



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 159.402 - SP (2010/0005585-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : MARCUS VINICIUS RIBEIRO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROBERTO LUIZ RODRIGUES
PACIENTE : DIEGO LUIZ SILVESTRE PRUDENTE DA SILVA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 157, § 2.º, I E II, DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA. (1) *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. (2) PENA-BASE. ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. FEITOS EM CURSO. SÚMULA 444 DO STJ. (3) CAUSAS DE AUMENTO. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DO NÚMERO DE MAJORANTES. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 443 DO STJ. (4) CONTINUIDADE DELITIVA. DOIS CRIMES. AUMENTO DE UM TERÇO. ILEGALIDADE FLAGRANTE. CRITÉRIO. NÚMERO DE INFRAÇÕES. (5) *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA 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. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus*. Na espécie, contudo, foi exasperada a pena-base em razão da circunstância judicial relativa aos antecedentes. Todavia, a exasperação cifrada em feitos criminais em curso esbarra no princípio da desconsideração prévia de culpabilidade, entendimento, aliás, constante do Enunciado Sumular n.º 444 desta Casa de Justiça.

3. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, a majoração da pena acima do mínimo legal - 1/3 (um terço) - requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de causas de aumento de pena presentes no caso em análise. Súmula n.º 443 desta Corte.

4. Há flagrante ilegalidade a ser sanada de ofício se, em decorrência do cometimento de dois crimes, em continuidade delitiva, o magistrado acresceu a sanção de 1/2 (metade). Nos termos da jurisprudência desta Corte, tal aumento deve se dar de acordo com o número de infrações, definindo-se o patamar mínimo, de 1/6 (um sexto), para a hipótese de dois delitos.

5. *Habeas corpus* não conhecido. **Ordem concedida, de ofício**, a fim de reduzir o *quantum* da pena do paciente Roberto para 7 (sete) anos, 3 (três) meses e 3 (três) dias de reclusão, mais o pagamento de 17 (dezesete) dias-multa, bem como para reduzir a pena do paciente Diego para 8 (oito) anos, 5 (cinco) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, e pagamento de 18 (dezoito) dias-multa, referente aos autos n.º 050.07.066244-4, da 7.ª Vara



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Criminal da Comarca da Capital/SP, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão.

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: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Senhora Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 07 de maio de 2013(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 159.402 - SP (2010/0005585-9)

RELATORA : **MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**
IMPETRANTE : **MARCUS VINICIUS RIBEIRO - DEFENSOR PÚBLICO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **ROBERTO LUIZ RODRIGUES**
PACIENTE : **DIEGO LUIZ SILVESTRE PRUDENTE DA SILVA**

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado por Defensor Público em favor de ROBERTO LUIZ RODRIGUES e DIEGO LUIZ SILVESTRE PRUDENTE DA SILVA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 993.08.018.845-9).

Consta dos autos que os pacientes foram condenados pela prática do crime tipificado no art. 157, § 2.º, I e II, c.c. arts. 70 e 71, por duas vezes, do Código Penal, sendo que Roberto foi condenado à pena de 9 (nove) anos, 11 (onze) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão, e Diego à pena de 11 (onze) anos, 7 (sete) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, ambos em regime inicial fechado, nestes termos:

DIEGO LUIZ SILVESTRE PRUDENTE DA SILVA e ROBERTO LUIZ RODRIGUES, qualificados nos autos, foram denunciados como incursos no artigo 157, parágrafo 2º, incisos I e II, c.c. artigo 70, por duas vezes, na forma do artigo 69, todos do Código Penal, porque, por volta das 20 horas do dia 25 de julho de 2007, na Rua Horácio Alves da Costa, 461, Jardim Nosso Lar, nesta cidade e comarca, previamente ajustados e com unidade de desígnios, subtraíram para eles, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, o veículo Renault/Clio, ano 2000, cor preta, placas DCC-2713/São Paulo, bem como cartões bancários e documentos pessoais pertencentes a Betânia Freire Santana, além de cartões bancários e pessoais pertencentes a Maria Novais Freire.

Consta ainda, da denúncia, que na mesma data, por volta das 21h40, na Rua Domiciano Leite Ribeiro, 150, nesta cidade e comarca, os acusados, agindo em concurso e com unidade de desígnios, subtraíram para eles, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, o veículo GM/Corsa Wind, ano 1996, cor vermelha, placas HVE-8092, e o relógio de pulso, marca Cassio, pertencentes a Victor Hugo Boscarior Ferreira assim como o aparelho celular marca Samsung e a quantia de R\$55,00, pertencentes a Leandro Getúlio Fernandes da Silva (fls. 01/d-03d). (...)

Primeiro para o réu Diego.

O réu já foi condenado por delito de roubo majorado, por sentença ainda não transitada em julgado (fls. 127), não lhe sendo inteiramente favoráveis as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, já que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

demonstra vida propensa à prática de crimes, motivo pelo qual fixo a pena-base em 1/6 acima do mínimo legal, a saber, em 4 anos e 8 meses de reclusão e 11 dias-multa.

Na segunda fase da dosimetria penal a pena será aumentada de mais 1/6, em face da reincidência do réu (fls. 84), atingindo 5 anos, 5 meses e 10 dias, e 12 dias-multa.

Na terceira fase, incidirão as causas de aumento de pena previstas nos incisos I e II do § 2º, do art.157 do Código Penal, de sorte que a pena será majorada em 3/8 (três oitavos) e alcançará 7 anos, 5 meses e 25 dias, e 16 dias-multa. (...)

