



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 170.860 - SP (2010/0077693-3)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : RAFAEL FOLADOR STRANO - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCELO DE SOUZA DIORIO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O NOVO POSICIONAMENTO ADOTADO PELO PRETÓRIO EXCELSO. ROUBO MAJORADO. ARMA, CONCURSO DE AGENTES E RESTRIÇÃO DA LIBERDADE. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ELEVAÇÃO DEVIDA. CONDENAÇÕES DISTINTAS. UTILIZAÇÃO EM MOMENTOS DIVERSOS. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. CRIME ÚNICO. VIA INADEQUADA. PLURALIDADE DE CONDUTAS CONTRA VÍTIMAS DIFERENTES. REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS. CONFIGURAÇÃO DE CRIME CONTINUADO. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA 443/STJ. INAPLICABILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

– O Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012 e HC 104.045/RJ, Rel. Ministra Rosa Weber, DJe de 6.9.2012, dentre outros.

– Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira de tal entendimento, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa toada, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício. A propósito: HC 221.200/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe de 19.9.2012.

– É devido o aumento da pena-base quando apontados elementos concretos que evidenciam a desfavorabilidade das circunstâncias judiciais, lembrando que a dosimetria da pena submete-se a certa discricionariedade judicial, não obedecendo a critérios rígidos ou puramente objetivos.

– Não se configura *bis in idem* a utilização de condenações definitivas, anteriores e distintas, para caracterização de maus antecedentes e reincidência.

– A pluralidade de condutas praticada em contextos fáticos distintos, contra vítima diferentes, afasta, ao menos inicialmente, possibilidade de ocorrência de crime único, sendo certo que via estreita do *habeas corpus* é inadequada para um maior aprofundamento na apreciação dos fatos e provas constantes nos processos de conhecimento para afirmar a existência de crime único ou mesmo do preenchimento das circunstâncias exigidas para o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reconhecimento da ficção jurídica do crime continuado.

– O critério para a elevação da pena em função das causas de aumento no crime de roubo não é matemático, mas subjetivo, e dependente das circunstâncias do caso concreto. No caso em análise, o critério utilizado para majoração foi fundamentado com base nas circunstâncias do caso concreto, com destaques para a multiplicidade de agentes e a dinâmica delitiva, com a qual ficou demonstrada a maior reprovabilidade da conduta, afastando a incidência do enunciado n. 443 da Súmula desta Corte.

– *Habeas Corpus* não conhecido.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 05 de março de 2013(data do julgamento).

MINISTRA MARILZA MAYNARD
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)

Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 170.860 - SP (2010/0077693-3)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : RAFAEL FOLADOR STRANO - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCELO DE SOUZA DIORIO

RELATÓRIO

**A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE):**

Cuida-se de *habeas corpus* em benefício de MARCELO DE SOUZA DIORIO contra acórdão da 14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado em primeiro grau, pela prática do delito tipificado no art. 157, § 2º, inciso I, II e V, e no art. 157, § 2º, inciso I e II, c/c com o artigo 71, todos do Código Penal, à pena de 12 (doze) anos e 5 (cinco) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, mais 48 (quarenta e oito) dias-multa, conforme sentença de folhas 15-20.

Irresignado, o paciente interpôs recurso de apelação, sustentando a necessidade de absolvição ao argumento de que conjunto probatório seria insuficiente para sustentar a sua condenação. Subsidiariamente, requereu a não incidência da norma contida no artigo 71 do Código Penal, alegando a existência de crime único, pugnando, por fim, pela redução da pena-base.

O Tribunal *a quo* deu parcial provimento a apelação defensiva, a fim de reduzir as penas do paciente para 10 (dez) anos, 3 (três) meses e 11 (onze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 24 (vinte e quatro) dias-multa, nos termos do acórdão de fls. 21/38.

Nesta Corte Superior, o impetrante alega a existência de ilegalidade na dosimetria da pena, postulando pela necessidade de revisão da pena-base, correção da majoração das causas de aumento de pena, bem como o reconhecimento da ocorrência de crime único.

Liminar indeferida à fl. 46.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Informações prestadas às fls. 53-98.

