



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 462.108 - SP (2018/0192850-1)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : ANDRÉA PERENCIN DE ARRUDA RIBEIRO RIOS
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSE LUIZ BARBOSA SILVA
PACIENTE : JOSEVALDO SOARES DA SILVA

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. INCIDÊNCIA DE DUAS MAJORANTES. AUMENTO DA PENA NA FRAÇÃO DE 3/8 (TRÊS OITAVO). POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CONTINUIDADE DELITIVA. NÚMERO DE INFRAÇÕES. FRAÇÃO DE AUMENTO DESPROPORCIONAL. **WRIT** NÃO CONHECIDO. **ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO**.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, “o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita” (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves**, DJU de 11/4/2005).

III - **In casu**, a pena foi exasperada na fração de 3/8 (**três oitavos**) com base na gravidade concreta do delito perpetrado pelos pacientes, que, para concretizarem a subtração **pressionaram a arma de fogo na barriga das vítimas tendo suas integridades físicas expostas a um elevado risco** (fls. 10-11), restando, assim, devidamente justificado o patamar fixado pelas instâncias ordinárias.

V - Esta Corte Superior firmou a compreensão de que a fração de aumento no crime continuado é determinada em função da quantidade de delitos cometidos, vale dizer, a majoração tem, aí, como referencial, o número de infrações. Assim, praticadas **duas infrações penais por cada paciente**, deve o aumento, em decorrência da continuidade delitiva, ser de 1/6 (**um sexto**), e não de 1/2 (metade), como fez o e. Tribunal **a quo**, quando do julgamento da apelação. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido. Ordem **concedida de ofício** para estabelecer



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a fração de 1/6 (um sexto), em razão da continuidade delitiva, e fixar as penas dos pacientes no patamar definitivo de 7 (sete) anos, 5 (cinco) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, e pagamento de 15 (quinze) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de outubro de 2018 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 462.108 - SP (2018/0192850-1)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : ANDRÉA PERENCIN DE ARRUDA RIBEIRO RIOS
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSE LUIZ BARBOSA SILVA
PACIENTE : JOSEVALDO SOARES DA SILVA

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, sem pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública estadual em favor de JOSE LUIZ BARBOSA SILVA e JOSEVALDO SOARES DA SILVA, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da apelação criminal n. 0066881-47.2016.8.26.0050.

Depreende-se dos autos que os pacientes foram condenado, em primeira instância, às penas de 11 (onze) anos, 10 (dez) meses e 6 (seis) dias de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 34 (trinta e quatro) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, incisos I e II, duas vezes, na forma do art. 71, todos do Código Penal (fls. 15-28).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, deu parcial provimento ao apelo defensivo para reduzir a reprimenda dos pacientes para 9 (nove) anos, 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 22 (vinte e dois) dias-multa, em v. acórdão assim ementado:

"Apelação. Sentença que condenou os réus pela prática de crimes de roubo majorados pelo emprego de arma e concurso de agentes, por duas vezes, em continuidade delitiva. Recurso da defesa.

1. Quadro probatório suficiente para firmar a condenação dos réus pelos delitos de roubo. Autoria e materialidade comprovadas.

*2. Não configuração da participação de menor importância.
3. Evidenciadas as causas de aumento relativas ao emprego de arma e concurso de agentes. 4. Sanções que comportam diminuição. Recurso parcialmente provido" (fl. 30).*

Dai o presente **writ**, onde a impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal no acréscimo aplicado em razão de duas causas de aumento de pena do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crime de roubo, em recurso exclusivo da defesa e sem motivação idônea, bem como ao estabelecer o acréscimo à razão de metade pela continuidade delitiva com amparo em circunstâncias elementares do próprio crime de roubo duplamente agravado.

Para tanto, sustenta, que: *"[...] multiplicidade de causas de aumento, deve remanescer no limite mínimo de um terço o acréscimo da pena, a menos que evidências concretas - não matemáticas, que são, por definição, absolutamente abstratas -, imponham a opção de quantidade mais expressiva, em exercício que leva à plena e correta individualização da pena"* (fl. 5).

Afirma, por isso, que: *"[...] decisão proferida pelo Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo lançou mão apenas da duplicidade das causas de aumento para justificar o acréscimo, não apontando fatores concretos aptos a ensejar a maior reprovabilidade"* (fl. 5).