Como está patente o concurso ideal (art.70 do Cód. Penal) entre os roubos, e como os crimes foram 02 (dois), em cada uma das ações praticadas pelos réus, a pena supra será majorada em 1/6 (sexta parte), alcançando 8 anos, 8 meses e 24 dias de reclusão, e 18 dias-multa.

Considerando o reconhecimento do crime continuado, vez que após roubarem duas vítimas no veículo Clio, os réus prosseguiram em seu intento criminoso e roubaram duas outras vítimas no veículo Corsa, a pena será majorada de mais 1/3, na forma do artigo 71 do Código Penal, atingindo 11 anos, 7 meses e 22 dias de reclusão e 24 dias-multa. O índice de aumento justifica-se por se tratar de crimes dolosos, cometidos contra vítimas diversas mediante grave ameaça.

Não havendo outras circunstâncias modificadoras, torno definitiva a pena supra.

Agora para o réu Roberto.

À semelhança do réu Diego, o réu Roberto já foi condenado por delito de roubo majorado, por sentença ainda não transitada em julgado (fls. 55), não lhe sendo inteiramente favoráveis as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, já que demonstra vida propensa à prática de crimes, motivo pelo qual fixo a pena-base em 1/6 acima do mínimo legal, a saber, em 4 anos e 8 meses de reclusão e 11 dias-multa.

Na segunda fase da dosimetria penal não há agravantes ou atenuantes a serem consideradas.

Na terceira fase, incidirão as causas de aumento de pena previstas nos incisos I e II do § 2º, do art.157 do Código Penal, de sorte que a pena será majorada em 3/8 (três oitavos), consoante os critérios acima expostos, e alcançará 6 anos e 5 meses de reclusão e 15 dias-multa.

Evidenciado o concurso ideal (art.70 do Cód. Penal) entre os roubos, e como os crimes foram 02 (dois), em cada uma das ações praticadas pelos réus, a pena supra será majorada em 1/6 (sexta parte), alcançando 7 anos, 5 meses e 25 dias de reclusão e 17 dias-multa.

Considerando o reconhecimento do crime continuado, vez que após roubarem duas vítimas no veículo Clio, os réus prosseguiram em seu intento criminoso e roubaram duas outras vítimas no veículo Corsa, a pena será majorada de mais 1/3, na forma do artigo 71 do Código Penal, atingindo 9 anos, 11 meses e 23 dias de reclusão e 22 dias-multa. O índice de aumento justifica-se por se tratar de crimes dolosos, cometidos contra vítimas diversas, mediante grave ameaça.

Não havendo outras circunstâncias modificadoras, torno definitivas as penas supra.

O valor de cada dia-multa será o mínimo legal, para ambos os réus, ante a ausência de elementos acerca dos ganhos efetivos dos acusados.

Nos termos do art. 33, § 2.º, alínea "a", c/c art. 33, § 3.º, c/c 59,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

todos do Código Penal e à luz do art. 110 da Lei 7210/84, o regime inicial de cumprimento das penas privativas de liberdade será p fechado, para ambos os réus. (...)

Ademais, tal regime de cumprimento de pena privativa de liberdade justifica-se ante a gravidade dos delitos cometidos pelos réus, em especial ante o fato de tratar-se de roubos praticados em face de quatro vítimas em concurso de pessoas e com o emprego de arma de fogo, meio executório este que implicou numa maior exposição das vítimas ao perigo real, já que o emprego de arma ensejou uma maior probabilidade de dano contra a pessoa.

Doutra parte, as personalidades dos réus voltadas à criminalidade, bem como a reincidência do réu Diego indicam que a convivência deles no meio aberto equívale a perigo para a sociedade.

Ante O exposto, JULGO PROCEDENTE A AÇÃO PENAL, para:

a) CONDENAR DIEGO LUIZ SILVESTRE PRUDENTE DA SILVA, filho de Luiz Antonio Prudente da Silva e Silvana Silvestre da Silva, como incurso no artigo 157, §2º, incisos I e II, c.c. artigos 70 e 71, por duas vezes, todos do Código Penal, à pena de 11 (onze) anos, 7 (sete) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, no regime inicial fechado, mais o pagamento de 24 (vinte e quatro) dias-multa, cada qual fixado no valor mínimo legal, reajustado quando da execução, e desde a prática delituosa;

b) CONDENAR ROBERTO LUIZ RODRIGUES, filho de José Aparecido Rodrigues e Edjane Fonte da Silva Rodrigues, como incurso no artigo 157, §2º, incisos I e II, c.c. artigos 70 e 71, por duas vezes, todos do Código Penal, à pena de 9 (nove) anos, 11 (onze) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão, no regime inicial fechado, mais o pagamento de 22 (vinte e dois) dias-multa, cada qual fixado no valor mínimo legal, reajustado quando da execução, e desde a prática delituosa; (fls. 53-65).

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso, *verbis*:

O concurso de crimes foi bem reconhecido. Em ambos os veículos havia mais de um ocupante, tendo os apelantes subtraído bens pessoais perfeitamente individualizados.

A tese defensiva teria algum sentido tivessem os réus invadido residência e de lá retirado bens que a guarneciam, sem que pudessem individualizar a posse ou propriedade, nunca quando abordam pessoas distintas e delas roubam os bens que possuem.

Foram, inclusive, favorecidos com o reconhecimento do delito continuado, quando o caso dos autos e a situação processual dos réus indicam mera reiteração criminosa, discussão que não se prolonga pela inexistência de recurso ministerial.

Mesmo em relação à fração de aumento pelo delito continuado nada a reparar, pois a hipótese tem previsão legal (artigo 71, parágrafo único, do Código Penal).

Nenhum reparo na consideração feita pela Julgadora de que Diego é portador de maus antecedentes e reincidente, bastando dizer que essas circunstâncias foram baseadas em processos distintos.

