



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 398.752 - SP (2017/0103725-6)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO GIRADE PARISE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXANDRE ELIAS DOS SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBOS DUPLAMENTE MAJORADOS EM CONCURSO MATERIAL. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. CONDENAÇÕES DIVERSAS. PRECEDENTES. CONDENAÇÃO ALCANÇADA PELO PERÍODO DEPURADOR. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. COMPENSAÇÃO INTEGRAL ENTRE A AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA, AINDA QUE ESPECÍFICA, E A ATENUANTE DE CONFISSÃO. PRECEDENTE JULGADO PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE NO HC N. 365.963/SP. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/6 PELA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA, PELO ROUBO NO QUAL NÃO HOUE CONFISSÃO. VIABILIDADE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA QUE ENSEJA O INCREMENTO MAIOR QUE A USUAL FRAÇÃO DE 1/6. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. DUAS CAUSAS DE AUMENTO. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DESTA CORTE. PLEITO DE APLICAÇÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA. CONCURSO MATERIAL CONFIGURADO. INSTÂNCIAS DE ORIGEM QUE DEFINIRAM SEREM DIVERSAS AS CIRCUNSTÂNCIAS DOS DELITOS. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE NA VIA ESTREITA DO *WRIT*. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

casos de flagrante ilegalidade.

– As instâncias ordinárias exasperaram a pena-base do paciente pela valoração negativa dos maus antecedentes e, posteriormente, pela reincidência, em razão da existência de condenações definitivas por processos diversos. Tal entendimento está em consonância com a jurisprudência firmada nesta Corte acerca do tema, segundo a qual *condenações pretéritas podem ser utilizadas tanto para valorar os maus antecedentes na primeira fase, bem como para agravar a pena na segunda fase, a título de reincidência, sem ocorrência de bis in idem, desde que as condenações sejam de fatos diversos*.

– Nos termos da jurisprudência consolidada nesta Corte, as condenações alcançadas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem a configuração de maus antecedentes, permitindo o aumento da pena-base acima do mínimo legal e a devida individualização das penas.

– Conforme o entendimento já pacificado desta Corte, no julgamento dos Embargos de Divergência nº 1.154.752/RS, inexistiu preponderância entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, sendo forçosa a compensação dessas circunstâncias legais. Ademais, a Terceira Seção desta Corte, em julgamento ocorrido em 11/10/2017, nos autos do HC n. 365.963/SP, assentou que a reincidência específica não é óbice para a compensação integral da atenuante da confissão com a agravante de reincidência, restando configurado, portanto, o constrangimento ilegal imposto pelo acórdão impugnado quanto ao ponto.

– Quanto ao delito de roubo em relação ao qual não houve confissão, é idônea a exasperação da pena em fração superior a 1/6, na segunda fase da dosimetria, tendo em vista a reincidência específica do réu. Precedentes.

– *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* - enunciado n. 443 da Súmula desta Corte.

– Na hipótese, o aumento da pena em fração superior a 1/3 ocorreu em razão da quantidade de majorantes, sem fundamentação baseada em circunstâncias que desbordem do tipo penal circunstanciado, a evidenciar a necessidade de aplicação da fração mínima.

– Quanto à continuidade, o art. 71 do Código Penal prescreve que há crime continuado quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, de forma que os delitos subsequentes devem ser havidos como continuação do primeiro. Nesse contexto, a jurisprudência desta Corte Superior firmou entendimento no sentido de que a caracterização da continuidade delitiva pressupõe 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).

– O Tribunal *a quo*, ao ratificar a sentença aplicando o concurso material entre os crimes, enfatizou que os delitos foram praticados em contextos distintos, além de inexistir unidade de desígnios entre as ações, afastando, com robustez, a aplicação do disposto no art. 71 do Código Penal. A conclusão em sentido contrário demandaria o revolvimento do acervo fático-probatório, inviável na via estreita do remédio heroico.

