamente hipossuficiente e desassistido juridicamente, os autos foram remetidos à Defensoria Pública do Estado de São Paulo, que salientou ilegalidade na dosagem da pena na terceira fase da dosimetria (fls. 121/123).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 284.222 - SP (2013/0402648-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) (Relator):

O presente *habeas corpus* não merece conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio (HC n. 109956, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe 11/9/2012). Contudo, nada impede que, de ofício, se constate a existência de manifesta ilegalidade que implique em ofensa à liberdade de locomoção do paciente (HC n. 271.890/SP, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 3/9/2014).

Passo, portanto, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

Conforme consignado, busca-se na presente impetração o redimensionamento da pena imposta, com a fixação da pena-base no mínimo legal, com a redução do patamar de aumento em razão das majorantes na terceira fase da dosimetria e com o reconhecimento da continuidade delitiva.

O Magistrado de primeiro grau, ao dosar a pena dos paciente, consignou que:

Com fundamento no artigo 59 do Código Penal, fixei a pena-base do roubo praticado contra a joalheria em seis anos de reclusão e quinze dias-multa, metade acima do mínimo legal, tendo em vista as circunstâncias e conseqüências do crime e a personalidade dos acusados.

As circunstâncias do roubo revelam a especial ousadia dos acusados.

O crime foi praticado pela manhã, em local notoriamente movimentado e dotado de sistema de monitoramento por câmeras.

Nada disso preocupou os acusados.

Armados, eles ingressaram no estabelecimento com os rostos à mostra, sabendo que estavam sendo filmados.

Depois disso, retomaram as suas vidas sem demonstrar qualquer receio de serem identificados, apesar de amplamente divulgadas pela imprensa as imagens do crime.

É de causar espécie a certeza que tinham da impunidade.

E, por certo, nada os impediria de praticar novos crimes, caso não fossem presos.

Por outro lado, os réus completaram o segundo grau e viviam com as suas famílias, sem precisar auxiliá-las no sustento da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

casa.

Não têm a justificativa da necessidade financeira para o crime.

Por fim, o crime praticado, o terceiro de dezenove ocorridos no ano passado, causou enorme desassossego social.

Uma série de roubos praticados em joalheiras levou a população da cidade a temer um dos poucos lugares antes tidos como seguros na cidade: o shopping center.

Não há aqui cidadão de razoável prudência que não sinta diário cerceamento da sua liberdade de ir e vir. Não há quem tranqüilamente trafegue, mesmo durante o dia, pelas ruas de São Paulo, ainda que no interior de veículo hermeticamente fechado.

Por isso, há muito os moradores da cidade trocaram as ruas por centros de compras, acreditando que a segurança que o poder público não lhes oferece lá seria garantida pela iniciativa privada.

A série de crimes ocorridos no ano passado mudou essa crença.

Além disso, trouxe notório prejuízo aos comerciantes, obrigados que foram a reforçar o sistema de segurança desses centros.

Ignorar tais circunstâncias implicaria indubitável ofensa ao princípio da individualização da pena.

Fixei a pena-base do roubo imputado exclusivamente ao réu MARCEL no mínimo legal, ausentes motivos para rigor maior.

Anoto que os réus são todos tecnicamente primários (tis. 20, 39 e 53 do apenso, sentenças não definitivas).

Em seguida, em relação ao réu MARCEL, tendo em vista as circunstâncias atenuantes incidentes (menoridade e confissão), reduzi a pena, para mantê-la no mínimo patamar.

[...].

Após, considerando a incidência de duas causas de aumento, aumentei a pena em 3/8, alcançando a pena de cinco anos e seis meses de reclusão e treze dias-multa para cada crime praticado pelo réu MARCEL e a pena definitiva oito anos e três meses de reclusão e vinte dias-multa para os réus VICTOR HUGO e THIAGO

O aumento mínimo, no caso, empregando-se o mesmo critério de quando se faz presente apenas uma causa de aumento, equivaleria a dar tratamento igual a situações absolutamente desiguais, implicando em apreciação parcial da disposição legal.