O regime inicial de cumprimento das penas privativas de liberdade impostas não poderia ser outro que não o fechado. São réus com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

experiência no sistema prisional, que já deram mostras, segundo eles mesmos informam, de inaptidão a estágio de menor rigor ou benefício. Além do mais, se dispuseram a empunhar arma de fogo na via pública, colocando em risco direito não só vítimas, mas qualquer pessoa que por ali estivesse. Mostraram audácia, frieza e impulsividade sem controle.

Desse modo, respeitado ainda o posicionamento da Procuradoria Geral de Justiça, nega-se provimento ao apelo, mantida a respeitável sentença por seus próprios e bem deduzidos fundamentos. (fls. 41-45).

Daí o presente *mandamus*, no qual o impetrante alega que a pena-base do paciente Roberto foi fixada acima do mínimo legal, em razão de condenação em processo sem trânsito em julgado.

Assere que a pena-base do paciente Diego também foi fixada acima do mínimo legal, diante de condenação em processo sem trânsito em julgado, tendo sido reconhecida a reincidência.

Pontua que no caso de Diego "reconhecer o fato de ter outros processos para o estabelecimento da pena-base acima do mínimo, e, ao mesmo tempo, para aumentar a pena em razão da agravante é *bis in idem*. Acrescenta que a reincidência foi novamente considerada para justificar a imposição do regime fechado. Invoca a Súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça.

Assevera que a pena dos paciente foi elevada em 3/8, diante da causa de aumento, tendo em vista a presença de duas majorantes, sem que tenha havido justificativa idônea.

Destaca que o próprio Ministério Público, em segunda instância, afirmou que não houve elevado número de agentes, nem emprego de armas de excepcional potencial ofensivo.

Ressalta que não houve motivação idônea capaz de justificar o aumento de 1/3 da pena pela continuidade delitiva, uma vez que não há como considerar o seguinte trecho da sentença como justificativa plausível: "por se tratar de crimes dolosos, cometidos contra vítimas diversas, mediante grave ameaça". (fl. 7).

Requer a diminuição das sanções penais, aplicando corretamente o sistema trifásico de aplicação da pena.

As informações foram juntadas às fls. 50-85 e 101-120.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 87-91, da lavra do Subprocurador-Geral da República Brasilino Pereira dos Santos, opinando pela parcial concessão da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 159.402 - SP (2010/0005585-9)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 157, § 2.º, I E II, DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA. (1) *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. (2) PENA-BASE. ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. FEITOS EM CURSO. SÚMULA 444 DO STJ. (3) CAUSAS DE AUMENTO. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DO NÚMERO DE MAJORANTES. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 443 DO STJ. (4) CONTINUIDADE DELITIVA. DOIS CRIMES. AUMENTO DE UM TERÇO. ILEGALIDADE FLAGRANTE. CRITÉRIO. NÚMERO DE INFRAÇÕES. (5) *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA 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. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus*. Na espécie, contudo, foi exasperada a pena-base em razão da circunstância judicial relativa aos antecedentes. Todavia, a exasperação cifrada em feitos criminais em curso esbarra no princípio da desconsideração prévia de culpabilidade, entendimento, aliás, constante do Enunciado Sumular n.º 444 desta Casa de Justiça.

3. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, a majoração da pena acima do mínimo legal - 1/3 (um terço) - requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de causas de aumento de pena presentes no caso em análise. Súmula n.º 443 desta Corte.

4. Há flagrante ilegalidade a ser sanada de ofício se, em decorrência do cometimento de dois crimes, em continuidade delitiva, o magistrado acresceu a sanção de 1/2 (metade). Nos termos da jurisprudência desta Corte, tal aumento deve se dar de acordo com o número de infrações, definindo-se o patamar mínimo, de 1/6 (um sexto), para a hipótese de dois delitos.

5. *Habeas corpus* não conhecido. **Ordem concedida, de ofício**, a fim de reduzir o *quantum* da pena do paciente Roberto para 7 (sete) anos, 3 (três) meses e 3 (três) dias de reclusão, mais o pagamento de 17 (dezessete) dias-multa, bem como para reduzir a pena do paciente Diego para 8 (oito) anos, 5 (cinco) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, e pagamento de 18 (dezoito) dias-multa, referente aos autos n.º 050.07.066244-4, da 7.ª Vara Criminal da Comarca da Capital/SP, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

De início, cumpre registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

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 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do Resp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

No tocante ao paciente Roberto, verifica-se que o pleito merece guarida.

Cumpre deixar assentado, preliminarmente, que se vem firmando na jurisprudência dos Tribunais Superiores a convicção de que o *habeas corpus* não seria a via apropriada para a discussão da dosimetria da pena, quando há a necessidade de mergulho em dados fáticos. Nesse sentido:

HC e Ponderação de Circunstâncias Judiciais - 1

O *habeas corpus* não se presta para ponderar, em concreto, a suficiência das circunstâncias judiciais invocadas pelas instâncias de mérito para a majoração da pena. Com base nesse entendimento, a Turma, por maioria, indeferiu *habeas corpus* em que se alegava a ausência de indicação de elementos concretos que justificassem a fixação, acima do mínimo legal, da pena imposta à paciente. Sustentava a impetração, também, equívoco no reconhecimento de circunstância elementar do tipo como agravante (CP, art. 61, II, g). No caso, a paciente fora condenada às penas do art. 171, *caput* (2 vezes), e § 3º, c/c os artigos 61, II, g e 71, *caput*, todos do CP, por haver, na condição de prestadora de serviços em estabelecimento bancário, subtraído vultosa importância em dinheiro. O juízo sentenciante



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reputara como motivo do crime a obtenção de lucro fácil em detrimento do patrimônio alheio e informara que as consequências do delito não seriam favoráveis à paciente, uma vez que os prejuízos não foram integralmente ressarcidos. Contra essa decisão, a defesa apelara, sendo seu recurso parcialmente provido para excluir a causa de aumento prevista no § 3º do art. 171 do CP, readequar a pena e fixar o regime prisional aberto. Na sequência, interpusera recurso especial, inadmitido, o que ensejara agravo de instrumento acolhido para reduzir o acréscimo aplicado ao crime continuado e, dessa forma, substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

(...)

