



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 381.395 - SP (2016/0320600-5)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO GIRADE PARISE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JANIVALDO IVAN COSTA PALAGANI

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. EMPREGO DE SIMULACRO DE ARMA DE FOGO. SÚMULA 174/STJ CANCELADA. RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. AUMENTO DA PENA NA FRAÇÃO DE 5/12. DESCABIMENTO. REGIME INICIALMENTE FECHADO. CABIMENTO. **WRIT** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO SEM REFLEXOS NA PENA.

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 - Em face do cancelamento da Súmula 174/STJ, esta Corte Superior de Justiça detém o entendimento de que a atemorização da vítima pelo emprego de simulacro de arma de fogo não constitui motivo apto à configuração da majorante prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do CP, por ausência de incremento no risco ao bem jurídico tutelado. Tal circunstância presta-se apenas para caracterizar a grave ameaça, elementar do delito de roubo. (Precedentes).

III - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que, para a caracterização da continuidade delitiva, é necessária a existência de ações praticadas em idênticas condições de tempo, lugar e modo de execução (requisitos objetivos), além de liame a indicar a unidade de desígnios (requisito subjetivo).

IV - No caso em exame, o Tribunal de origem concluiu que os crimes foram praticados em condições diversas, além da inexistência de unidade de desígnios entre as ações. Entendimento diverso, demandaria o revolvimento do acervo fático-probatório, inviável na via estreita do **writ**. Precedentes.

V - Afastada a causa de aumento referente ao emprego de arma e sendo ela um dos fundamentos para eleição da fração de 5/12 na terceira etapa, impõe-se o redimensionamento da pena, elegendo-se fração diversa de 3/12.

VI - Tendo sido a pena total fixada em 10 anos de reclusão, o regime inicial é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mesmo o fechado, nos termos do art. 33, § 2º, alínea **a**, do CP.

Habeas corpus não conhecido. Ordem **concedida, de ofício**, para afastar a incidência da causa de aumento referente ao emprego de arma de fogo e redimensionar a pena do paciente para 10 (dez) anos de reclusão.

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 abril de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 381.395 - SP (2016/0320600-5)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de JANIVALDO IVAN COSTA PALAGANI, em face do v. acórdão do eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da apelação n. 0085235-91.2014.8.26.0050.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado em face do cometimento do crime descrito no artigo 157, §2º, incisos I, II e V, por duas vezes, na forma do artigo 69, do Código Penal, à pena de 11 (onze) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 14 (quatorze) dias-multa.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal **a quo**, que negou provimento ao recurso, conforme aresto assim ementado:

"Roubos qualificados por comparsaria, emprego de arma e restrição à liberdade das vítimas, por duas vezes, em concurso material (art. 157, § 2º, I, II e V, por duas vezes, cc. art. 69, ambos do Cód. Penal). Provas seguras de autoria e materialidade. Prisão em flagrante. Posse da 'res furtiva'. Palavras coerentes e incriminatórias das vítimas, de testemunhas e Policiais Militares. Versão exculpatória inverossímil. Responsabilização inevitável. Qualificadoras presentes. Simulacro de arma de fogo que qualifica o delito. Apenamento criterioso, de redução impossibilitada. Continuidade delitiva inexistente. Crimes praticados em locais distintos, contra vítimas diferentes e sem liame subjetivo. Inocorrência de continuidade delitiva. Regime fechado único possível. Apelo improvido" (fl. 75).

Daí o presente **writ**, no qual aduz a impetrante que o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal em razão da impossibilidade de reconhecimento da majorante do emprego da arma de fogo, da fração utilizada para aumento da pena na terceira fase, bem como pelo não reconhecimento da continuidade delitiva entre as condutas.