O Subprocurador-Geral da República, no parecer de fls. 102-105, opinou pelo indeferimento do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 170.860 - SP (2010/0077693-3)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) (Relatora):

De início, saliento que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, visando combater o excessivo alargamento da admissibilidade da ação constitucional do *habeas corpus* pelos Tribunais, passou a adotar orientação no sentido de não mais admiti-lo quando substitutivo de recurso especial. Confira-se:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea 'a', da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de habeas corpus, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do habeas corpus. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las (HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012).

Em seqüência, no julgamento do HC 104.045/RJ, na sessão do dia 28.8.2012, da relatoria da Exma. Ministra Rosa Weber, a aludida Turma julgadora foi além entendendo não mais ser cabível *habeas corpus* "como substitutivo de recurso no processo penal". Por oportuno, transcrevo os seguintes excertos do julgado, *in verbis*:

A preservação da racionalidade do sistema processual e recursal, bem como a necessidade de atacar a sobrecarga dos Tribunais recursais e superiores, desta forma reduzindo a morosidade processual e assegurando uma melhor prestação jurisdicional e a razoável duração do processo, aconselham seja retomada a função constitucional do habeas corpus, sem o seu emprego como substitutivo de recurso no processo penal.

Sobre os feitos já ajuizados destacou, *litteris*:

Como a não admissão do habeas corpus como substitutivo do recurso ordinário constitucional representa guinada da jurisprudência desta Corte, entendo que, quanto os habeas corpus já impetrados, impõem-se o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exame da questão de fundo, uma vez que possível o concessão de habeas corpus de ofício diante de flagrante ilegalidade ou arbitrariedade.

A ementa do aresto restou assim sintetizada:

EMENTA HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. HISTÓRICO. VULGARIZAÇÃO E DESVIRTUAMENTO. SEQUESTRO. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE.

1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte.

2. A dosimetria da pena submete-se a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete precipuamente o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção apenas de eventuais discrepâncias gritantes e arbitrárias nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores.

3. Assim como a concorrência de vetoriais negativas do art. 59 do Código Penal autoriza pena base bem acima da mínima legal, a existência de uma única, desde que de especial gravidade, também autoriza a exasperação da pena, a despeito de neutras as demais vetoriais.

4. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está condicionada somente ao quantum da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, conforme remissão do art. 33, § 3º, do mesmo diploma legal. Precedentes

5. Não se presta o habeas corpus, enquanto não permite ampla avaliação e valoração das provas, ao reexame do conjunto fático-probatório determinante da fixação das penas.

6. Habeas corpus rejeitado (HC 104.045/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 6.9.2012).

Este Superior Tribunal de Justiça, adotando a nova orientação da Suprema Corte, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa toada, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O STF. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o habeas corpus substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Primeira Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/08/2012, publicado no DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 28/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012; HC 108181/RS, Primeira Turma, Relator Min. LUIZ FUX, julgado em 21/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, 'no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.'

3. Hipótese em que o Paciente teve a prisão preventiva decretada a fim de assegurar a execução de medida protetiva de urgência, porque, 'usuário de drogas, já se envolveu em outras situações de violência doméstica contra a mulher, estando, inclusive, respondendo por tentativa de homicídio de [sua esposa], de onde se infere que a sua custódia é necessária para a garantia da ordem pública e, sobretudo, da segurança da ofendida'.

4. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 221.200/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 19.9.2012).

Assim, deixo de conhecer o presente *writ* por se cuidar de substitutivo de revisão criminal.

Todavia, considerando que o *writ* foi interposto antes da mudança de entendimento acima mencionada, passo à análise do pedido deduzido na impetração ante a possibilidade de existência de flagrante constrangimento que justifique a concessão de *habeas corpus* de ofício.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso sob apreciação, mostra-se devido o aumento da pena-base quando apontados elementos concretos que evidenciam a desfavorabilidade das circunstâncias judiciais, lembrando que a dosimetria da pena submete-se a certa discricionariedade judicial, não obedecendo a critérios rígidos ou puramente objetivos. Assim, existindo vetores negativos na avaliação do art. 59 do Código Penal, correta é a elevação da pena-base.

No caso, o magistrado de primeiro grau destacou que:

Passo a calcular a pena:

João não conta com registro de outros processos, e o co-réu Marcelo apresenta antecedentes criminais, incluindo fuga de estabelecimento prisional, demonstrativos de personalidade desviada para o crime. Por outro lado, não há como se desprezar a circunstância de tratar-se de fato causador de grande insegurança social na atualidade, tendo em vista envolver grave violência à pessoa, em associação com a incidência freqüente verificada pelos meios de comunicação informativos.