Considerou-se, na espécie, que houvera a indicação de fatos concretos e, em tese, válidos para a majoração impugnada, especialmente pela culpabilidade da paciente em razão da reprovabilidade de sua conduta e das consequências do crime (CP, art. 59), não se mostrando juridicamente desproporcional a fixação da pena-base em 2 anos de reclusão. Ademais, ressaltou-se orientação da Turma no sentido de que as circunstâncias e consequências do crime permitem mensurar o grau de culpabilidade da conduta. Por fim, afirmou-se que, para a pena-base ser estabelecida no mínimo legal e ser afastada a circunstância agravante prevista no art. 61, II, g, do CP, nos termos dos pedidos formulados pela impetração, far-se-ia necessário profundo revolvimento de fatos e provas, incabível na sede eleita. Vencido o Min. Carlos Britto que deferia parcialmente a ordem para determinar que o juiz refizesse a pena-base, dela excluindo a motivação do ganho fácil.

HC 97677/PR, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009. (Informativo 561, 7 de outubro de 2009)

Assim, a correção da reprimenda penal nesta sede é extraordinária, como já registrei:

Na apreciação das condenações em que se apuram vícios de fundamentação na individualização da pena, existindo elementos concretos que assim o permitam, o Superior Tribunal de Justiça tem procedido à imediata correção da ilegalidade, redimensionando a pena, ou então substituindo-a por restritiva de direitos (HC 66238/GO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06.12.2007, DJ 19.12.2007 p. 1234; HC 97.374/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06.03.2008, DJ 07.04.2008 p. 1).

(...)

A mencionada opção de se manter a condenação lembra, em alguma medida, a concepção de *capítulos da sentença*, de Cândido Rangel Dinamarco. Segundo o Professor Titular de Direito Processual Civil da USP:

“Assim sintetizadas, as diversas espécies de sentenças são dotadas de estruturas substanciais diferentes porque, enquanto as meramente declaratórias só apresentam um momento lógico (o da declaração), as demais contêm esse e mais um elemento.

(...)

Daí por que se diz que, enquanto as sentenças meramente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

declaratórias são compostas por um núcleo substancial muito simples (só a declaração), as demais contêm outros momentos lógicos além do momento declarativo.

Todas elas são suscetíveis de conter na parte dispositiva mais de um núcleo decisório, repartindo-se pois em *capítulos*. São capítulos da sentença *as partes em que ideologicamente se decompõe o decisório de uma sentença ou acórdão, cada uma delas contendo o julgamento de uma pretensão distinta*. (...) O elegante e riquíssimo tema dos *capítulos da sentença*, pouco desenvolvido na doutrina brasileira, é um fator de grande utilidade para a solução de muitos problemas relativos aos recursos, à nulidade da sentença, à liquidação desta, aos embargos do executado etc." (*Instituições de direito processual civil*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, vol. III, 2004, p. 197-198).

Fazendo-se uma transposição para a sentença penal, a anulação apenas da parte da sentença relativa à individualização da pena corresponderia a deixar íntegro o capítulo materialidade/autoria e entender contaminado aquele relativo à dosimetria.

O Superior Tribunal de Justiça, em situações tais, tem agido de modo a valorizar a garantia do *habeas corpus*, ampliando seu espectro de conhecimento e valorizando o *ius libertatis*. Opta-se por corrigir, desde logo, as distorções na fixação da pena e por escolher o regime inicial mais apropriado para o desconto da reprimenda. (MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis, MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. Motivação da sentença condenatória e o *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça. *Renovação processual penal após a Constituição de 1988: estudos em homenagem ao professor José Barcelos de Souza*. Coord. Marcellus Polastri Lima *et. al.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 221-222).

De fato, pela análise de fls. 106-111, tem-se que os antecedentes mencionados, a fim de incrementar a pena-base, constituem-se de feitos em curso, que se mostram inservíveis a tal fim.

Esse é o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. CONTRABANDO E DESCAMINHO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. PROCESSOS EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Conforme o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, não constituem maus antecedentes processos penais em curso, sentenças condenatórias ainda não transitadas em julgado e indiciamento em inquéritos policiais: 'Em respeito ao princípio estabelecido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, não se considera mau antecedente o processo criminal em curso' (HC-70.967, Relator Ministro Nilson Naves, DJ de 12.11.2007).

2. Agravo regimental a que se nega provimento."

(AgRg no HC 152.478/SP, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2011, DJe 04/04/2011)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"HABEAS CORPUS. HOMICÍDIOS QUALIFICADOS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO ADEQUADA. GRAVIDADE ABSTRATA E CIRCUNSTÂNCIAS INERENTES AO TIPO PENAL. PROCESSOS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO PARA CARACTERIZAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA.

1. A pena-base foi fixada acima do mínimo legal sem a devida fundamentação, em desarmonia com o disposto no artigo 59 do Código Penal, tendo o magistrado apontado a gravidade abstrata do delito e circunstâncias inerentes ao tipo penal para justificar a majoração, contudo, sem indicar qualquer elemento concreto e idôneo para tal fim.