Nesse sentido, afirma que *"o objeto apreendido trata-se apenas de um simulacro de arma de fogo grossamente produzido, deste modo, temos que a ausência de o potencial lesivo da arma, afasta a incidência da causa de aumento de pena"* (fl. 2).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sustenta, ainda, que *"na terceira etapa da dosimetria, o Tribunal de Justiça de São Paulo manteve a majoração da pena indevida em 5/12, apenas em razão da presença de três causas de aumento de pena (concurso de pessoas, emprego de arma de fogo e restrição da vítima)"* (fl. 3), ou seja, apenas levando-se em conta o número de majorantes.

Alega, também, que deveria ter sido reconhecida a continuidade delitiva, uma vez que os crimes *"foram cometidos nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, além de ser o subsequente continuação do primeiro"* (fl. 8).

Finalmente, pede a redução da fração de 5/12 (cinco doze avos) eleita na terceira fase e pugna pela fixação do regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda.

O pedido liminar foi **indeferido** às fls. 62-63.

Informações prestadas às fls. 72-95.

O d. Ministério Público Federal, às fls. 99-108, manifestou-se *"pelo não conhecimento do writ e, no mérito, pela denegação da ordem"* (fl. 108).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 381.395 - SP (2016/0320600-5)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. EMPREGO DE SIMULACRO DE ARMA DE FOGO. SÚMULA 174/STJ CANCELADA. RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. AUMENTO DA PENA NA FRAÇÃO DE 5/12. DESCABIMENTO. REGIME INICIALMENTE FECHADO. CABIMENTO. **WRIT** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO SEM REFLEXOS NA PENA.

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 - Em face do cancelamento da Súmula 174/STJ, esta Corte Superior de Justiça detém o entendimento de que a atemorização da vítima pelo emprego de simulacro de arma de fogo não constitui motivo apto à configuração da majorante prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do CP, por ausência de incremento no risco ao bem jurídico tutelado. Tal circunstância presta-se apenas para caracterizar a grave ameaça, elementar do delito de roubo. (Precedentes).

III - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que, para a caracterização da continuidade delitiva, é necessária a existência de ações praticadas em idênticas condições de tempo, lugar e modo de execução (requisitos objetivos), além de liame a indicar a unidade de desígnios (requisito subjetivo).

IV - No caso em exame, o Tribunal de origem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concluiu que os crimes foram praticados em condições diversas, além da inexistência de unidade de desígnios entre as ações. Entendimento diverso, demandaria o revolvimento do acervo fático-probatório, inviável na via estreita do **writ**. Precedentes.

V - Afastada a causa de aumento referente ao emprego de arma e sendo ela um dos fundamentos para eleição da fração de 5/12 na terceira etapa, impõe-se o redimensionamento da pena, elegendo-se fração diversa de 3/12.

VI - Tendo sido a pena total fixada em 10 anos de reclusão, o regime inicial é mesmo o fechado, nos termos do art. 33, § 2º, alínea **a**, do CP.

Habeas corpus não conhecido. Ordem **concedida, de ofício**, para afastar a incidência da causa de aumento referente ao emprego de arma de fogo e redimensionar a pena do paciente para 10 (dez) anos de reclusão.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: 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**.

Pretende a impetrante, em síntese, o afastamento da majorante do emprego da arma de fogo, a eleição da fração mínima na terceira fase da dosimetria, o reconhecimento da continuidade delitiva entre as condutas e a fixação do regime semiaberto para o resgate da pena.

No que tange a **causa de aumento** de pena reservada ao **emprego de arma**, transcrevo o seguinte excerto do r. acórdão:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"De acordo com o laudo pericial de fls. 166/169, "a semelhança formal do objeto com uma arma de fogo, aliada às condições psicológicas da(s) vítimas(s) no momento da ocorrência, permite inferir que tal peça pode perfeitamente ser confundida com uma arma de fogo verdadeira e é capaz de exercer poder de intimidação" (fls. 20-21).

Por sua vez, consignou o Tribunal **a quo**:

"Incluso quanto ao emprego de arma.