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas aplicadas ao paciente para 17 anos e 24 dias, e 40 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de junho de 2018(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 398.752 - SP (2017/0103725-6)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO GIRADE PARISE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXANDRE ELIAS DOS SANTOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de ALEXANDRE ELIAS DOS SANTOS contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento da Apelação nº 0047733-84.2015.8.26.0050.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, pelo Juízo de 1º grau, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, I e II, em concurso material com o art. 157, § 2º, I e II, por três vezes, na forma do art. 70 do Código Penal, às penas de 25 anos, 3 meses e 3 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 64 dias-multa, conforme sentença de fls. 37/50.

Irresignada, a defesa interpôs apelação, a qual foi parcialmente provida pelo Tribunal *a quo* para reduzir a pena imposta ao paciente para 18 anos, 6 meses e 26 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 57 dias-multa, nos termos do acórdão de fls. 51/73, que traz a seguinte ementa:

ROUBOS MAJORADOS – PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS EM RELAÇÃO AO DELITO PRATICADO CONTRA O OFENDIDO FELIPE – NÃO ACOLHIMENTO – MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS – MANUTENÇÃO DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA – DESNECESSIDADE DA APREENSÃO E DO PERICIAMENTO – DOSIMETRIA – REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE EXASPERAÇÃO DAS PENAS-BASE – REDUÇÃO DA MAJORAÇÃO PELA REINCIDÊNCIA QUANTO AO CRIME PRATICADO CONTRA FELIPE, ASSIM COMO DO AUMENTO PELO CONCURSO FORMAL – CONCURSO MATERIAL ENTRE AS INFRAÇÕES COMETIDAS EM DATAS DIVERSAS MANTIDO – INVIÁVEL RECONHECER A CONTINUIDADE DELITIVA – REGIME INICIAL FECHADO ADEQUADAMENTE ESTABELECIDO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesta impetração, a defesa do paciente aponta constrangimento ilegal em razão da exasperação da pena na primeira e na segunda fase da dosimetria, pois *a alegação de ser possível a valoração em face da reincidência e dos maus antecedentes quando derivados de processos diversos não merece guarida, visto que todas as condenações definitivas anteriores são acontecimentos que compõem a vida pregressa do agente, fato este considerado duas vezes na fixação da pena, violando, portanto, o princípio do non bis in idem* (fl. 4). Aponta violação do enunciado n. 241 da Súmula desta Corte.

Aponta constrangimento ilegal, ainda, na valoração negativa dos maus antecedentes, ao fundamento de que *a pena imposta no Processo nº 445/1996 – 17ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo-SP foi cumprida em 18/12/2001 (fls. 13 do apenso – “data fim execução prevista”)*, de forma que *desde o cumprimento da pena até a prática, em tese, dos presentes fatos decorreu prazo superior a 05 anos*. Diante disso, *não devem ser reconhecidos maus antecedentes, nos termos do art. 64, inciso I, do Código Penal, porquanto se referido prazo atinge a reincidência, mais gravosa, por mais razão, deve fazer desaparecer os maus antecedentes* (fl. 5).

Insurge-se, ainda, contra o incremento da pena pela suposta “agressão” *contra a vítima Gabriel, por constituir a própria elementar do delito de roubo, consistente na violência, não podendo também ser valorada negativamente na etapa da dosimetria da pena* (fl. 6).

Na segunda fase da dosimetria, aduz ser devida a compensação entre a atenuante de confissão espontânea e a agravante de reincidência, tendo em vista o entendimento firmado na jurisprudência deste Tribunal acerca do tema. Caso assim não se entenda, argumenta que o aumento na fração de 1/5 em razão da reincidência mostrou-se desproporcional, de forma que dever ser fixado em, no máximo, 1/6.