2. O fato de o paciente responder a dois outros processos não é suficiente para demonstrar 'péssimos antecedentes', pois não se admite a utilização de processos sem trânsito em julgado para caracterização desfavorável das circunstâncias judiciais, nos termos da Súmula nº 444 desta Corte.

3. Assim, deve a pena do homicídio consumado ser reduzida ao mínimo legal de 12 anos de reclusão e a do homicídio tentado para 4 anos de reclusão.

4. Reconhecida a continuidade nas instâncias ordinárias, constata-se que ela é mais benéfica ao apenado. Dessa forma, deve a pena mais grave (12 anos de reclusão) ser aumentada em 1/6 - patamar adotado pelo Juiz - fixada a pena definitiva em 14 anos de reclusão.

4. Ordem concedida para reduzir a pena imposta ao paciente para 14 anos de reclusão."

(HC 141.620/MS, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 28/03/2011)

"HABEAS CORPUS. FURTO. CONDENAÇÃO. PENA INFERIOR A UM ANO. REGIME SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA NEGADA. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO SEM TRÂNSITO EM JULGADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. SÚMULA Nº 444/STJ.

1. Hipótese em que o magistrado *a quo* estabeleceu o regime prisional semiaberto e negou a substituição da pena por medida restritiva de direitos por reconhecer os antecedentes criminais do paciente, decorrentes de uma condenação sem trânsito em julgado.

2. Nos termos da jurisprudência pacífica deste Superior Tribunal de Justiça, é vedada a utilização de inquéritos e processos em curso como maus antecedentes, exigindo-se, para tal fim, que haja sentença condenatória transitada em julgado, sob pena de violação do princípio da não culpabilidade. Súmula nº 444/STJ.

3. Ordem concedida para fixar o regime aberto para o desconto da sanção, bem como para substituir a pena corporal por prestação de serviços à comunidade, a ser detalhada pelo Juiz da execução, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão."

(HC 164.883/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 18/08/2010, DJe 06/09/2010)

"PENAL. HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE FURTO. PENA-BASE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXCLUSÃO DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS COMO CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIS EM CURSO. REGIME PRISIONAL MAIS BRANDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE. SURSIS. NÃO-CABIMENTO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. A consideração de maus antecedentes, de inquéritos e processos em andamento, para a exacerbação da pena-base e do regime prisional, viola o princípio da presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII, da CF). Precedentes do STJ.

2. Fixada a pena em 6 meses de reclusão pela prática de delito cometido sem violência ou grave ameaça a pessoa, não havendo notícia de reincidência e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, deve o paciente ser beneficiado com o regime inicial mais brando e com a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito nos termos do art. 44 do Código Penal.

3. Somente é aplicável o *SURSIS* às hipóteses em que não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 do CP (art. 77, III, do Código Penal).

4. Ordem parcialmente concedida para fixar a pena-base do paciente no mínimo legal, mantendo-a no patamar de 6 meses de reclusão no regime aberto e 5 dias-multa, e deferir-lhe o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, cabendo ao Juízo das Execuções Criminais estipular as condições para seu cumprimento."

(HC 140.306/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2009, DJe 16/11/2009)

Mire-se, inclusive, no que dispõe a Súmula n.º 444 deste Tribunal Superior, *in verbis*:

"É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base."

Assim, necessário se faz reparar a dosimetria da pena. Pois bem, reduzo a pena-base para 4 (quatro) anos de reclusão, mais 10 (dez) dias-multa.

No que tange ao *quantum* de acréscimo pelas causas de aumento de pena, é de ver que, na hipótese, houve a exasperação da pena (3/8) acima do mínimo legal - 1/3 (um terço) - apenas em razão da presença de duas causas de aumento.

Com efeito, verifica-se que na sentença condenatória fez-se simples menção à existência das duas majorantes, fixando-se o aumento acima do mínimo legal sem qualquer motivação concreta.

Conforme vem reiteradamente decidindo este Superior Tribunal, em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, a majoração da pena acima do mínimo legal - 1/3 (um terço) - requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, não sendo suficiente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a simples menção ao número de causas de aumento de pena presentes no caso em análise.

Confiram-se, a propósito, os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA EM 3/8 EM RAZÃO DO NÚMERO DE QUALIFICADORAS. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. RÉUS PRIMÁRIOS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA MAIS GRAVE DO QUE O LEGALMENTE PREVISTO. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGOS 33, §§ 2º E 3º, E 59 DO CÓDIGO PENAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. Em se tratando de roubo qualificado por mais de uma circunstância, para a adoção de aumento acima do mínimo legal, faz-se necessária a demonstração de sua necessidade, que não decorre abstratamente do número daquelas causas.

2. Fixada a pena-base no mínimo legal, é inadmissível a estipulação de regime prisional mais rigoroso do que o previsto para a sanção corporal aplicada, não servindo como justificativa tratar-se de crime de roubo, cuja natureza e gravidade recomendariam sua adoção. Ademais, o regime menos gravoso já foi concedido ao co-réu por esta Turma, no julgamento do HC 23.182/SP.

3. *Habeas corpus* concedido para aumentar a sanção de um terço em razão das causas de aumento, estabelecendo a pena dos pacientes em 5 anos e 4 meses de reclusão, a serem descontados no regime semi-aberto." (HC n.º 34.573/SP, Rel. Min. PAULO GALLOTTI, DJ 5/12/2005)

"HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO. EXASPERAÇÃO. CAUSAS DE AUMENTO DA PENA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.

1. A presença de duas causas de aumento de pena no crime de roubo não gera automaticamente a majoração da pena acima do mínimo previsto no artigo 157, § 2º, do CP, necessitando de concreta fundamentação.