É que, ainda que seja simulacro ou de brinquedo, igualmente assim o roubo é qualificado, porque o que importa ao reconhecimento da qualificadora é o temor que impõe o uso da coisa, seja ela real ou de brinquedo.

Dês que, quer se queira ou não e bem ou mal, havendo uso de arma de brinquedo ou simulacro de porte de arma, como inegavelmente acontecido, tal fato gera violência, quando menos, em evidente vis compulsiva.

Afinal, tem e teve ela não se há duvidar disto o poder de intimidar a vítima, anulando total e completamente sua capacidade reativa, dando mostras de que sem ela muito provavelmente inexistiria assalto.

A arma era réplica, mas o temor a que foi exposta a vítima, incluso pelo emprego daquela, não foi nada lúdico.

De forma que exercendo o artefato o poder intimidativo, serviu ele também e evidentemente a qualificar o delito.

A vítima, acuada e sob ameaça de arma, de brinquedo ou real, não iria, jamais e obviamente, questionar da origem daquela ou de suas características técnicas.

Bastavam a aparência e as evidências, indubitavelmente atemorizantes e próprias ao fim a que se destinavam, tanto que efetivado e consumado o assalto, como aqui.

Com efeito, atesta o laudo pericial de f. 97/99 que "a semelhança formal do objeto com uma arma de fogo, aliada às condições psicológicas da(s) vítima(s) no momento da ocorrência, permite inferir que tal peça pode, perfeitamente, ser confundida com uma arma de fogo verdadeira e é capaz de exercer poder de intimidação".

Absolutamente despiciendo, então, questionar-se da potencialidade ofensiva da arma, porque o que se mede, em casos tais o presente, é a força psicológica que o porte do artefato representa contra a vítima, aqui inegavelmente acontecido.

De sorte que absolutamente adequado à hipótese o reconhecimento da qualificadora de arma de fogo ainda que se trate de simulacro.

Assim, cabalmente caracterizadas as qualificadoras" (fls. 87-89).

Em que pese a fundamentação apresentada pelo voto condutor do v. acórdão, esta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que o uso de **simulacro de arma de fogo não constitui motivo idôneo para exasperar ou majorar a pena no crime de roubo**. Tal circunstância apenas caracteriza a grave ameaça, circunstância elementar do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

delito, motivo pelo qual a **Súmula 174/STJ foi cancelada** no julgamento do REsp n. 213.054/SP (Rel. Ministro **José Arnaldo da Fonseca**, DJ de 11/11/2002), cuja ementa transcrevo:

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO. EMPREGO DE ARMA DE BRINQUEDO. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO INCISO I, § 2º, DO ART. 157, DO CÓDIGO PENAL. SÚMULA Nº 174/STJ. CANCELAMENTO.

O aumento especial de pena no crime de roubo em razão do emprego de arma de brinquedo (consagrado na Súmula 174-STJ) viola vários princípios basilares do Direito Penal, tais como o da legalidade (art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal e art. 1º, do Código Penal), do ne bis in idem, e da proporcionalidade da pena.

Ademais, a Súm. 174 perdeu o sentido com o advento da Lei 9.437, de 20.02.1997, que em seu art. 10, § 1º, inciso II, criminalizou a utilização de arma de brinquedo para o fim de cometer crimes.

Cancelamento da Súm. 174-STJ.

Recurso conhecido mas desprovido"

No mesmo sentido, seguem os julgados:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. IMPOSSIBILIDADE DE SE CONSIDERAR A UTILIZAÇÃO DE SIMULACRO DE ARMA DE FOGO PARA EXASPERAR A PENA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA NESTA CORTE. CANCELAMENTO DO ENUNCIADO N. 174 DA SÚMULA DO STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do writ, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que o uso de simulacro de arma de fogo não constitui motivo idôneo para exasperar ou majorar a pena no crime de roubo, prestando-se, tão somente, a caracterizar a grave ameaça, circunstância elementar do delito, razão pela qual a Súmula 174/STJ foi cancelada.