Aduz, quanto à terceira fase da dosimetria, que a exasperação da pena na fração de 3/8 considerou exclusivamente a quantidade de causas de aumento, sem qualquer fundamentação concreta a maior reprovabilidade, contrariando o entendimento da Súmula 443 do STJ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Postula, por fim, o reconhecimento da continuidade delitiva entre o roubo ocorrido em 29/05/2015 e o do dia 02/06/2015, devendo ser afastado o concurso material entre as condutas. Uma vez reconhecida a continuidade delitiva, sustenta *não ser possível haver o aumento de pena pelo concurso formal (vítimas Gabriel, Doralice e Loja Bauducco) e, depois, nova majoração pela continuidade delitiva (vítima FELIPE), sob pena de bis in idem. Argumenta que deve prevalecer o aumento pela continuidade delitiva, já que também estão presentes os pressupostos do art. 71 do CP, pois, na outra ação, num lugar próximo, posteriormente ao primeiro delito, praticou-se outro delito de roubo (fl. 14).*

Requer, assim, na primeira fase, a redução da pena-base para o mínimo legal ou próximo ao mínimo; na segunda, a compensação entre a confissão e a reincidência e, caso não reconhecida, que o aumento ocorra na fração de 1/6; na terceira fase, a exasperação da pena na fração mínima de 1/3; e, por fim, o reconhecimento da continuidade delitiva entre todos os delitos.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem, *a fim de readequar a pena do paciente com a compensação parcial da reincidência e da confissão, aplicando, ainda, a fração mínima de 1/3 na última etapa da dosimetria, em parecer assim ementado (fls. 81/85):*

EMENTA: HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO QUALIFICADO. MÚLTIPLAS CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. UTILIZAÇÃO DE UMA DELAS COMO MAUS ANTECEDENTES E A OUTRA COMO REINCIDÊNCIA. INOCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE PREPONDERÂNCIA. POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO. RÉU REINCIDENTE ESPECÍFICO. COMPENSAÇÃO PARCIAL. AUMENTO DA PENA NA TERCEIRA FASE. CRITÉRIO PURAMENTE ARITMÉTICO. OFENSA À SÚMULA 443 DO STJ. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. CONTEXTOS DISTINTOS. NÃO PREENCHIDOS OS REQUISITOS DO ART. 71 DO CP.

Parecer pela parcial concessão da ordem, a fim de readequar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena do paciente com a compensação parcial da reincidência e da confissão, aplicando, ainda, a fração mínima de 1/3 na última etapa da dosimetria.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 398.752 - SP (2017/0103725-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpra analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, 1ª Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014; STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, 4ª Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Requer, assim, na primeira fase, a redução da pena-base para o mínimo legal ou próximo ao mínimo; na segunda, a compensação entre a confissão e a reincidência e, caso não reconhecida, que o aumento ocorra na fração de 1/6; na terceira fase, a exasperação da pena na fração mínima de 1/3; e, por fim, o reconhecimento da continuidade delitiva entre todos os delitos.

O Juízo de 1º grau, ao fixar a pena, utilizou os seguintes fundamentos (fls. 46/49):

O réu é reincidente específico (fl. 22/24 do apenso de antecedentes).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ademais, o acusado possui outra condenação por roubo, o que demonstra sua personalidade deturpada, voltada para o cometimento de crimes patrimoniais violentos. Assim, nos termos do art. 59 do Código Penal, fixo a pena-base no mínimo-legal, em 06 anos de reclusão e pagamento de 15 dias-multa, para o crime de roubo contra as vítimas Felipe, Doralice e “Nicks Bauducco”, e em 07 anos de reclusão e pagamento de 20 dias- multa, com relação ao crime perpetrado contra a vítima Gabriel, pois ele foi agredido e o crime teve maiores consequências para ele, como se pode verificar até de sua postura no depoimento, que foi gravado.

Diante de sua confissão, com relação ao crime praticado no estabelecimento comercial, atenuo a pena em 1/6, totalizando 05 anos de reclusão e pagamento de 12 dias-multa, para o crime de roubo contra as vítimas Doralice e “Nicks Bauducco”, e em 05 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 16 dias-multa, com relação ao crime perpetrado contra a vítima Gabriel. O acusado não confessou o crime praticado contra Felipe, pelo que mantenho a pena em 06 anos de reclusão e 15 dias-multa.