2. Ordem concedida de ofício para reduzir o índice de aumento da pena-base para 1/3 (um terço)." (HC n.º 43.423/SP, Rel. Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, DJ 13/3/2006)

"HABEAS CORPUS. ROUBO. INCIDÊNCIA DE TRÊS CAUSAS DE AUMENTO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO VÁLIDA PARA A MAJORAÇÃO DA PENA EM MAIS DE 1/3. MERA MENÇÃO ÀS TRÊS MAJORANTES. REGIME PRISIONAL FECHADO. GRAVIDADE DO CRIME E PERICULOSIDADE DO AGENTE. IMPROPRIEDADE DA FUNDAMENTAÇÃO. PACIENTE PRIMÁRIO E SEM ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. DIREITO AO REGIME SEMI-ABERTO. NOVA SENTENÇA DEVE SER PROFERIDA COM ADEQUADA FUNDAMENTAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A presença de três causas de aumento pode ensejar a majoração da reprimenda além de 1/3, devido ao maior grau de reprovabilidade da conduta do agente, contudo, tal orientação não implica em dizer que a simples presença de tais circunstâncias, isoladamente, justifica a exasperação da pena acima do mínimo previsto, em virtude da necessidade de devida fundamentação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. O critério para a majoração da pena não é a quantidade de causas de aumento incidentes na espécie, mas circunstâncias relacionadas ao caso, sendo que, na hipótese, verifica-se a falta de qualquer dado concreto na sentença sobre o *quantum* a ser majorado, devendo ela ser reformada e uma nova decisão ser proferida com adequada fundamentação.

3. Não obstante reconhecer-se a existência de certa discricionariedade, pelo Julgador, na fixação do regime mais rigoroso, quando existirem motivos de fato e de direito a recomendarem tal providência, necessária se faz a pertinente fundamentação em eventuais circunstâncias desfavoráveis do art. 59 do Código Penal, o que não se vislumbra no presente caso.

4. Se o condenado preenche os requisitos para o cumprimento da pena em regime diverso do estabelecido, pois primário e sem antecedentes, não cabe a imposição de regime mais gravoso com base em fundamentação referente à gravidade do crime e à sua alegada periculosidade, sem amparo em circunstância fática que justifique tal medida.

5. Resta evidenciada a ocorrência de constrangimento ilegal, ante a efetiva ausência de embasamento legal para a majoração da pena em mais de 1/3, bem como no tocante ao regime prisional indevidamente imposto, o que autoriza o devido saneamento via *habeas corpus*.

6. Ordem concedida para reformar a sentença condenatória, e o acórdão que a confirmou, a fim de que nova decisão seja proferida com adequada fundamentação no tocante ao índice de aumento relativo às três qualificadoras do crime de roubo, mantendo-se a condenação, bem como para fixar o regime semi-aberto para o início do cumprimento da reprimenda imposta ao paciente." (HC n.º 72.359/SP, Rel. Desembargadora Convocada JANE SILVA, DJ 15/10/2007)

In casu, conforme já assinalado anteriormente, o Juízo de origem exasperou a pena acima do mínimo legal sem qualquer motivação concreta, razão pela qual a ordem deve ser concedida para que a reprimenda imposta ao paciente seja majorada em apenas 1/3 (um terço).

Ressalte-se que a matéria encontra-se sumulada por esta Corte - Súmula n.º 443 -, *in verbis*:

"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."

Ademais, em decorrência do cometimento de dois crimes, em continuidade delitiva, o magistrado acresceu a sanção de 1/3 (um terço). Todavia, nos termos da jurisprudência desta Corte, tal aumento deve se dar de acordo com o número de infrações, definindo-se o patamar mínimo, de 1/6 (um sexto), quando se tratar de dois delitos.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÊS ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS E UM ROUBO SIMPLES. CONDENAÇÃO. APLICAÇÃO DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 444 DESTA CORTE. CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO DE ACRÉSCIMO. NÚMERO DE INFRAÇÕES COMETIDAS. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. Inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base, seja a título de maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade. Incidência do enunciado n.º 444 da Súmula desta Corte. Precedentes.

2. É firme a jurisprudência dos Tribunais Superiores no sentido de que o aumento operado em face da continuidade delitiva deve levar em conta o número de infrações cometidas. Assim, considerando que, no caso, foram praticados 04 (quatro) delitos de roubo, a exacerbação da pena é devida no patamar de 1/4 (um quarto). Precedentes.

3. Ordem de *habeas corpus* concedida para, mantida a condenação, reformar o acórdão impugnado, no tocante à dosimetria da pena, nos termos explicitados no voto.

(HC 251.165/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2012, DJe 16/11/2012)

PENAL. CORRUPÇÃO PASSIVA. CONTINUIDADE DELITIVA. PERCENTUAL DE AUMENTO. CRITÉRIO. NÚMERO DE INFRAÇÕES. ACÓRDÃO EM DISSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA DESTA SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DECISÃO MONOCRÁTICA. VIABILIDADE.

1. Esta Corte Superior de Justiça pacificou entendimento segundo o qual o aumento da pena pela continuidade delitiva, dentro do intervalo de 1/6 a 2/3, previsto no art. 71 do CPB, deve adotar o critério da quantidade de infrações praticadas. Assim, aplica-se o 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.

2. In casu, tendo as instâncias ordinárias afirmado que o Agravado praticara 5 (cinco) crimes de corrupção passiva, o aumento pelo delito continuado deve operar-se no quantum de 1/3 (um terço).