Por fim, assevera, que: *"[...] seja aplicado o acréscimo mínimo previsto no artigo 71 do Código Penal, eis que, ainda que seja prevista a apreciação das condições judiciais na eleição da proporção de aumento devida, a opção pela gravosa proporção de metade se deu com base em circunstâncias próprias do roubo duplamente agravado, circunstância que enseja odioso bis in idem"* (fl. 7).

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja aplicada a fração mínima legal de 1/3 (um terço) em razão da presença das majorantes do crime de roubo, bem como o acréscimo, pela continuidade delitiva, conforme a regra prevista no **caput** do art. 71 do Código Penal.

Não houve pedido liminar.

Informações prestadas às fls. 85-86 e 88-89.

O Ministério Público Federal, às fls. 91-100, manifestou-se pela extinção do **writ** sem resolução de mérito ou pela denegação da ordem, em parecer assim ementado:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADMISSIBILIDADE. DIREITO PENAL. ROUBO MAJORADO (ART. 157, § 2º, I E II, DO CP). REVISÃO DA DOSIMETRIA APLICADA. INVIABILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROBATÓRIO INCOMPATÍVEL COM A VIA ELEITA. REVISÃO DOS CRITÉRIOS ADOTADOS PELO JUÍZO SENTENCIANTE EM SEDE DE APELAÇÃO. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. NÃO AGRAVAMENTO DA PENA DEFINITIVAMENTE IMPOSTA. POSSIBILIDADE. DUAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA (EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES). DELITOS COMETIDOS PELOS PACIENTES MEDIANTE GRAVE AMEAÇA, EM COMPARSARIA E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. ELEMENTOS CONCRETOS QUE REVELAM MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA PERPETRADA. MAJORAÇÃO EM 3/8 (TRÊS OITAVOS), NA TERCEIRA FASE, DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DO STJ. NÃO APLICAÇÃO. CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA. REGRA DO ART. 71, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP. OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS. AUMENTO PROPORCIONAL. PARECER PELA EXTINÇÃO DO WRIT SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO OU PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM" (fl. 91).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 462.108 - SP (2018/0192850-1)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : ANDRÉA PERENCIN DE ARRUDA RIBEIRO RIOS
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSE LUIZ BARBOSA SILVA
PACIENTE : JOSEVALDO SOARES DA SILVA

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS**
SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO
CABIMENTO. ROUBO MAJORADO.
DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. INCIDÊNCIA
DE DUAS MAJORANTES. AUMENTO DA PENA
NA FRAÇÃO DE 3/8 (TRÊS OITAVO).
POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO
CONCRETA. CONTINUIDADE DELITIVA.
NÚMERO DE INFRAÇÕES. FRAÇÃO DE
AUMENTO DESPROPORCIONAL. **WRIT** NÃO
CONHECIDO. **ORDEM CONCEDIDA DE
OFÍCIO.**

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, “o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita” (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves**, DJU de 11/4/2005).

III - **In casu**, a pena foi exasperada na fração de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3/8 (três oitavos) com base na gravidade concreta do delito perpetrado pelos pacientes, que, para concretizarem a subtração **pressionaram a arma de fogo na barriga das vítimas tendo suas integridades físicas expostas a um elevado risco** (fls. 10-11), restando, assim, devidamente justificado o patamar fixado pelas instâncias ordinárias.

V - Esta Corte Superior firmou a compreensão de que a fração de aumento no crime continuado é determinada em função da quantidade de delitos cometidos, vale dizer, a majoração tem, aí, como referencial, o número de infrações. Assim, praticadas **duas infrações penais por cada paciente**, deve o aumento, em decorrência da continuidade delitiva, ser de **1/6 (um sexto)**, e não de 1/2 (metade), como fez o e. Tribunal **a quo**, quando do julgamento da apelação. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido. Ordem **concedida de ofício** para estabelecer a fração de 1/6 (um sexto), em razão da continuidade delitiva, e fixar as penas dos pacientes no patamar definitivo de 7 (sete) anos, 5 (cinco) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, e pagamento de 15 (quinze) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Insta consignar, inicialmente, que a Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Como relatado, busca-se na presente impetração a aplicação da fração mínima legal de 1/3 (um terço) em razão da presença das majorantes do crime de roubo, bem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

como o acréscimo, pela continuidade delitiva, conforme a regra prevista no **caput** do art. 71 do Código Penal.