Equiparar, por exemplo, aquele que age com comparsa, mas sem empregar arma de fogo, àquele que o faz desarmado, implica ofensa evidente ao princípio da individualização da pena.

Não se trata, como sustentam algum, de mera aplicação de critério quantitativo.

Cada causa de aumento descreve circunstância diversa e todas, à evidência, foram eleitas pelo legislador porque evidenciam a maior culpabilidade do autor do crime, ou a maior gravidade do meio empregado para cometê-lo.

Não se trata de somá-las matematicamente.

Trata-se de reconhecer o incontestável, ou seja, a maior



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

gravidade do crime que é praticado em determinadas circunstâncias expressamente previstas na lei.

Os que defendem o contrário exigem para autorizar o aumento acima do mínimo legal em razão das causas de aumento incidentes, fundamentação específica tendo em vista cada caso concreto.

Em que consistiria isso? Número expressivo de agentes em concurso? Especial poder ofensivo ou quantidade de armas empregadas?

A lei fala em concurso de duas ou mais pessoas. Em emprego de arma de fogo. Fosse outro o espírito do lei, diversa seria a redação do dispositivo.

Com a devida vênia, a interpretação hoje pacificada pela Súmula 443 do Superior Tribunal de Justiça, não vinculante, afasta-se da vontade do legislador, ignorando os motivos que o levaram a reputar mais grave o que é, manifestamente, mais grave (fls. 67/75).

O Tribunal de origem, por sua vez, manteve a pena imposta nos termos da seguinte fundamentação:

Passo à análise das penas aplicadas.

Nesse aspecto, verifica-se que o aumento operado na primeira fase da dosimetria restou suficientemente justificado, com base nas circunstâncias e consequências do crime e na personalidade dos acusados. E nem se diga que tal medida não se apresenta justa ante ao caso concreto, facilmente compreensível a necessidade da elevação da pena-base, salientando-se, como mencionou a d. magistrada “a quo”, a especial ousadia dos acusados. Diz ela ainda: “O crime foi praticado pela manhã, em local notoriamente movimentado e dotado de sistema de monitoramento por câmeras. Nada disso preocupou os acusados. Armados, eles ingressaram no estabelecimento com rostos à mostra, sabendo que estavam sendo filmados. Depois disso, retomaram suas vidas, sem demonstrar qualquer receio de serem identificados, apesar de amplamente divulgadas pela imprensa as imagens do crime. É de causar espécie a certeza que tinham da impunidade (...). Por outro lado, os réus completaram o segundo grau e viviam com suas famílias, sem precisar auxiliá-las no sustento da casa. Não têm a justificativa da necessidade financeira para o crime. Por fim, o crime praticado, o terceiro de dezenove ocorridos no ano passado, causou enorme desassossego social. Uma série de roubos praticados em joalherias levou a população da cidade a temer um dos poucos lugares antes tidos como seguros na cidade: o shopping center” (fls. 791/794). E não param por aí as justificativas apresentadas na r. sentença recorrida para amparar o aumento das penas-bases aplicadas aos réus pelo delito de roubo à joalheria. Menciona ainda, dentre as consequências observadas, o notório prejuízo aos comerciantes, obrigados a reforçar o sistema de segurança de todos esses centros. A repercussão do crime em apreço, mais do que às vítimas, atingiu toda a comunidade, resvalando, quiçá, se não mais longe, pelo menos em toda a sociedade paulista, grande frequentadora de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Shopping Center's, não raro exatamente visando se resguardar da criminalidade, vez que se considera tais locais mais seguros. Imprescindível, sem dúvida, neste caso, a aplicação de pena mais rigorosa, altamente desfavoráveis as circunstâncias judiciais, conforme acima ilustrado.

A pena-base aplicada ao delito de roubo imputado exclusivamente ao réu Marcel restou fixada no mínimo legal, não comportando alteração.