[...]

Por essas circunstâncias, fixo a pena-base de Marcelo no mínimo acrescido 1/3 (5 anos e 4 meses, para cada delito).

A Corte originária, analisando o recurso defensivo, evidenciou que:

Passo a calcular a pena:

João Vadja Junior esclareceu que conduzia seu automóvel pela estrada do M'Boi Mirim, sentido bairro-centro, ocasião em que foi rendido pelos réus e outros indivíduos, armados, os quais subtraíram seus bens pessoais; asseverou ter sido colocado, juntamente com sua esposa e sua filha de 4 anos de idade, no banco traseiro do automóvel; esclareceu que o seu veículo atolou em um lamaçal quando era conduzido por um dos agentes. Por tal fato, abordaram seus familiares que estavam em outro carro e os seguiam. Estes também foram roubados e tiveram suas liberdades restringidas. Acrescentou que, não muito tempo depois, milicianos apareceram em sua residência levando-lhe diverso bens, dentre eles seu aparelho celular, relógio e outros bens pessoais pertencentes a ele e a seu pai.

A vítima João Vajda, igualmente no inquérito, prestou declarações consentâneas com as de seu filho.

[...]

De fato, restou demonstrado que, consumado o roubo contra João Vajda Júnior, o veículo deste atolou na lama. Em razão disso, os agentes, praticando outra ameaça, deram início ao segundo roubo, contra João Vadja.

A prova deixa claro, portanto, que foram dois os delitos praticados, nas mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, o que faz incidir a regra do artigo 71 do Código Penal.

A dosimetria da pena imposta merece pequeno reparo.

As penas-base foram corretamente majoradas, levando em conta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a especial gravidade das concretas circunstâncias que envolveram o crime, bem explicitadas pelo MM. Juiz a quo.

De outra parte, as certidões de fls. 101 e 103 configuram os maus antecedentes do apelante Marcelo; a certidão de fls. 99 comprova a reincidência.

Tratando-se de condenações diversas, não há falar em *bis in idem* pela exasperação da pena do apelante Marcelo, por conta dos maus antecedentes, em primeira fase, e reincidência, na segunda.

[...]

Observa-se, porém, que as frações utilizadas para os aumentos concernentes à própria reincidência (de Marcelo) e as causas de aumento de pena - com relação aos dois recorrentes - apresentam-se por demais exarcebadas.

Para o apelante Marcelo a pena será assim estipulada: na primeira fase, como acima mencionado, pena-base de 5 anos e 4 meses de reclusão mais 13 dias-multa, aumentada de 1/6 sem segunda fase, em razão de sua reincidência, perfazendo 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, mais 15 dias multa. Em terceira fase, consoante entendimento jurisprudencial dominante, as três causas de aumento de pena ensejam acréscimo de 5/12 - e não de metade - totalizando 8 anos, 9 meses e 23 dias de reclusão mais 21 dias-multa.

Diante do reconhecimento da continuidade delitiva, impõe-se o aumento de 1/6, finalizando uma pena de 10 anos, 3 meses e 11 dias de reclusão, mais 24 dias-multa, no patamar mínimo legal.

Como visto, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal de forma fundamentada, tendo destacado as instâncias ordinárias a presença de maus antecedentes e personalidade desviada do paciente, evidenciada pelo modo de execução do crime, praticado pelo acusado enquanto estava foragido de estabelecimento prisional, inexistindo, nesse ponto, o alegado constrangimento ilegal.

São precedentes nossos:

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO MAJORADO. CORRUPÇÃO DO MENORES. DELITO FORMAL. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REINCIDÊNCIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO. VIABILIDADE. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO.

1. Para a configuração do delito de corrupção de menores, por se tratar de delito formal, são desnecessárias provas da efetiva corrupção do menor, bastando, para tanto, que haja evidências da participação de menor de 18 anos em crime na companhia de agente imputável, como, de fato, ocorreu na hipótese.

2. Havendo circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis com fundamentação idônea, não há ilegalidade na fixação da pena-base acima do mínimo legal. Precedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. São circunstâncias judiciais desfavoráveis, no caso, a reprovabilidade da conduta, ante a ocorrência de dez roubos simultâneos, e os maus antecedentes, devidamente comprovados por condenação transitada em julgado e que não configura reincidência, inexistindo, portanto, manifesta ilegalidade a ser sanada.