Inicialmente, cumpre asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, “o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita” (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves**, DJU de 11/4/2005).

Transcrevo, para melhor delimitar a **quaestio**, os seguintes trechos do v. acórdão impugnado quanto ao tema:

"7.1. Primeira fase

As penas-base foram fixadas no mínimo legal 4 anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa, para cada um dos delitos de ambos os acusados.

7.2. Segunda fase

Na segunda fase, observa-se que ambos os réus são reincidentes (fls. 318 Josevaldo; fls. 226/228 - José Luiz), o que enseja o aumento das reprimendas. No entanto, mais razoável, na linha do que tem entendido a Câmara, o aumento de 1/6, o que redundaria nas penas de 4 anos e 8 meses de reclusão e pagamento de 11 dias-multa.

Anota-se que o acusado José Luiz confessou a prática do crime relativo ao Iphone 6 (vítima protegida nº 2). Assim sendo, quanto a este crime, o caso é de compensação integral entre as circunstâncias atenuante da reincidência e da confissão, de sorte que a sanção não sofre reparo (permanecendo, então, em 4 anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa).

7.3. Terceira fase

Na terceira fase, por conta do reconhecimento das causas de aumento de pena referente ao emprego de arma e concurso de agentes, a reprimenda deve sofrer elevação no percentual de 3/8. Afinal, os crimes foram praticados com a utilização de uma arma de fogo e não qualquer arma, de sorte que a integridade física das vítimas (uma delas mulher) esteve exposta a um elevado risco.

Cuida-se de circunstância concreta que aumenta o grau de censurabilidade da conduta, a justificar o incremento acima do mínimo legal. O que enseja penas de: (i) 6 anos e 5 meses de reclusão e pagamento de 15 dias-multa, para o corréu Josevaldo, em relação a cada um dos delitos; (ii) 6 anos e 5 meses de reclusão e pagamento de 15 dias- multa (primeiro delito) e 5 anos e 6 meses de reclusão e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pagamento de 13 dias-multa (segundo delito), no tocante ao corréu José Luiz.

Ainda nesta etapa, diante da continuidade delitiva, a hipótese é de aplicação da regra prevista no artigo 71, par. único, do Código Penal. Considerando que os roubos são duplamente majorados, com emprego de arma de fogo, o caso é de aplicação de aumento na metade sobre uma das reprimendas (quanto ao acusado Josevaldo) e da sanção mais elevada, no que toca a José Luiz.

Com efeito, no caso de crime continuado qualificado (artigo 71, par. único, do Código Penal), o percentual de aumento de pena deve ser pautado por critérios objetivos número de delito e subjetivos (antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos e circunstâncias do crime), conforme já o decidiu o Superior Tribunal de Justiça (HC nº 128.297, rel. Min. Felix Fischer; HC nº 69.779, rel. Min. Gilson Dipp; REsp nº 38.462, rel. Min. Anselmo Santiago). Deveras, “a majoração da pena decorrente do reconhecimento do crime continuado específico (artigo 71, parágrafo único do CP) difere da forma de cálculo aplicada à continuidade delitiva simples (caput do meso dispositivo legal) que decorre diretamente do número de infrações praticadas -, devendo o Magistrado levar em consideração na fixação do acréscimo as circunstâncias judiciais para aumentar a pena do crime mais grave até o triplo, respeitados os limite do art. 70, parágrafo único do art. 75, ambos do Código Penal” (STJ, HC nº 127.463, rel. Min. Marilza Maynard).

Isto significa penas definitivas de 9 anos, 7 meses e 15 dias de reclusão e pagamento de 22 dias-multa, para ambos os réus.

Registre-se que, no caso de crime continuado, não se aplica a regra estampada no artigo 72, do Código Penal, de sorte que a fixação da pena de multa segue o mesmo critério da pena privativa de liberdade, observando os ditames do artigo 71, do Código Penal (STJ, HC nº 221.782, rel. Min. Vasco Della Giustina; REsp nº 909.327, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura; HC nº 120.522, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho). Conferir, nesta linha: GUILHERME DE SOUZA NUCCI, Código Penal Comentado, RT, 13ª edição, pág. 508.