Ainda, presente as atenuantes da menoridade e da confissão em relação Marcel, reduziu-se sua pena pelo roubo praticado à joalheria ao mínimo legal, não podendo esta ser reduzida aquém desse patamar (Súmula 231 do STJ).

[...].

O reconhecimento das majorantes apontadas, nos moldes acima, implica aumento da pena exatamente como operado pelo juízo "a quo", e em conformidade com orientação jurisprudencial abraçada por esta C. Câmara:

[...].

Bem delineado o concurso material de delitos no caso dos roubos majorados praticados pelo corréu Marcel, descabendo acolher pleito de reconhecimento de continuidade delitiva apresentado por sua defesa, eis que se trata de infrações diversas, cometidas em momentos totalmente distintos, contra vítimas e patrimônios também diferentes (fls. 92/97).

Conforme se extrai dos autos, paciente foi condenado pelo cometimento de dois delitos de roubo qualificado, em concurso material (o primeiro, cujo objeto foi um veículo, e o segundo praticado contra uma joalheria), tendo o Magistrado de piso aumentado a pena-base no segundo delito e mantido a reprimenda básica no mínimo legal quanto ao primeiro delito.

Percebe-se, ainda, que, reconhecida as atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea, a pena foi novamente reduzida ao mínimo legal, na segunda fase da dosimetria.

Nesse contexto, verifico a total inexistência de interesse processual quanto ao pedido de redução da pena-base ao mínimo legal, tendo em vista que tanto a pena cominada quanto o regime inicial serão mantidos, mesmo em caso de eventual êxito dos argumentos apresentados na presente impetração.

No mesmo sentido, cito precedente:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. AUTORIA. CONCURSO DE PESSOAS. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE (SÚMULA 7/STJ). PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSAL.

1. A análise das questões trazidas pelo agravante demandaria o reexame de matéria fático-probatória, o que é obstado, em âmbito especial, pela Súmula 7/STJ.

2. Inexiste, in casu, interesse recursal porque, ainda que viesse a ser acolhida a pretensão de redução da pena-base do recorrente ao mínimo legal, a reprimenda final e o regime que já lhe foram aplicados se manteriam inalterados, pois já estão no patamar mínimo possível para o delito pelo qual foi condenado.

3. Agravo em recurso especial improvido. (AgRg no AREsp 578.834/BA, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 23/10/2014, DJe 11/11/2014).

Noutro ponto, esta Corte Superior firmou o entendimento de que o critério para a elevação da pena, em função das causas de aumento no crime de roubo, não deve ser meramente matemático, mas subjetivo, a depender das circunstâncias do caso concreto.

O aludido entendimento culminou na elaboração do Enunciado n. 443 da Súmula desta Corte, segundo o qual:

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.

No mesmo sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. DESVIRTUAMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES (DUAS VEZES). ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA E RESTRIÇÃO DE LIBERDADE DA VÍTIMA. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. 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. Súmula n. 443 do STJ.

2. Em minha concepção - que não é acompanhada pela maioria da Sexta Turma - atende ao critério da proporcionalidade das penas, bem como ao efeito dissuasório, punir o autor do roubo que empunha arma de fogo e, no caso vertente, age em coautoria delitiva e mediante restrição da liberdade da vítima, com pena concretamente mais grave em relação à que caberia, *in thesis*, a outros perpetradores de roubo que, agindo sem comparsaria, apenas se valem de arma branca



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

como meio intimidatório da vítima.

3. Contudo, as instâncias ordinárias não destacaram a maior temibilidade da conduta perpetrada pelos pacientes e tampouco fizeram qualquer esforço argumentativo para caracterizar as majorantes como indicativas de comportamento mais grave, o que se considera, na dicção da Turma, imprescindível para sua incidência.

4. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir, ao mínimo legal, o aumento de pena na terceira etapa da dosimetria e readequar a pena final de ANDERSON TADEU DA SILVA PINTO para 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão e a de RAMON CUNHA ROSA para 7 anos, 3 meses e 3 dias de reclusão (HC 303.429/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 11/12/2014).