Diante de sua reincidência, exaspero a pena em 1/3, totalizando 08 anos de reclusão e pagamento de 20 dias-multa, com relação ao roubo perpetrado contra a vítima Felipe; 06 anos e 08 meses de reclusão e pagamento de 16 dias-multa, com relação aos crimes perpetrados contra “Nicks Bauducco” e Doralice; e 07 anos, 09 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 21 dias-multa, em relação ao crime de roubo contra a vítima Gabriel.

Deixo de compensar conforme postulado pela defesa do acusado, vez que sua reincidência é preponderante em relação à confissão. Nesse sentido:

Apelação Recepção simples Autoria e materialidade bem comprovadas Confissão em juízo Palavras coerentes e uniformes de policial oficiante Defesa que não se desincumbiu de seu ônus probatório Delito caracterizado Reincidência específica Confissão que não autoriza redução, diante do flagrante e da recidiva, que é preponderante Art. 67 do CP Exasperação da base bem praticada, dadas as circunstâncias do delito Regime semiaberto Recurso desprovido. [APELAÇÃO nº 0057908-11.2013.8.26.0050. Rel. Ivan Sartori. J. 24/02/2015]

Em razão das causas de aumento de pena do roubo - emprego de arma e concurso de agentes - aumento a pena aplicada de 3/8, resultando assim, em 11 anos de reclusão e pagamento de 27 dias-multa, com relação ao roubo perpetrado contra a vítima Felipe; 09 anos e 02 meses de reclusão e pagamento de 22 dias-multa, com relação aos crimes perpetrados contra “Nicks Bauducco” e Doralice; e 10 anos, 8 meses e 10 dias de reclusão e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pagamento de 28 dias-multa, em relação ao crime de roubo contra a vítima Gabriel. Adoto tal coeficiente de aumento de pena a fim de não equalizar situações desiguais, pois, segundo entendimento jurisprudencial, inclusive do Supremo Tribunal Federal, o menor coeficiente de aumento (1/3), deve reservar-se à hipótese de unicidade de causas de aumento, pois há maior grau de reprovabilidade na conduta do agente (STF - HC. 70.900-1 SP Rel. Min. Moreira Alves).

Tendo em vista a configuração do concurso formal entre os roubos praticados contra as vítimas Gabriel, Doralice e “Nicks Bauducco” e considerando que a pena cominada ao crime contra a vítima Gabriel é superior às penas cominadas ao crime perpetrados contra Doralice e “Nicks Bauducco”, conforme a regra insculpida no art. 70, caput, do Código Penal, aplico apenas aquela, aumentada de 1/3, totalizando 14 anos, 03 meses e 03 dias de reclusão e pagamento de 37 dias-multa.

Pela aplicação do concurso material entre os crimes praticados em contextos distintos, de Felipe e das demais vítimas, somo as penas impostas, totalizando 25 anos, 03 meses e 03 dias-multa de reclusão e pagamento de 64 dias-multa.

O Tribunal a quo, por sua vez, ao analisar o apelo defensivo, consignou (fls.

60/70):

Passo, então, à dosimetria das penas.

Na primeira fase, o Juízo a quo fixou a pena-base do acusado, em relação aos roubos contra Felipe, Doralice e o estabelecimento comercial, em 06 anos de reclusão e pagamento de 15 dias-multa, com base nos maus antecedentes.

Quanto ao crime contra Gabriel, a pena-base foi fixada em 07 anos de reclusão e pagamento de 20 dias-multa, em razão dos maus antecedentes e das consequências do crime.

Reduzo, porém, as frações de exasperação, aplicando para todos os crimes a majoração de 1/3, o que resulta em 05 anos e 04 meses de reclusão, e pagamento de 13 dias- multa.

Isso porque, apesar de o réu ostentar maus antecedentes específicos (certidões de fls. 25 e 27 do apenso), a majoração aplicada pelo Juízo de Primeiro Grau mostrou-se excessiva.