Por sua vez, os crimes foram cometidos na via pública, por dois agentes, utilizando-se de arma de fogo (e não qualquer arma), circunstâncias concretas a traduzir um acentuado grau de culpabilidade da conduta, o que, ajuntado à reincidência dos réus, impedem a fixação de regime mais brando do que fechado” (fls. 41-43, grifei).

Nos termos da Súmula n. 443/STJ, “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”.

Na hipótese, a pena foi exasperada na fração de 3/8 (três oitavos) com base na gravidade concreta do delito perpetrado pelos pacientes, que, para concretizarem a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

subtração **pressionaram a arma de fogo na barriga das vítimas tendo suas integridades físicas expostas a um elevado risco** (fls. 10-11), restando, assim, devidamente justificado o patamar fixado pelas instâncias ordinárias.

Nesse sentido os seguintes precedentes desta Corte Superior:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. AUMENTO DA FRAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTO CONCRETO. NÚMERO RAZOÁVEL DE AGENTES COM A LIBERDADE CERCEADA. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. SUPLEMENTAÇÃO NA DOSIMETRIA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. AMPLITUDE DO EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Nos termos da Súmula 443/STJ, 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.

2. **O número razoável de pessoas que tiveram a liberdade cerceada pelos agentes denota maior reprovabilidade da conduta, autorizando o estabelecimento de fração superior à mínima legal, na terceira fase da dosimetria da pena.**

3. Consoante orientação jurisprudencial desta Corte, admite-se ao Tribunal, em decorrência da amplitude do efeito devolutivo da apelação, rever as considerações e suplementar a fundamentação na dosimetria da pena, desde que não agravada a pena do réu.

4. *Agravo regimental improvido"* (AgRg no HC n. 279.406/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 9/2/2017 - grifei).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO MAJORADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS QUE EXTRAVASAM O TIPO. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DO STJ. NÃO APLICAÇÃO. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

5. Nos termos do disposto no enunciado n. 443 da Súmula



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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".

6. Na hipótese, o aumento da pena em fração superior ao mínimo, em razão da incidência de duas majorantes, decorreu de peculiaridades concretas do crime - três agentes envolvidos na empreitada criminosa, com emprego de arma de fogo. Em tais condições, fica afastada a aplicação do enunciado n. 443 da Súmula desta Corte.

[...]

9. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 324.495/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/12/2016 - grifei).

Ainda, a defesa aduz a ocorrência de flagrante ilegalidade na terceira etapa da dosimetria da pena, sob a premissa de que não houve fundamentação idônea a lastrear a fração de 1/2 (metade), estabelecida em relação à causa de aumento capitulada no art. 71, parágrafo único, do Código Penal (continuidade delitiva).

Ressalto, por oportuno, que o entendimento deste Tribunal sobre a questão é no sentido de que, em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplica-se a fração de aumento de **1/6 pela prática de 2 infrações**; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; **1/2, para 6 infrações**; e 2/3, para 7 ou mais infrações (HC n. 286.286/MA, HC n. 265.385/SP).

Acerca da controvérsia, o eg. Tribunal de origem consignou:

*"Ainda nesta etapa, diante da continuidade delitiva, a hipótese é de aplicação da regra prevista no artigo 71, par. único, do Código Penal. **Considerando que os roubos são duplamente majorados, com emprego de arma de fogo, o caso é de aplicação de aumento na metade sobre uma das reprimendas** (quanto ao acusado Josevaldo) e da sanção mais elevada, no que toca a José Luiz".*

No ponto, reitero, que esta Corte Superior firmou a compreensão de que a fração de aumento no crime continuado é determinada em função da quantidade de delitos cometidos, vale dizer, a majoração tem, aí, como referencial, o número de infrações. Não fica a critério vago, insusceptível de controle recursal, do denominado arbítrio judicial. Este, aliás, só pode ser entendido como concreto e juridicamente amparado. Nunca como **convicção**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

íntima ou, **in extremis**, satisfação pessoal. A fixação da pena exige individualização fundamentada (legalmente alicerçada), **garantia individual** (art. 5º, inciso XLVI da **Lex Maxima**) e, simultaneamente, **dever funcional do julgador** (arts. 59 a 68 do CP e 381, e segts., do CPP).

