



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 107.443 - SP (2008/0116401-1)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : **MARIANA DALLA BERNARDINA - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **ANDERSON OLIVEIRA DA SILVA**

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO *WRIT*. DOSIMETRIA. CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DE DOIS CRIMES DE ROUBO, EM CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO DE AUMENTO. CRITÉRIO MATEMÁTICO. NÚMERO DE INFRAÇÕES. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM 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. Nos termos da jurisprudência desta Corte, é matemático o critério de majoração pela continuidade delitiva, proporcionalmente ao número de infrações cometidas. Precedentes.

3. Sendo o paciente condenado pela prática de dois crimes de roubo majorados, em continuidade delitiva, à luz do proporcional critério matemático deve ser estabelecida a fração de 1/6 (um sexto) de aumento.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena imposta.

ACÓRDÃO

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

Brasília, 03 de junho de 2014 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 107.443 - SP (2008/0116401-1)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : **MARIANA DALLA BERNARDINA - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **ANDERSON OLIVEIRA DA SILVA**

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, impetrado em favor de ANDERSON OLIVEIRA DA SILVA, com pedido de liminar, em face do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, como incurso no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal (por duas vezes), às penas de 10 (dez) anos, 4 (quatro) meses e 19 (dezenove) dias de reclusão, em regime fechado, e 30 (trinta) dias-multa.

Interposta apelação, foi mantida incólume a condenação.

No presente *writ*, alegam os impetrantes, em suma, constrangimento ilegal, tendo em vista a fixação de fração de 1/2 (metade), na terceira fase da aplicação da pena, quando o correto seria 1/6 (um sexto), uma vez que "[a] jurisprudência dominante entende que o critério para a majoração da pena no crime continuado deve ser a quantidade de delitos, sendo que ocorreram dois crimes" (fl. 3e).

Sustentam que "[a]s condições pessoais do agente e o modo como foi praticado o crime devem ser considerados no cálculo da pena e não como critério de majoração para o crime continuado, sob pena de 'bis in idem' decorrente da consideração de circunstâncias já apreciadas no cálculo da pena" (fl. 3e).

Requerem, assim, a concessão da ordem, a fim de que seja reduzido o aumento das penas de 1/2 (metade) para 1/6 (um sexto), pelo crime continuado.

O pedido de liminar foi indeferido pelo Ministro PAULO GALLOTTI, então Relator, nos termos da decisão de fl. 30e.

Foram prestadas as informações, às fls. 54/56e e 59/156e.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 34/37e).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 107.443 - SP (2008/0116401-1)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

O presente *habeas corpus* foi impetrado em substituição a recurso especial, previsto no art. 105, III, da Constituição Federal.

Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal (HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/8/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/8/2012), assim alinhando-se a precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC 104.045/RJ, Rel. Ministra ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA DJe de 6/9/2012).

Nada impede, contudo, que, de ofício, constate a Corte Superior a existência de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia, o que ora passo a examinar.

Compulsando os autos, verifica-se que o paciente foi condenado, em 1.º Grau, pela prática de dois crimes de roubo majorados, em continuidade delitiva, o que resultou no aumento de 1/2 (metade), na terceira fase, nos seguintes termos:

"As duas situações indicam a necessidade do reconhecimento do crime continuado. Trata-se de similar modus operandi e com finalidade equivalente de subtração de motocicleta. O emprego de arma e o horário da abordagem inclinam ao reconhecimento da ficção.

Tomando a pena privativa de liberdade mais grave, ou seja 06 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão para o réu Rodrigo e 06 anos, 11 meses e 03 dias de reclusão para o réu Anderson, promovo o aumento pela metade, nos termos do § único do art. 71 do Código Penal, mormente pela audácia e periculosidade demonstrada nas ações, mormente aquela que surruiu a moto de Anacleto, produzida em meio a disparos.

Posto isso, estabeleço a pena final de 09 anos e 04 meses de reclusão para o réu Rodrigo e 10 anos, 04 meses e 19 dias de reclusão para o réu Anderson" (fl. 13e).

Em sede de apelação, o Tribunal de origem assim se pronunciou acerca da questão:

"As penas fixadas para cada delito, adequadas e bem fundamentadas, imerecem reparos.

[...]

Anoto ainda que, existindo duas causas de agravamento, adequada seria a majoração das penas na terceira fase, para cada um dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

delitos, em 3/8. Com o advento da Lei nº 9.426/96, existindo hoje cinco causas de aumento, o acréscimo, entre um terço e metade, previsto no parágrafo 2º, do artigo 157, do Código Penal, deve ser regulado em conformidade com a maior ou menor gravidade da conduta, seja em relação a cada circunstância majorante, isoladamente, seja em relação à concorrência de duas ou mais, sempre reveladoras de maior periculosidade do agente, a justificar a imposição de sanções mais rigorosas, sem que isso implique bis in idem. Entretanto, inexistindo recurso do Ministério Público, mantenho o aumento de 1/3 operado em primeiro grau" (fls. 23/24e).

Nos termos da jurisprudência desta Corte, o critério adotado para fins de fixação da fração de aumento da continuidade delitiva é o matemático, estabelecido com base no número de infrações cometidas.