4. A Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, no julgamento do EREsp 1.154.752/RS, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, firmou entendimento de que a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea são igualmente preponderantes, pelo que devem ser compensadas.

5. Habeas corpus parcialmente concedido para alterar o quantum da pena para 7 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão e 21 dias-multa, no mínimo legal, mantidos os demais termos da condenação. (HC 182.805/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 01/02/2013)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. RECENTE ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ROUBO MAJORADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REINCIDÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE.

1. Buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, e aos artigos 30 a 32, ambos da Lei nº 8.038/90, a mais recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir o manejo do habeas corpus em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

2. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Colenda Corte, passou também a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição do recurso cabível.

3. A existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (culpabilidade, antecedentes, personalidade, motivos do crime, circunstâncias do crime e prejuízo da vítima), aliadas à reincidência, autoriza a fixação da pena-base acima do patamar mínimo e o estabelecimento de regime prisional mais severo.

4. Habeas corpus não conhecido, por ser substitutivo do recurso cabível. (HC 183.012/GO, Ministro Campos Marques – Desembargador convocado do TJ/PR, Quinta Turma, DJe de 13/12/2012).

Em relação a alegação de *bis in idem*, é pacífica a jurisprudência desta corte, no sentido de que a utilização de condenações definitivas, anteriores e distintas, para caracterização de maus antecedentes e reincidência, não configura *bis in idem*.

Com efeito, verifica-se que o magistrado utilizou condenações diversas para exasperar a primeira e a segunda fase da dosimetria, estando em consonância com o entendimento desta Corte Superior, não há falar a constrangimento a ser reparado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. HIPÓTESES DE CABIMENTO. LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. QUESTÕES QUE ENSEJAM O REEXAME DE MATÉRIA DECIDIDA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. ANÁLISE DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE. ILEGALIDADE MANIFESTA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSIDERAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES COM BASE EM PROCESSOS COM TRÂNSITO EM JULGADO. CABIMENTO. EMPREGO DE ARMA. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO DO ARTEFATO. EXASPERAÇÃO DA PENA EM 5/12 (CINCO DOZE AVOS). FUNDAMENTAÇÃO. OCORRÊNCIA.

(...)

6. É possível a consideração, como maus antecedentes, de condenações anteriores que não sirvam mais para caracterizar a reincidência ou, havendo várias condenações transitadas em julgado, considerar-se uma para agravar a pena e as outras como(maus antecedentes.

(...)

9. Ordem não conhecida. (HC 157.447/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, DJe de 15.10.2012).

PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO. ANTECEDENTE CRIMINAL E REINCIDÊNCIA: VALORAÇÃO DE CONDENAÇÕES DISTINTAS. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. PERSONALIDADE VOLTADA PARA O CRIME. ELEMENTOS CONCRETOS. EXISTÊNCIA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. É permitido ao julgador utilizar-se de uma condenação anterior do acusado para exasperar a pena, em um primeiro momento, considerando como desfavoráveis as circunstâncias judiciais e, num segundo, considerando outra condenação anterior, fazer incidir a agravante da reincidência, não existindo, pois, afronta ao princípio ne bis in idem.

2. Devidamente fundamentada a exasperação da pena-base, no tocante à personalidade, tida pelo juiz como voltada para o crime, em face de envolvimento do réu, ora paciente, em outros crimes contra o patrimônio, havendo inclusive condenações com trânsito em julgado, não há falar em ilegalidade, não havendo espaço para alteração da dosimetria na via do habeas corpus.

3. Ordem denegada. (HC 101.746/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 15/06/2011).

Relativamente ao reconhecimento de crime único, constata-se que as instâncias optaram, de forma fundamentada, pela continuidade delitiva - uma ficção jurídica



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que beneficia o agente, segundo a qual vários delitos cometidos são entendidos como desdobramento do primeiro, conforme o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos.

No caso o magistrado de primeiro grau destacou que:

Configurados os delitos, ressalto que embora as ações tenham sido distintas, contra pessoas diversas (as vítimas foram abordadas quando estavam cada qual em seu próprio veículo), foram semelhantes as circunstâncias de modo, de tempo e de lugar que envolveram os crimes, da mesma espécie, tornando aplicável o preceito do crime continuado.