3. No caso, as penas aplicadas ao réu foram majoradas, na terceira fase da dosimetria, em 2/5, em razão da incidência de duas majorantes: uso de arma e concurso de agentes. Assim, afastada a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

majorante de uso de arma, deve incidir a fração mínima de 1/3.

4. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir as penas aplicadas ao paciente" (HC n. 320.340/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 15/2/2016 - grifei).*

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. ROUBO MAJORADO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO DO PACIENTE. NÃO OCORRÊNCIA. DECISUM FUNDAMENTADO NA PROVA DOS AUTOS. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO, POR FALTA DE PROVAS OU DE RECONHECIMENTO DA PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. VIA IMPRÓPRIA. NECESSIDADE DE REEXAME DA PROVA. DOSIMETRIA DA PENA. PLEITO DE AFASTAMENTO DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA. UTILIZAÇÃO DE SIMULACRO. SÚMULA 174/STJ CANCELADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO CONCRETO. ILEGALIDADE DEMONSTRADA. SÚMULAS 440/STJ E 718 E 719/STF. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. *Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.*

2. *Não há falar em nulidade do acórdão por falta de fundamentação quanto à participação do réu na empreitada criminoso, quando apontados fundamentos nesse sentido, mesmo que não extensivamente detalhados, com valoração da prova dos autos. Precedentes.*

3. *A via estreita do writ não é apropriada à análise do pleito de absolvição por falta de provas para a condenação ou de reconhecimento da minorante da participação de menor importância, dada a necessidade de reexame do material cognitivo produzido nos autos, para se infirmar o entendimento firmado pelas instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos e provas.*

4. *Desde o cancelamento da Súmula 174/STJ, restou consagrado que a atemorização da vítima pelo emprego de simulacro de arma de fogo não constitui motivo apto à configuração da majorante prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do CP, por ausência de incremento no risco ao bem jurídico tutelado, prestando-se, tão somente, a caracterizar a grave ameaça, elementar do delito de roubo.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. O estabelecimento do regime fechado, sem qualquer fundamento concreto, em se tratando de réu primário, de bons antecedentes, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, contraria o disposto nas Súmulas 440/STJ, 718 e 719/STF.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas a 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa e fixar o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva" (HC n. 119.070/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 26/5/2015 - grifei).

"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita se revela inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. Todavia, o alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA. CAUSA ESPECIAL AUMENTO DE PENA. SIMULACRO. INEXISTÊNCIA DE POTENCIALIDADE LESIVA. MAJORANTE NÃO CARACTERIZADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL DEMONSTRADO. EXCLUSÃO PROCEDIDA.

1. A utilização de arma de brinquedo para intimidar a vítima do delito de roubo não autoriza o reconhecimento da causa de especial aumento de pena do inciso I do § 2º do art. 157 do CP, cuja caracterização está vinculada ao potencial lesivo do instrumento.

DOSIMETRIA. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. DUAS MAJORANTES. ACRÉSCIMO DA REPRIMENDA EM 3/8 SEM MOTIVAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE DEMONSTRADA.

1. É possível o aumento da pena em patamar superior ao mínimo de 1/3 quando há a presença de duas causas de aumento previstas no § 2º do artigo 157 do Código Penal, desde que as circunstâncias do caso assim autorizem.

2. Há constrangimento ilegal quando a pena é aumentada apenas em razão da quantidade de majorantes, sem qualquer fundamentação concreta (Enunciado 443 da Súmula deste Sodalício).

REGIME INICIAL FECHADO DETERMINADO COM BASE NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. ELEMENTOS PRÓPRIOS DO TIPO PENAL VIOLADO. DESCABIMENTO.

PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ART. 33, §§ 2º E 3º DO CÓDIGO PENAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SÚMULAS 440 DESTE STJ E 718 E 719 DA SUPREMA CORTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ALTERAÇÃO PARA O MODO SEMIABERTO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que fixada a pena-base no mínimo legal e sendo o acusado primário e sem antecedentes criminais não se justifica a fixação do regime prisional mais gravoso (Súmula 440/STJ).

2. A Suprema Corte, nos verbetes 718 e 719, sumulou o entendimento de que a opinião do julgador acerca da gravidade abstrata do delito não constitui motivação idônea a embasar o encarceramento mais severo do sentenciado.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de reduzir a pena do paciente para 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, e 13 (treze) dias-multa e alterar o regime inicial para o semiaberto" (HC n. 299.520/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 7/5/2015 - grifei).

Desse modo, correto o afastamento da majorante descrita no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal.

Quanto à tese defensiva, **do reconhecimento da continuidade delitiva entre os dois delitos de roubo**, nos termos do art. 71 do Código Penal, há o crime continuado "*quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro*".

Nesse sentido, para que seja aplicada **a regra do crime continuado**, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento de que necessárias a existência de ações praticadas em idênticas condições de tempo, lugar e modo de execução (requisitos objetivos), além de um liame a indicar a unidade de desígnios (requisito subjetivo). Nesse sentido:

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

1. Este Superior Tribunal de Justiça vem adotando a teoria mista, segundo a qual, para a caracterização da continuidade delitiva, afigura-se imprescindível o preenchimento de requisitos de ordem objetiva (mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução) e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

subjetiva (unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos).

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

3. Recurso a que se nega provimento" (RHC n. 43.601/DF, **Sexta Turma**, Rel^a. Min^a. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 18/6/2014 - grifei).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. EXECUÇÃO PENAL. UNIFICAÇÃO DE PENAS. CONTINUIDADE DELITIVA. REQUISITO SUBJETIVO NÃO PREENCHIDO. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. REITERAÇÃO CRIMINOSA. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE NO ÂMBITO DO WRIT. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA (ART. 105, INCISO II, ALÍNEA A, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA). HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. *Exige-se, para o reconhecimento da continuidade delitiva, além da comprovação dos requisitos objetivos, a unidade de desígnios, ou seja, o liame volitivo entre os delitos, a demonstrar que os atos criminosos se apresentam entrelaçados. Ou seja, a conduta posterior deve constituir um desdobramento da anterior.*

2. *Se as instâncias ordinárias reconheceram que existe, de fato, a reiteração de delitos e a habitualidade na prática criminosa, mostra-se irrepreensível a conclusão de refutar a aplicação do art. 71 do Código Penal. Entender diversamente, outrossim, implicaria acurada avaliação probatória, o que, na angusta via do habeas corpus, não se admite.*

3. **Writ** não-conhecido, por se tratar de errônea impetração de **habeas corpus** originário em substituição à via de impugnação cabível no caso, qual seja, o recurso ordinário constitucional (art. 105, inciso II, alínea a, da Constituição da República). Precedentes da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e das Turmas criminais desta Corte Superior" (HC n. 245.630/SP, **Quinta Turma**, Rel^a. Min^a. **Laurita Vaz**, DJe de 31/03/2014 - grifei).

No caso, para afastar a incidência da continuidade delitiva, assim registrou a r. sentença e o v. acórdão impugnado:

"Por fim, no caso, os crimes do acusado configuram o crime material, tendo em vista que não estão presentes os requisitos para o reconhecimento do crime continuado, vez que os crimes ocorreram em contextos fáticos totalmente distintos, sem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

qualquer vínculo subjetivo entre eles. Neste sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

[...]

Em suma, ficou evidenciado no decorrer da instrução que o acusado praticou os delitos descritos na denúncia, em concurso material, sendo de rigor a sua condenação nos termos desta" (fls. 20-21 - sentença - grifei) .

"E, novamente ao contrário do sustentado pela defesa, está claramente justificado o reconhecimento do concurso material entre os roubos praticados contra as vítimas Benedito e Reinaldo.