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2.º, I E II, C.C. ART. 70, E ART. 329, DO CÓDIGO PENAL. (1) WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. (2) PENA-BASE APLICADA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. (3) CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PARCIAL. UTILIZAÇÃO PARA EMBASAR A SENTENÇA. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. (4) MAJORANTES. QUANTUM DE ACRÉSCIMO. SÚMULA Nº 443 DESTA CORTE. ILEGALIDADE MANIFESTA. (5) NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Inexiste ilegalidade na primeira fase da dosimetria da pena se instâncias de origem apontam motivos concretos para a fixação do patamar estabelecido. Em sede de habeas corpus não se afere o quantum aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório.

3. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão do réu, ainda que parcial ou retratada, for utilizada pelo magistrado para fundamentar a condenação, deve incidir a respectiva atenuante. Por envolver a personalidade do agente, a atenuante da confissão espontânea é igualmente preponderante e deve ser compensada com a agravante da reincidência.

4. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, o acréscimo requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um aumento mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de majorantes presentes. Súmula n.º 443 desta Corte. Ilegalidade flagrante.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente, apenas no tocante ao crime de roubo circunstanciado, para 8 (oito) anos, 3 (três) meses e 16 (dezesesseis) dias de reclusão, mais 19 (dezenove) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão (HC 289.934/SP, Rel. Ministra MARIA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 03/12/2014).

Apesar do entendimento firmado nesta Corte, faço ressalva de meu entendimento pessoal quanto à questão.

A elevação progressiva da pena em razão da presença de maior ou menor número de circunstâncias majorantes é a que melhor representa o critério da proporcionalidade na retribuição penal. Não se pode apenar o agente que comete delito com incidência de uma única causa de aumento da mesma maneira que outro que o cometa utilizando-se de duas causas de aumento.

Há que se ponderar que a ausência de reflexão, na dosimetria, a respeito do número de circunstâncias presentes pode servir como estímulo à prática de delitos mais graves, uma vez que os roubos praticados sob tais circunstâncias – em concurso de agentes, com arma de fogo ou com restrição da liberdade das vítimas, por exemplo – têm maior chance de não serem frustrados durante sua execução.

Por outro lado, a adoção de um critério que aprecie as majorantes de forma quantitativa não impede que o julgador realize a dosimetria, também, pelo prisma qualitativo. Assim, acaso presente uma circunstância de especial gravidade, o magistrado pode exasperar a pena de modo conforme. Sempre em atenção ao princípio da proporcionalidade, é possível que um crime praticado com uma única causa de aumento de pena seja tão reprovável quanto um praticado com a presença de todas. É justo que a majoração da pena incida em nível máximo em ambos os casos, e não apenas no primeiro.

Todavia, a despeito de tais ponderações, com ressalva de meu entendimento pessoal, acolho o posicionamento da maioria.

No caso dos autos, verifica-se que, embora as circunstâncias fáticas do delito em tela justificassem um aumento mais elevado, as instâncias ordinárias majoraram a pena em 3/8 salientando unicamente a presença de duas causas de aumento, não apresentando fundamentação concreta para o acréscimo em fração superior ao mínimo, sendo, portanto, necessária a realização de nova dosimetria, para reduzir a exasperação da pena para o patamar mínimo de 1/3.

Por fim, quanto ao pleito de reconhecimento do crime continuado, é certo que o art. 71 do Código Penal permite a aplicação da ficção jurídica da continuidade delitiva quando o agente, mediante mais de uma conduta, praticar dois ou mais crimes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da mesma espécie com semelhantes condições de tempo, lugar, modo de execução.

Assim, considerando a teoria mista, adotada nesta Corte Superior, a configuração do crime continuado depende tanto do preenchimento dos requisitos objetivos, mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução, como também da demonstração da existência da unidade de desígnios entre os delitos praticados.