Cabe destacar que 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 da existência de crime único ou mesmo do preenchimento das circunstâncias exigidas para o reconhecimento da ficção jurídica do crime continuado.

Assim é o entendimento desta Corte:

HABEAS CORPUS. AÇÕES PENAIS. CONDENAÇÕES. CONTINUIDADE DELITIVA. PRETENDIDO RECONHECIMENTO. REQUISITOS DO ART. 71 DO CP. NÃO PREENCHIMENTO. AUSÊNCIA DE UNIDADE DE DESÍGNIOS. DIVERSIDADE DE MODUS OPERANDI. REITERAÇÃO DELITIVA. CONFIGURAÇÃO. 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. Constatada a reiteração criminosa, inviável acoimar de ilegal a decisão que negou a incidência do art. 71 do CP, pois, na dicção do Supremo Tribunal Federal, a habitualidade delitiva afasta o reconhecimento do crime continuado.

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.

(...)

2. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegada a ordem. (HC 119.896/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe de 12/4/2010.)

HABEAS CORPUS. ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS E PORTE DE ARMAS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

LIVRAMENTO CONDICIONAL, REMIÇÃO, APURAÇÃO DE FALTA GRAVE. QUESTÕES NÃO APRECIADAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. UNIFICAÇÃO DAS PENAS PELA APLICAÇÃO DA REGRA DA CONTINUIDADE DELITIVA. INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS RECONHECIDA EM DECISÃO FUNDAMENTADA DA CORTE A QUO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA PARA REEXAME DE PROVAS.

1. Os pleitos de progressão de regime de cumprimento de pena, livramento condicional, indulto, comutação e remição das penas não foram suscitados ou, tampouco, objeto de análise pelo Tribunal de origem. Logo, não há como ser conhecida a impetração nesta parte, diante da flagrante incompetência desta Corte Superior para apreciar originariamente a matéria, sob pena de supressão de instância.

2. O Tribunal Estadual, em decisão fundamentada, entendeu que o espaço temporal verificado entre os crimes, bem como o modo de agir do Paciente, inviabiliza o reconhecimento da continuidade delitiva.

E a via eleita não comporta o amplo reexame dos fatos e das provas necessário para, reformando o entendimento da instância a quo, soberana em matéria de prova, afirmar que as condutas configuraram um único crime.

3. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa parte, denegado. (HC 141.732/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe de 30.11.2009).

Em relação ao pleito de redução do percentual das causas de aumento, melhor sorte não assiste ao impetrante. Esta Corte Superior de Justiça tem reiteradamente afirmado que o critério para a elevação da pena em função das causas de aumento no crime de roubo não é matemático, mas subjetivo, e dependente das circunstâncias do caso concreto. No caso em análise, o critério utilizado para majoração foi fundamentado, diante das circunstâncias do caso concreto, com destaques para a multiplicidade de agentes e a dinâmica delitiva, com a qual ficou demonstrada a maior reprovabilidade da conduta, tendo o magistrado destacado que:

Sobre o aumento decorrente das causas constatadas, devido à multiplicidade de qualificadoras, e com respeito às opiniões contrárias, registro ser caso de exasperação além do mínimo, tendo em vista cada circunstância haver se mostrado relevante.

As duas primeiras circunstâncias mostraram-se relevantes, na medida em que diminuíram a capacidade de resistência da vítima e aumentaram a probabilidade de sucesso por parte dos roubadores, que, unidos, tornaram-se mais fortes e, por outro lado, puderam dividir "tarefas". Mostraram-se relevantes, também, porque aumentaram o risco à integridade física e à saúde da vítima, que esteve não só à merce de vários agentes, mas também permaneceu sob a mira de arma.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A terceira circunstância, por sua vez, sem dúvida, aumentou e prorrogou o sofrimento da vítima, e representou ataque a outro bem jurídico de extrema importância (a liberdade de locomoção).

Devido a essas circunstâncias analisadas, para uma adequada individualização da pena, visando a educação e repressão, e para que se não considerem equivalentes uma conduta como esta, com outra hipotética, em que a subtração de um bem se dá mediante uma ação rápida de um só agente, exercida com o emprego de um canivete (com menor diminuição da capacidade de resistência da vítima e, assim, com menor chance de sucesso do agente; com menor risco à integridade física ou à saúde da vítima; e com sofrimento diminuído para vítima, em face do menor período de tempo de sujeição desta à vontade e a companhia do agente), determino o aumento de 1/2 (metade) em relação à pena fixada na outra fase.