Ora.

Sob nenhum aspecto merece acolhida a tese de reconhecimento da continuidade delitiva.

Exemplo clássico de ações em concurso material, esta a verdade, não havendo reparos quaisquer quanto ao seu reconhecimento pela origem.

São diferentes vítimas, que sofreram crimes em locais e contextos fáticos absolutamente distintos, inexistindo qualquer liame subjetivo entre cada uma das ações criminosas.

Quer-se dizer, com isso, que não pode o segundo delito ser considerado desdobramento do primeiro, ou terem sido os crimes praticados pelo acusado mediante unidade de desígnios.

A somatória das infrações, ao contrário de continuidade, revela extrema periculosidade do agente, com vida voltada para o crime, cobrando a sociedade a reprimenda.

O que se põe em conta, em suma, é se há em efetivo cometimento de crimes, cuja figuração globalizada permita o reconhecimento da ficção.

Aqui, não" (fls. 92-93 - acórdão - grifei) .

Da leitura dos trechos acima, constata-se que, tanto o Magistrado de primeiro grau, quanto o Tribunal **a quo** consideraram que os crimes foram praticados em condições diversas, além de inexistir unidade de desígnios entre as ações, razão pela qual afastaram a aplicação da continuidade delitiva, entendimento que encontra-se em consonância com a jurisprudência desta Corte.

Conclusão em sentido contrário ao manifestado pelas instâncias ordinárias demandaria, **à evidência**, o revolvimento do acervo fático-probatório, inviável na via estreita do **habeas corpus**. Nesse sentido:

"PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. 1. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. 2. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. AJUIZAMENTO DE REVISÃO CRIMINAL NA ORIGEM. NÃO CONHECIMENTO.IMPUGNAÇÃO À CONDUTA SOCIAL DA VÍTIMA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROVAS QUE NÃO ENSEJAM ABSOLVIÇÃO DO PACIENTE. NECESSIDADE DE NOVA VALORAÇÃO DO ARCABOUÇO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE EM REVISÃO CRIMINAL. 3. PEDIDO SUBSIDIÁRIO DE RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. PLEITO RECHAÇADO PELA CORTE LOCAL. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO DO ENTENDIMENTO NA VIA ELEITA. 4. **HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

[...]

3. Nada obstante ser possível a aplicação do art. 71 do Código Penal nos crimes contra a dignidade sexual, sua incidência depende da ocorrência dos requisitos legais dispostos no mencionado artigo, o que, segundo a Corte local, não se verificou no caso dos autos. **Dessarte, desconstituir a conclusão do Tribunal de origem sobre o tema, firmada com fundamento em elementos concretos dos autos, demandaria inviável revolvimento dos fatos e das provas carreadas aos autos, o que não é cabível na via eleita.**

4. **Habeas corpus não conhecido"** (HC n. 267.534/GO, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 7/3/2016 - grifei).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO. CRIMES DE ROUBO MAJORADO E LATROCÍNIO. TESE DE INCIDÊNCIA DA CONTINUIDADE DELITIVA E NÃO DE CONCURSO MATERIAL DE CRIMES. CONCURSO MATERIAL RECONHECIDO PELO TRIBUNAL DE 2º GRAU. REVISÃO DO JULGADO. VIA IMPRÓPRIA. **HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

[...]

2. De acordo com a Teoria Mista, adotada pelo Código Penal, mostra-se imprescindível, para a aplicação da regra do crime continuado, o preenchimento de requisitos não apenas de ordem objetiva - mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução - como também de ordem subjetiva - unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos.