No mais, em relação ao roubo praticado contra o réu Gabriel, o fato de ter havido violência não se mostra apto a justificar a majoração. Tal se dá, pois a violência é elementar do crime de roubo e não há nos autos elementos que atestem que esta tenha ocorrido de forma a indicar maior reprovabilidade da conduta, ou, então, que tenha



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

causado lesões significativas ao ofendido.

No tocante aos maus antecedentes, ao contrário do alegado pela defesa, inexistente bis in idem em razão do reconhecimento também da reincidência, pois são diversas as certidões que caracterizam maus antecedentes e aquela que ensejou, como se verá, a majoração em razão da reincidência.

No mais, o lapso de 05 anos para a caracterização da reincidência não se aplica aos maus antecedentes, conforme firme entendimento jurisprudencial:

“Não há bis in idem ou imposição de penas perpétuas ao se considerar para fins de maus antecedentes condenações anteriores já alcançadas pelo período depurador previsto no art. 64, I, do CP. Conforme prevê a própria Constituição em seu art. 5º, XLVI, as penas demandam individualização, e é justificado o tratamento diverso daquele que já ostenta condenações definitivas prévias em relação ao sentenciado sem qualquer intercorrência penal anterior. Com efeito, não se podem desconsiderar estas condenações anteriores, posto que o réu se mostrou inclinado à prática de delitos, devendo isto refletir em sua pena como circunstância judicial desfavorável. Os maus antecedentes não desaparecem com o tempo; ao contrário, revelam que os diversos envolvimento criminais e suas respectivas punições não foram suficientes para conter o ímpeto do réu ao infringir novamente a lei penal” (TJ/SP, Apelação nº 0075446-34.2015.8.26.0050, 1ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Diniz Fernando, 08/08/2016).

Na segunda etapa, quanto aos crimes praticados no estabelecimento comercial, o Juízo a quo reduziu as penas em 1/6, em razão da confissão espontânea, e, na sequência, as majorou em 1/3, com base na reincidência (certidão de fls. 22/24).

Destaco, inicialmente, que a reincidência, de fato, prepondera sobre a confissão espontânea.

Conforme preceitua o art. 67, do Código Penal, “No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência”.

São três, portanto, segundo a letra da lei, as espécies de circunstâncias preponderantes, relacionadas:

- a) aos motivos determinantes do crime;*
- b) à personalidade do agente;*
- c) à reincidência.*

Os motivos determinantes são aqueles que estimularam o agente à prática delitiva, tais como o motivo fútil, torpe, de relevante valor



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

social ou moral.

A personalidade do agente implica em circunstâncias pessoais, inerentes à sua pessoa, como é o caso da idade (menor de 21 na data dos fatos, e maior de 70 anos na data da sentença).

Já a reincidência demonstra que a condenação anterior não exerceu o efeito preventivo desejado, pois não obstante a censura precedente persistiu na senda criminosa ao praticar novo crime após o trânsito em julgado da decisão condenatória anterior, demonstrando, com isso, maior reprovabilidade.

Percebe-se que tais elementos, preponderantes, são todos de natureza subjetiva e refletem na maior ou na menor reprovabilidade do agente.

Deste modo, havendo o concurso de uma circunstância preponderante com outra que não tenha essa natureza, deve aquela prevalecer na segunda fase da aplicação da pena.

A confissão espontânea, aliás, além de não estar relacionada à personalidade do agente, por vezes configura postura adotada em sua conveniência ou como estratégia da defesa, visando apenas à redução das reprimendas.

[...]

No mais, em relação aos crimes em questão, não assiste razão à defesa ao postular a redução da fração de exasperação, pois o resultado final da operação realizada pelo Juízo a quo mostrou-se proporcional (fração de 1/9). As penas, portanto, restam fixadas em 05 anos, 11 meses e 03 dias de reclusão, mais pagamento de 14 dias-multa.

Quanto ao crime praticado contra o réu Felipe, não tendo o acusado confessado tal infração, o Juízo a quo majorou sua pena em 1/3.

Neste ponto, assiste razão à defesa ao pleitear a redução da fração de exasperação, pois, havendo apenas uma condenação caracterizadora de reincidência, é excessivo o patamar de 1/3.