Dessa forma, não há falar em exasperação unicamente em razão de critérios matemáticos, visto que as instâncias ordinárias utilizaram fundamentação idônea para majoração ocorrida na terceira fase de aplicação da pena, afastando, por consequência, a aplicação do enunciado 443 da Súmula desta Corte Superior.

São precedentes nossos:

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA. PRESCINDIBILIDADE PARA A INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO ART. 157, § 2º, I, DO CÓDIGO PENAL. EMPREGO DO ARTEFATO ATESTADO PELA PALAVRA DA VÍTIMA. AUMENTO DA PENA NA FRAÇÃO DE 2/5 (DOIS QUINTOS) COM BASE NAS PECULIARIDADES DO CASO. POSSIBILIDADE. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO ENUNCIADO DE SÚMULA Nº 443, DESTA CORTE. REGIME FECHADO DEVIDAMENTE MOTIVADO NA MECÂNICA DELITIVA E NA MAIOR PERICULOSIDADE DO PACIENTE. ORDEM DENEGADA.

1. No julgamento do EREsp nº 961.863/RS, ocorrido em 13/12/2010, a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça firmou compreensão no sentido de que a incidência da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, prescinde de apreensão e perícia da arma, quando comprovado, por outros meios de prova, tais como a palavra da vítima ou mesmo pelo depoimento de testemunhas, a efetiva utilização do artefato para a intimidação do ofendido.

2. Na hipótese dos autos, o emprego da arma restou cabalmente atestado pela própria vítima, motivo pelo qual deve ser mantida a causa de aumento de pena em questão.

3. Não incide, no caso, o enunciado de Súmula nº 443 desta Corte, tendo em vista que a adoção do patamar de 2/5 (dois quintos), na terceira fase de aplicação da pena, foi fundamentada concretamente, com base nas peculiaridades do crime em apreço.

(...)

9. Habeas Corpus denegado. (HC 206.767/SP, Rel. Min. Marco



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe de 22/9/2011).

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS. CONDENAÇÃO. RECONHECIMENTO DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 2/5. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS AFIRMADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REAPRECIÇÃO DAS PROVAS. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME FECHADO. PENA SUPERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. OBRIGATORIEDADE. ORDEM DENEGADA.

1. A presença de mais de uma majorante no crime de roubo não é causa obrigatória de aumento da reprimenda em patamar acima do mínimo previsto, a menos que o magistrado, considerando as peculiaridades do caso concreto, constate a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação. Incidência da Súmula n.º 443 deste Tribunal.

2. Na hipótese, o acréscimo da pena implementado em 2/5 (dois quintos), em decorrência da aplicação das majorantes previstas no art. 157, § 2.º, incisos I e II, do Código Penal, restou concretamente fundamentado. Foram consideradas as circunstâncias de terem sido as ações cometidas por quatro agentes e com o efetivo emprego de arma, o que demonstra, de forma idônea, uma maior grau de reprovabilidade da conduta. Precedentes.

3. Nos termos do art. 71 do Código Penal, o delito continuado evidencia-se quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, comete mais de um crime da mesma espécie. Necessário também que os delitos guardem conexão no que diz respeito ao tempo, ao lugar, à maneira de execução e a outras características que façam presumir a continuidade delitiva.

4. No caso em apreço, não é possível, na via exígua do writ, proceder a amplo reexame dos fatos e das provas carreadas aos autos para se reconhecer a continuidade delitiva, sobretudo se a instância ordinária, soberana na análise fática da causa, restou convicta quanto à configuração, na verdade, do concurso material de crimes, afastando, portanto, a aplicação do referido instituto.

5. O regime fechado é obrigatório em caso de condenação à pena superior a 8 anos de reclusão, nos termos do art. 33, § 2.º, "a", do Código Penal.

6. Ordem denegada. (HC 219.774/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe de 2.3.2012).

Diante do exposto, não conheço do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0077693-3

HC 170.860 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 2072003

50030097371

9090763

993060803913

EM MESA

JULGADO: 05/03/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RAFAEL FOLADOR STRANO - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCELO DE SOUZA DIORIO
CORRÉU : JOÃO FERREIRA DE OLIVEIRA

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, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.