3. Nesse contexto, aplicada, pelo Tribunal de 2º Grau, a regra do concurso material de crimes, uma vez considerados autônomos os desígnios, em razão de o lapso temporal entre o cometimento dos delitos superar 30 dias, bem como pela inexistência de liame subjetivo entre os crimes **sub examine** e pelo histórico do réu apontar para a habitualidade criminosa, constata-se a impropriedade da via eleita ao exame da tese, dada a necessidade de revolvimento do material cognitivo produzido nos autos a fim de se infirmar o entendimento adotado, para se aferir o preenchimento dos requisitos do art. 71 do CP. Precedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. *Habeas corpus* não conhecido" (HC n. 300.941/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 25/2/2016).

Passo à análise dos pleitos referentes à **fração de aumento na terceira fase e** a fixação do **regime de cumprimento da pena**.

Na derradeira etapa da dosimetria, para manter a fração de 5/12 (cinco doze avos) eleita na r. sentença, assim registrou o v. acórdão:

"À terceira fase de aplicação da reprimenda, posterior e acertada majoração em 5/12, diante da tripla qualificação delitiva.

E assim deve ser, forte no princípio de que se a lei escalona e gradua a majoração, é porque considera a existência de diferentes cometimentos e qualificadoras, como aqui.

O que mais se acentua ao verificar o propósito de lei inovadora (Lei nº 9.426/96), que acrescentou mais um inciso ao parágrafo 2º, do art. 157, do Código Penal.

De sorte a dar entender que à maior incidência de agravantes, maior será o acréscimo, que deve encontrar proporcionalidade com o resultado.

Firme e forte a jurisprudência pátria neste sentido, que impõe maior grau de responsabilização apenatória, quando trata de dimensionar casos símiles.

E o entendimento não contraria a Súmula n. 443 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça: "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".

Pelo contrário, vai exatamente ao seu encontro, vez que nitidamente mais grave e, portanto como deve ser de maior reprovabilidade a conduta do acusado.

*As causas de aumento levam também em conta o **temor e o risco aos quais as vítimas são expostas, bem como a quantidade de agentes totalizando cinco algozes, segundo estimado pelas vítimas, em poder de simulacro de arma de fogo, a denotar severo envolvimento no crime e altíssima periculosidade, devendo, dessarte, incidir em maior aumento.***

Sobretudo quando, exatamente como aqui, as vítimas permaneceram subjugadas, presas em cativeiro, por cerca de seis horas (vítima Reinaldo) e dez horas (vítima Benedito) tempo este exageradamente além do necessário à consumação do delito, sob a vigilância dos impiedosos, cruéis e inconsequentes roubadores.

Não se trata de mero cálculo fracional e injustificado.

No que diz à majoração diferenciada, em face tripla qualificação, assim deveria ser, na conformidade do entendimento da C.Turma e, de resto, Câmara Julgadora" (fls. 89-91).

Procedido o afastamento da causa de aumento de pena referente ao emprego



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de arma e, tendo em vista que uma das fundamentações apresentadas pelas instâncias inferiores para eleger a fração de 5/12 (cinco doze avos) foi o uso do artefato, é de rigor a diminuição da fração.

Desse modo, aplico a fração de 3/12 (três doze avos), **quantum** que se mostra justo e adequado ao caso, o que torna a pena do paciente fixada em **5 (cinco) anos de reclusão**.

Em razão do reconhecimento do **concurso material de crimes**, totalizo a pena do paciente em **10 (dez) anos de reclusão**.

Por fim, levando-se em conta o total da reprimenda aplicada, não há outro regime que não o fechado para o início do cumprimento da pena pelo paciente, nos termos do art. 33, §2º, alínea **a**, do Código Penal.

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

Todavia, concedo a ordem, de ofício para afastar a incidência da causa de aumento referente ao emprego de arma de fogo reduzir a pena corporal do paciente ao patamar de 10 (dez) anos de reclusão.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0320600-5

HC 381.395 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0085235912014 00852359120148260050 20160000779092 85235912014
852359120148260050

EM MESA

JULGADO: 04/04/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: BRUNO GIRADE PARISE
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JANIVALDO IVAN COSTA PALAGANI

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.