Deste modo, elevo as penas do réu, quanto ao crime praticado contra Felipe, em 1/5, uma vez que a reincidência é específica, o que resulta em 06 anos, 04 meses e 24 dias de reclusão, e pagamento de 15 dias-multa.

Na fase final, configuradas duas majorantes para todos os delitos, mantenho a exasperação das penas em 3/8, fixando-as, portanto, em 08 anos, 09 meses e 18 dias de reclusão, e pagamento de 20 dias-multa (roubo contra Felipe); e 08 anos, 01 mês e 22 dias de reclusão, e pagamento de 19 dias-multa (roubos praticados no estabelecimento comercial).

Correta a exasperação das penas na fração de 3/8, em decorrência



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da comprovação de duas causas de aumento, porquanto essa solução atende ao princípio da individualização da pena, não havendo como se sustentar a incidência do mínimo de 1/3 estando presente uma, duas, três ou mais causas de aumento. Evidente que a exasperação da pena deve guardar proporcionalidade com o número de causas de aumento, porquanto representar maior vulnerabilidade do patrimônio e maior censurabilidade da conduta.

Isso porque, em se tratando de roubo em que se fazem presentes duas causas de aumento, é inadmissível que o juiz deixe de valorar uma delas, pois lhe é defeso observar parcialmente a lei.

No tocante ao concurso formal entre os crimes ocorridos no interior do estabelecimento comercial, reduzo a fração de exasperação para 1/5, pois este aumento deve ser estabelecido em conformidade com o número de resultados.

Conforme firme entendimento jurisprudencial, a fração mencionada acima deve ser aplicada para os casos em que ocorreram três infrações o que se deu in concreto -, resultando nas penas de 09 anos, 09 meses e 08 dias de reclusão.

Com base no art. 72, do CP, deveria ter sido aplicada a pena de 57 dias-multa. Contudo, considerando que o Juízo a quo equivocou-se nesta operação e inexistiu recurso do Ministério Público, mantenho os fixados 37 dias-multa.

Configurado o concurso material entre os crimes do estabelecimento comercial e o roubo cometido contra Felipe, nos termos do art. 69, do CP, somo as penas, estabelecendo-as definitivamente em 18 anos, 06 meses e 26 dias de reclusão, e pagamento de 57 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Não assiste razão à defesa ao pleitear o reconhecimento da continuidade delitiva entre as infrações praticadas em datas diversas, uma vez que as circunstâncias das execuções foram diferentes entre si, em especial a diferença na quantidade de agentes envolvidos em cada infração, e o emprego de violência nos crimes ocorridos dentro do estabelecimento comercial.

Deste modo, não estão preenchidos os requisitos do art. 71, do CP, devendo ser mantida a aplicação do concurso material.

Verifica-se, da leitura dos trechos destacados, que as instâncias ordinárias exasperaram a pena-base do paciente pela valoração negativa dos maus antecedentes e, posteriormente, pela reincidência, em razão da existência de condenações definitivas por processos diversos. Tal entendimento está em consonância com a jurisprudência firmada nesta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Corte acerca do tema, segundo a qual *condenações pretéritas podem ser utilizadas tanto para valorar os maus antecedentes na primeira fase, bem como para agravar a pena na segunda fase, a título de reincidência, sem ocorrência de bis in idem, desde que as condenações sejam de fatos diversos.*

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÕES ANTERIORES NA PRIMEIRA E NA SEGUNDA ETAPAS DA DOSIMETRIA QUANDO SE TRATA DE PROCESSOS DISTINTOS. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. PLEITO DE REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO PELA REINCIDÊNCIA. VIABILIDADE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA QUE NÃO ENSEJA O INCREMENTO MAIOR QUE A USUAL FRAÇÃO DE 1/6. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

2. Condenações pretéritas podem ser utilizadas tanto para valorar os maus antecedentes na primeira fase, bem como para agravar a pena na segunda fase, a título de reincidência, sem ocorrência de bis in idem, desde que as condenações sejam de fatos diversos. Precedentes.