No mesmo sentido, vejam-se os seguintes precedentes:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO. (1) CONTINUIDADE DELITIVA. TEORIA MISTA. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. DEMAIS REQUISITOS. COMPROVAÇÃO. NECESSIDADE. REEXAME PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. (3) RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Este Superior Tribunal de Justiça vem adotando a teoria mista, segundo a qual, para a caracterização da continuidade delitiva, afigura-se 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).

2. Maiores incursões no tema, com a finalidade de constatar eventual unidade de desígnios ou a presença dos demais requisitos do instituto, demandaria incursão aprofundada no exame das provas, incabível na estreita via do habeas corpus.

3. Recurso a que se nega provimento (RHC 43.601/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 18/06/2014)

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EXISTÊNCIA DE MAIS DE UMA CAUSA DE AUMENTO. MAJORAÇÃO DA PENA NA FRAÇÃO MÍNIMA. EXCLUSÃO DE UMA DAS MAJORANTES. FALTA DE INTERESSE. CONTINUIDADE DELITIVA. INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS. DECISÃO FUNDAMENTADA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES E DO TRIBUNAL DE ORIGEM. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA PARA REEXAME DE PROVAS. PRECEDENTES. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA.

1. Se as instâncias ordinárias reconheceram a existência de mais de uma causa de aumento de pena no delito de roubo, mas efetivaram o incremento da reprimenda na fração mínima de 1/3 (um terço), não há interesse na discussão acerca da configuração de apenas uma das majorantes - no caso, a relativa ao emprego de arma de fogo -, uma vez que sua eventual exclusão não produzirá nenhum reflexo no quantum da pena ou no regime inicial de cumprimento. Precedentes da Quinta Turma desta Corte.

2. Para o reconhecimento da continuidade delitiva, exige-se, além da comprovação dos requisitos objetivos, a unidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de desígnios, ou seja, o liame volitivo entre os delitos, a demonstrar que os atos criminosos se apresentam entrelaçados. Ou seja, a conduta posterior deve constituir um desdobramento da anterior.

3. Quanto ao pleito de reconhecimento da continuidade delitiva, o Juízo a quo e a Corte estadual concluíram que o longo período que entremeou um delito e outro obsta o reconhecimento do crime continuado, configurando-se, assim, o concurso material delineado no art. 69, do Código Penal. Entender diversamente, outrossim, ocasionaria acurada avaliação probatória, o que, na angusta via do *habeas corpus*, não se admite.

4. Habeas Corpus parcialmente conhecido e nessa parte denegado (HC 206.784/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 29/06/2012)

Na hipótese dos autos, verifica-se que, como bem observado pelo Tribunal de origem, restou ausente a comprovação dos requisitos objetivos e subjetivos necessários ao reconhecimento da continuidade delitiva, tendo em vista que os delitos foram praticados com desígnios autônomos, em momentos totalmente distintos e contra vítimas e patrimônios diferentes, tratando-se, portanto, de reiteração delitiva.

Nesse contexto, resta incabível, na presente impetração, a análise da ocorrência ou não dos elementos objetivos e subjetivos para a configuração da continuidade delitiva, por demandar o revolvimento do conjunto fático-probatório, inadmissível na via estreita do *habeas corpus*. Nesse sentido:

No mesmo sentido, cito os precedentes:

PENAL. ESTELIONATO. CONTINUIDADE DELITIVA. ART. 71 DO CP. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITO SUBJETIVO. AUSÊNCIA. DELINQUÊNCIA HABITUAL. DILAÇÃO PROBATÓRIA. VEDAÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça entende que, para a caracterização da continuidade delitiva (art. 71 do Código Penal), é necessário que estejam preenchidos, cumulativamente, os requisitos de ordem objetiva (pluralidade de ações, mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução) e o de ordem subjetiva, assim entendido como a unidade de desígnios ou o vínculo subjetivo havido entre os eventos delituosos.