3. Estando o acórdão recorrido em discordância com jurisprudência dominante deste Sodalício quanto ao aumento decorrente do crime continuado, correta encontra-se a decisão que, monocraticamente, dá parcial provimento ao recurso especial, a teor do disposto no art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1169484/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2012, DJe 16/11/2012)

HABEAS CORPUS. ROUBO COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. 1. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA APENAS QUANTO A DUAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 2. CRIME CONTINUADO. CRITÉRIO OBJETIVO PARA AGRAVAMENTO DA PENA. QUANTIDADE DE DELITOS. 3. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Tendo as instâncias ordinárias motivado adequadamente a majoração da pena-base apenas quanto à culpabilidade e às consequências do crime, mostra-se patente o constrangimento ilegal suportado pelo paciente, cabendo, dessa forma, excepcionalmente, o redimensionamento da sanção em habeas corpus.

2. O aumento da pena pela continuidade delitiva deve ser calculado em razão da quantidade de delitos cometidos. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

3. *Habeas corpus* concedido, em parte para reduzir a pena do paciente para 8 (oito) anos e 8 (oito) meses de reclusão, a serem cumpridos inicialmente em regime fechado, e 80 (oitenta) dias-multa.

(HC 186.353/TO, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 11/09/2012, DJe 19/09/2012)

HABEAS CORPUS. PECULATO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. PREJUÍZO EXACERBADO À VÍTIMA. FUNDAMENTO IDÔNEO. REINCIDÊNCIA. QUANTUM DO AUMENTO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. AUMENTO DA REPRIMENDA EM 2/3. PROPORCIONALIDADE. NÚMERO DE INFRAÇÕES PRATICADAS. CRITÉRIO OBJETIVO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REQUISITOS OBJETIVO E SUBJETIVO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. A gravidade exacerbada da lesão, que ocasionou ao todo um prejuízo de R\$ 46.441,00 ao banco, justifica a valoração negativa das consequências do delito.

2. Embora a lei não preveja percentuais mínimo e máximo de majoração da pena pela reincidência, verifica-se que as instâncias ordinárias exasperaram a reprimenda em apenas 1/8, fração muito aquém do patamar de 1/6, o qual tem sido o erigido pela doutrina e pela jurisprudência como fração média razoável e proporcional a ser utilizada em razão da reincidência, de maneira que não se vislumbra nenhuma ilegalidade a ser sanada nesse ponto.

3. Segundo orientação jurisprudencial desta Corte Superior de Justiça, o aumento da pena pela continuidade delitiva prevista no caput do art. 71 do Código Penal se faz, basicamente, em razão do número de infrações praticadas (critério objetivo).

4. Verificada a prática de 75 delitos de peculato, mostra-se correto o aumento de 2/3 procedido por força do crime continuado. Precedentes.

5. Não há como substituir a sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão da ausência de cumprimento do requisito objetivo, já que o paciente restou definitivamente condenado à reprimenda superior ao limite de 4 anos previsto no inciso I do art. 44 do Código Penal, bem como da ausência de cumprimento do elemento subjetivo, tendo em vista a desfavorabilidade de circunstância judicial, elementos que evidenciam que a substituição da sanção reclusiva não se mostrará suficiente para a prevenção e repressão do delito perpetrado.

6. Ordem denegada.

(HC 141.884/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2012, DJe 05/09/2012)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. MAJORAÇÃO EM RAZÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA. ALEGAÇÃO DE QUE É IMPOSSÍVEL INFERIR SE A CONDUTA FOI PRATICADA MAIS DE DUAS VEZES. CONVICÇÃO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS DE QUE A INFRAÇÃO OCORREU "INÚMERAS VEZES". CONCLUSÃO DIVERSA. EXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT. DELITO PRATICADO EM VÁRIAS OPORTUNIDADES NO PERÍODO DE UM ANO. APLICAÇÃO DA MAJORANTE NO PATAMAR MÍNIMO. IMPOSSIBILIDADE. CRITÉRIO DOUTRINÁRIO ADOTADO POR ESTA CORTE SUPERIOR. NÚMERO DE INFRAÇÕES. CONSTRANGIMENTO DECORRENTE DA AUSÊNCIA DO CONCURSO MATERIAL BENÉFICO. AUSÊNCIA.

1. Evidenciado que as instâncias ordinárias, consubstanciadas nas provas constantes dos autos, firmaram convicção no sentido de que o paciente cometeu a conduta a ele atribuída na ação penal "inúmeras vezes", alcançar conclusão diversa - no sentido de que os elementos constantes dos autos não permitem concluir que a conduta foi praticada mais de duas vezes - demanda o reexame aprofundado das provas dos autos, inviável na via estreita do habeas corpus.

2. Tendo as instâncias ordinárias firmado convicção de que a conduta delituosa atribuída ao paciente foi praticada "inúmeras vezes" dentro do período de um ano, mostra-se inviável acolher o pleito de aplicação da fração decorrente da continuidade delitiva em patamar mínimo.

3. Esta Corte Superior de Justiça tem utilizado o critério doutrinário baseado apenas no número de infrações (objetivo), de modo que a existência de duas infrações em continuidade delitiva significa o aumento de 1/6 (mínimo); a de três, o de 1/5; a de quatro, o de 1/4; a de cinco, o de 1/3; a de seis, o de 1/2; a de sete ou mais, o de 2/3, que corresponde ao máximo cominável para a majorante da continuidade delitiva. Precedentes.

4. Evidente nos autos que a pena decorrente da aplicação da continuidade delitiva é inferior à resultante da aplicação do cúmulo material, tendo em vista a quantidade de infrações, as quais, ainda que em quantidade incerta, não se limitam a apenas duas, não há falar em constrangimento ilegal pela não aplicação do concurso material benéfico.