Nesse sentido:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO. (1) VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO CONHECIMENTO. (2) DOSIMETRIA. PENA-BASE. PERSONALIDADE, CONDUTA SOCIAL E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. ASPECTOS GENÉRICOS DECLINADOS. ARGUMENTOS INIDÔNEOS. (3) AUMENTO DE PENA. CONTINUIDADE DELITIVA. DESPROPORCIONALIDADE. ILEGALIDADE MANIFESTA. (4) WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Mostra-se inadequado e descabido o manejo de habeas corpus em substituição ao recurso especial cabível. É imperiosa a necessidade de racionalização do writ, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal, devendo ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção, o que se vê na espécie.

2. Na espécie, existe flagrante ilegalidade no tocante à personalidade, conduta social e consequências do crime, pois não podem ser aferidas de modo desfavorável, notadamente porque, na espécie, não arrola a Juíza elementos concretos dos autos, retirados do delito em apreço, utilizados pelo acusado na consecução do intuito delitivo, para dar supedâneo às suas considerações.

3. De outro lado, é pacífica a jurisprudência deste Sodalício, em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplicando-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. Na espécie, observando o universo de 6 (seis) infrações cometidas por um dos réus, por lógica da operação dosimétrica, deve-se considerar o aumento de 1/2 da pena, sendo desproporcional a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

majoração em 2/3.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente **DANILO FERNANDES BLANCO** para 8 (oito) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, além do pagamento de 64 (sessenta e quatro) dias-multa e reduzir a reprimenda do paciente **EDUARDO FRANCO OVELAR** para 8 (oito) anos de reclusão, além do pagamento de 58 (cinquenta e oito) dias-multa.

Mantidos os demais termos da condenação" (HC 214485/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/11/2013, DJe 09/12/2013).

"HABEAS CORPUS. EVASÃO DE DIVISAS. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGALMENTE PREVISTO. MANUTENÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. ANTECEDENTES CRIMINAIS, PERSONALIDADE, CONDUTA SOCIAL E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. DESFAVORABILIDADE. MONTANTE DE PENA APLICADO. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. SUFICIÊNCIA PARA A PREVENÇÃO E REPRESSÃO DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. A aplicação da pena-base acima do mínimo encontra-se justificada pela consideração negativa, com base em elementos concretos dos autos, das circunstâncias judiciais dos antecedentes criminais, personalidade e conduta social do agente e consequências do crime.

[...]

EVASÃO DE DIVISAS. CONCURSO DE CRIMES. NOVE DELITOS. CONTINUIDADE DELITIVA. AUMENTO DA REPRIMENDA DE 2/3 (DOIS TERÇOS). PROPORCIONALIDADE. NÚMERO DE INFRAÇÕES PRATICADAS. CRITÉRIO OBJETIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Segundo a orientação jurisprudencial desta Corte Superior de Justiça, o aumento da pena pela continuidade delitiva prevista no caput do art. 71 do CP se faz tão somente em razão do número de infrações praticadas (critério objetivo).

2. Verificada a prática de 9 (nove) exportações caracterizadoras do crime de evasão de divisas, correto o aumento de 2/3 (dois terços) procedido por força do crime continuado. Precedentes deste STJ.

PENA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO. MODO FECHADO. DESFAVORABILIDADE DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. FORMA MAIS GRAVOSA DE EXECUÇÃO JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Reconhecida a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis - maus antecedentes, personalidade do agente, considerada voltada à criminalidade, má conduta social e consequências do crime, não há o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que se falar em constrangimento ilegal na imposição do regime fechado, pois é realmente o que se mostra mais adequado para a prevenção e repressão do delito denunciado no caso concreto, consoante o disposto no art. 33, § 2º, alínea a, e § 3º, do CP.

2. *Ordem denegada*" (HC 155.777/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2012, DJe 16/05/2012).

Na espécie, verifica-se que foi o paciente condenado pela prática de dois crimes de roubo majorados, em continuidade delitiva, razão pela qual, à luz do critério matemático, deve ser estabelecida a fração de 1/6 (um sexto).

Passo, assim, ao redimensionamento das penas.

Com efeito, fixada a pena-base no mínimo legal – em 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa –, considerando-se, ainda, os aumentos: de 1/6 (um sexto), pela agravante da reincidência; de 1/3 (um terço), pelas majorantes do emprego de arma e do concurso de agentes; e, por fim, de 1/6 (um sexto), pela continuidade delitiva – em razão da prática de dois delitos –, totalizam as penas 7 (sete) anos, 3 (três) meses e 3 (três) dias de reclusão, e 16 (dezesesseis) dias-multa.

Nesse contexto, tratando-se de réu reincidente, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, correta a fixação do regime fechado para o cumprimento da pena reclusiva, mais gravoso.

Ante o exposto, voto por não conhecer do *writ*. Defiro, porém, a ordem de ofício para, mantida a condenação, reduzir a 1/6 (um sexto) o aumento, na terceira fase da aplicação da pena, pela continuidade delitiva, redimensionando as penas nos termos delineados no voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2008/0116401-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 107.443 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10828773

50060502177

9732006

EM MESA

JULGADO: 03/06/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARIANA DALLA BERNARDINA - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : ANDERSON OLIVEIRA DA SILVA

CORRÉU : RODRIGO ALMEIDA DOS SANTOS

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

CERTIDÃO

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

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

Os Srs. Ministros Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.