Nesse diapasão, praticadas **duas infrações penais por cada paciente**, deve o aumento, em decorrência da continuidade delitiva, ser de **1/6 (um sexto)**, e não de 1/2 (metade), como fez o e. Tribunal **a quo**, quando do julgamento da apelação.

Sobre o tema:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBOS TRIPLAMENTE CIRCUNSTANCIADOS E DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADOS. DOSIMETRIA. CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA. QUANTUM DE AUMENTO. OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS. NÚMERO DE INFRAÇÕES COMETIDAS E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. AUMENTO PROPORCIONAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A fração de aumento pela continuidade delitiva específica, prevista no art. 71, parágrafo único, do Código Penal, pressupõe a análise de requisitos objetivos, extraídos da quantidade de crimes praticados, e subjetivos, estes consistentes na análise da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social, da personalidade do agente, dos motivos e das circunstâncias do crime. Assim, presentes ambos os requisitos de natureza objetiva e subjetiva, a regra da continuidade delitiva específica ou qualificada, diferentemente da continuidade delitiva comum ou simples - capitulada no caput do mesmo artigo, cujo aumento varia de 1/6 à metade -, permite o aumento das penas até o triplo.

2. Hipótese em que as penas dos pacientes foram aumentadas em 2/3 com base no número de infrações e na existência de circunstância judicial desfavorável, revelando-se proporcional e adequado o incremento realizado na origem.

3. Agravo regimental improvido" (AgRg no HC n. 405.582/SC, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 29/8/2018).

"RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONTINUIDADE DELITIVA. NÚMERO DE INFRAÇÕES. INEXATIDÃO. PERCENTUAL DE AUMENTO. PRÁTICA REITERADA E CONSTANTE. PATAMAR MÁXIMO. LEGITIMIDADE. PRECEDENTES.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Hipótese em que o TJGO, sob o pretexto de que haveria inexatidão acerca da quantidade de vezes em que se deu a violência sexual contra o menor, aplicou o percentual mínimo de aumento pelo crime continuado.

2. Ocorre que da prova oral analisada tanto pelo juízo primevo quanto pelo Tribunal estadual se infere que as ações se repetiram por cerca de 30 vezes, num espaço de tempo de aproximadamente 6 meses, não se sustentando a afirmada inexatidão acerca das condutas criminosas perpetradas.

3. Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que a exasperação da pena pela continuidade delitiva será determinada, essencialmente, pelo número de infrações penais praticadas, no intervalo compreendido entre 1/6 a 2/3. Para tanto, deve-se aplicar 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações; e 2/3, para 7 ou mais infrações.

4. Nos casos de crimes sexuais envolvendo vulneráveis, em que nem sempre o número de infrações é obtido com exatidão, este Tribunal também já se posicionou no sentido de que esta imprecisão não legitima a imposição do aumento da pena em seu patamar mínimo, especialmente nos casos em que as práticas sexuais abusivas foram perpetradas de forma reiterada e com certa constância.

5. Imposição da fração máxima prevista que se justifica no caso concreto, tendo em vista a confirmação, através da prova oral produzida em regular contraditório - especialmente a palavra da vítima -, no sentido de que foram cerca de trinta os abusos sexuais cometidos pelo denunciado, número de condutas este que ultrapassa em muito aquele apto a legitimar o aumento máximo estipulado no art. 71, do Código Penal.

6. Recurso provido" (REsp n. 1.732.778/GO, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 22/8/2018).

Ante o exposto, não conheço do presente **habeas corpus**.

Contudo, **concedo a ordem de ofício**, para estabelecer a fração de 1/6 (um sexto), em razão da continuidade delitiva, e fixar as penas dos pacientes no patamar definitivo de 7 (sete) anos, 5 (cinco) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, e pagamento de 15 (quinze) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0192850-1

HC 462.108 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00668814720168260050 20180000348281 668814720168260050

EM MESA

JULGADO: 04/10/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	ANDRÉA PERENCIN DE ARRUDA RIBEIRO RIOS DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	JOSE LUIZ BARBOSA SILVA
PACIENTE	:	JOSEVALDO SOARES DA SILVA

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

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.