5. A pena definitiva aplicada ao paciente (12 anos de reclusão), sem esquecer que foi aplicada a majorante do art. 226, II, do Código Penal (ascendente da vítima), nem sequer ultrapassou a que seria imposta caso o paciente tivesse praticado apenas duas condutas delituosas no contexto do concurso material (6 anos para cada conduta delituosa), totalizando, sem a incidência da causa de aumento do art. 226 do Código Penal, 12 anos de reclusão, razão pela qual inexistente a mácula alegada na impetração.

6. Ordem denegada.

(HC 147.987/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 06/08/2012)

PENA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. AUMENTO. ELEMENTOS CONCRETOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO. RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. DIMINUIÇÃO PROPORCIONAL. NÚMERO DE DELITOS.

1. O tipo do art. 21, parágrafo único da Lei nº 7492/86, embora preveja



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o dolo específico, consubstanciado na realização de operações de câmbio, exige para a sua consumação apenas o ato de prestar informação falsa, não sendo, pois, ilegal arrolar como circunstâncias judiciais desfavoráveis a maior reprovabilidade da conduta (culpabilidade) dos pacientes, em face de suas específicas atuações no caso concreto, bem como os vultosos prejuízos causados ao erário (consequências).

2. Devidamente exarcebada a pena-base, correta se apresenta a fixação de regime inicial mais gravoso (semiaberto) e também a negativa em substituir a privativa de liberdade por restritivas de direitos.

3. Da mesma forma, não se mostra desproporcional se fixada com elementos concretos e específicos dos autos, discorrendo o édito condenatório, de forma pormenorizada, sobre a conduta de cada réu para encontrar o montante de reprimenda adequado. Ausente, pois, ilegalidade flagrante, não se mostra a irresignação própria ao veio angusto do habeas corpus.

4. Segundo entendimento desta Corte, o aumento referente à continuidade delitiva deve ser diretamente proporcional ao número de crimes praticados, devendo, então, ser de 1/4 (um quarto) quando for quatro vezes e de 1/5 (um quinto) quando for três vezes.

5. Ordem parcialmente concedida apenas para reduzir as penas dos pacientes nos termos preconizados, no tocante à continuidade delitiva, julgando prejudicada, em consequência, a MC nº 17.150/SP.

(HC 137.626/SP, minha Relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 14/09/2010, DJe 04/10/2010)

Passo, então, a análise da situação do paciente Diego que se assemelha a do corréu Roberto.

É de ver que a pena-base deve ser redimensionada para o mínimo legal (quatro anos de reclusão), uma vez que o próprio magistrado reconheceu que o incremento se deu em razão de condenação em processo sem trânsito em julgado. Tal fato se comprova, ainda, pela leitura da F.A.C. às fls. 112-120.

Prevalece a exasperação da pena em 1/6 (um sexto), diante da reincidência (fls. 112-120).

Faz jus o paciente que a sua reprimenda seja majorada em apenas 1/3 (um terço), tendo em vista as causas de aumento (emprego de arma de fogo e concurso de agentes).

Há, ainda, flagrante ilegalidade a ser sanada, pois, em decorrência do cometimento de dois crimes, em continuidade delitiva, o magistrado acresceu a sanção de 1/3 (um terço), sendo que pelo critério já mencionado, dever-se-ia ter aplicado 1/6 (um sexto).

Dessarte, deve-se proceder ao reparo na dosimetria das penas.

Assim, no tocante ao paciente Roberto, reduzo o *quantum* da pena-base para o patamar do mínimo legal, a saber, 4 (quatro) anos de reclusão, mais 10 (dez) dias-multa. Na segunda fase da dosimetria penal não há agravantes ou atenuantes a serem consideradas. Acresço as reprimendas em 1/3 (um terço) pelas causas de aumento - emprego de arma e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concurso de pessoas -, mantenho o aumento em 1/6 (um sexto) da pena pelo concurso formal (art. 70 do CP), bem como aumento também em 1/6 (um sexto) a reprimenda, diante da continuidade delitiva, tornando-a definitiva em 7 (sete) anos, 3 (três) meses e 3 (três) dias de reclusão, e pagamento de 17 (dezesete) dias-multa.

Quanto ao paciente Diego, reduzo o *quantum* da pena-base para o patamar do mínimo legal, a saber, 4 (quatro) anos de reclusão, mais 10 (dez) dias-multa. Na segunda fase da dosimetria mantenho o aumento da pena em 1/6, tendo em vista a reincidência. Acresço as reprimendas em 1/3 (um terço) pelas causas de aumento - emprego de arma e concurso de pessoas -, mantenho o aumento em 1/6 (um sexto) da pena pelo concurso formal (art. 70 do CP), bem como aumento também em 1/6 (um sexto) a reprimenda, diante da continuidade delitiva, tornando-a definitiva em 8 (oito) anos, 5 (cinco) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, e pagamento de 18 (dezoito) dias-multa.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*. Mas, **concedo a ordem, de ofício**, a fim de reduzir o *quantum* da pena do paciente Roberto para 7 (sete) anos, 3 (três) meses e 3 (três) dias de reclusão, mais o pagamento de 17 (dezesete) dias-multa, bem como para reduzir a pena do paciente Diego para 8 (oito) anos, 5 (cinco) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, e pagamento de 18 (dezoito) dias-multa, referente aos autos n.º 050.07.066244-4, da 7.ª Vara Criminal da Comarca da Capital/SP, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0005585-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 159.402 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 11960183

12612007

50070662444

993080188459

EM MESA

JULGADO: 07/05/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. LUCIANO MARIZ MAIA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARCUS VINICIUS RIBEIRO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROBERTO LUIZ RODRIGUES
PACIENTE : DIEGO LUIZ SILVESTRE PRUDENTE DA SILVA

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 pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Senhora Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.