2. A Corte local concluiu que os crimes foram perpetrados com desígnios autônomos, elemento que demonstra a ausência de preenchimento do requisito subjetivo, indispensável ao reconhecimento da continuidade delitiva.

3. Consoante orientação desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal, a reiteração indicativa de delinquência habitual ou profissional é suficiente para afastar a caracterização do crime continuado.

4. O mandamus não é a via apta para a realização de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

juízo de constatação da existência de suporte probatório a amparar a tese defensiva, o que seria necessário para a averiguação da ocorrência da continuidade delitiva. Precedentes.

5. Habeas corpus não conhecido. (HC 297.624/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 02/03/2015)

PROCESSUAL E PENAL. HABEAS CORPUS. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) CRIMES DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. DUAS VÍTIMAS. CRIME ÚNICO EM RELAÇÃO ÀS CONDUTAS PRATICADAS CONTRA CADA UMA DAS VÍTIMAS. LEI Nº 12.015/09. (3) CONTINUIDADE DELITIVA RELATIVA ÀS CONDUTAS PRATICADAS CONTRA AS DUAS VÍTIMAS. UNIDADE DE DESÍGNIOS. AUSÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. (4) NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário.

2. Com o advento da Lei n.º 12.015/09, as práticas de conjunção carnal e de ato libidinoso passaram a ser tipificadas no mesmo dispositivo legal, deixando de configurar crimes diversos, de estupro e de atentado violento ao pudor, para constituir crime único, desde que praticados no mesmo contexto. Tal compreensão, por ser mais benéfica, deve retroagir para alcançar os fatos anteriores. Com isso, a dosimetria da reprimenda deve ser refeita, não ficando o magistrado da execução vinculado às penas-bases fixadas anteriormente, pois agora deverá avaliar a maior reprovabilidade da prática de conjunção carnal e de ato libidinoso diverso em um mesmo momento. Esclareça-se que o reconhecimento de crime único se refere às condutas (conjunção carnal e coito anal) praticadas contra cada vítima; não há falar em crime único quanto aos atos praticados contra as duas vítimas.

3. Este Sodalício pacificou sua jurisprudência no sentido de que o reconhecimento da continuidade delitiva demanda o preenchimento cumulativo dos requisitos objetivos e subjetivos, negando a concessão do benefício quando evidenciada a presença de desígnios autônomos, como no caso dos autos. Ademais, para se concluir de maneira diversa demandaria revolvimento fático-probatório, não condizente com a via do writ, eis que as instâncias de origem concluíram pela existência de desígnios autônomos no que se refere aos atos praticados contra as duas vítimas.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Juízo das Execuções proceda à nova dosimetria da pena, nos termos da Lei n.º 12.015/09, analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. (HC 274.848/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em 18/12/2014, DJe 04/02/2015)

Assim, passo a refazer a dosimetria da pena para sanar a ilegalidade aqui reconhecida pela inobservância da Súmula n. 443 do STJ.

Fica mantida a pena provisória fixada na segunda fase em 4 anos de reclusão e 10 dias-multa para cada delito.

Na terceira etapa, presentes as causas de aumento de pena do emprego de arma e do concurso de agentes, reduzo a elevação das penas ao mínimo legal de 1/3, resultando em 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa.

Finalmente, em razão do concurso material entre os dois delitos de roubo, a pena alcança o patamar de 10 anos e 8 meses de reclusão e 26 dias-multa, o que torno definitiva ante a ausência de outras causas de aumento ou diminuição.

Diante do exposto, não conheço do *habeas corpus*. No entanto, concedo a ordem de ofício para reduzir as penas impostas ao paciente quanto aos delitos de roubo ao patamar de 10 anos e 8 meses de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0402648-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 284.222 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00365526220108260050 050100365523 365526220108260050 50100365523

EM MESA

JULGADO: 18/08/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: MARCEL GIORDANO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: MARCEL GIORDANO (PRESO)
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU	: VICTOR HUGO SILVA MISCHKE
CORRÉU	: THIAGO DOS SANTOS PONTES

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

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.