3. Nos autos, verifica-se que o paciente possui condenações diversas transitadas em julgado, sendo uma apta a configurar a reincidência, não havendo ilegalidade em utilizar algumas condenações na primeira fase e outra na segunda fase.

4. Em se tratando de atenuantes e agravantes, a lei não estabelece os percentuais de fração de diminuição e de aumento que devem ser utilizados. Em decorrência, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a fração de 1/6, mínima prevista para as majorantes e minorantes, deve guiar o julgador no momento da dosimetria da pena, de modo que, em situações específicas, é permitido o aumento superior a 1/6, desde que haja fundamentação concreta.

5. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do HC n. 365.963/SP, ocorrido em 11/10/2017, firmou a tese de que a reincidência, seja ela específica ou não, deve ser compensada integralmente com a atenuante da confissão, demonstrando, assim, que não foi ofertado maior desvalor à conduta do réu que ostente outra condenação pelo mesmo delito.

6. Hipótese em que a fração de 1/3, utilizado para agravar a pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

na segunda fase da dosimetria, lastreou-se apenas no fato de ser o paciente reincidente específico, argumento que não se alinha à jurisprudência deste Tribunal Superior, motivo pelo qual deve a pena ser agravada, agora, na usual fração de 1/6. Precedentes.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para redimensionar a pena do paciente (HC 412.781/SP, de minha relatoria, julgado em 24/10/2017, DJe 06/11/2017).

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. AMEAÇA E LESÃO CORPORAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÕES ANTERIORES NA PRIMEIRA E NA SEGUNDA ETAPAS DA DOSIMETRIA QUANDO SE TRATA DE PROCESSOS DISTINTOS. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. REGIME ABERTO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE REINCIDENTE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

- Condenações pretéritas podem ser utilizadas tanto para valorar os maus antecedentes na primeira fase, bem como para agravar a pena na segunda fase, a título de reincidência, sem ocorrência de bis in idem, desde que as condenações sejam de fatos diversos. Precedentes.

- Nos autos, verifica-se que o paciente possui condenações diversas transitadas em julgado, sendo uma apta a configurar a reincidência, não havendo ilegalidade em utilizar algumas condenações na primeira fase e outra na segunda fase.

- Deve ser mantido o regime semiaberto, não obstante a pena ser inferior a 4 anos, tendo em vista que o paciente é reincidente.

- Habeas corpus não conhecido (HC 391.993/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 20/04/2017, DJe 27/04/2017).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE AGENTES. RECONHECIMENTO TENTATIVA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. POSSE MANSA E PACÍFICA. PRESCINDIBILIDADE. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES DISTINTAS. UTILIZAÇÃO EM MOMENTOS DIVERSOS. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. REGIME FECHADO. PACIENTES REINCIDENTES COM CONDENAÇÕES SUPERIORES A 4 ANOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- *Não se configura bis in idem a utilização de condenações definitivas, anteriores e distintas, para caracterização de maus antecedentes e reincidência. No caso, o magistrado utilizou condenações diversas para exasperar a primeira e a segunda fase da dosimetria, estando a decisão em consonância com o entendimento desta Corte Superior.*

- *Em que pese a pena-base de um dos pacientes ter sido estabelecida no mínimo legal, tal condição não é suficiente para o estabelecimento de regime menos gravoso, pois ambos os condenados são reincidentes e suas penas reprimendas totais foram fixadas acima de 4 (quatro) anos de reclusão. Além disso, as instâncias ordinárias apresentaram circunstâncias fáticas aptas justificar a imposição de regime mais rigoroso.*

Habeas Corpus não conhecido (HC 209.462/RJ, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 04/04/2013, DJe 12/04/2013).

Ademais, nos termos da jurisprudência consolidada nesta Corte, as condenações alcançadas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem a configuração de maus antecedentes, permitindo o aumento da pena-base acima do mínimo legal e a devida individualização das penas.

Nesse sentido, confirmam-se os precedentes desta Corte:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CONDENAÇÕES DEFINITIVAS ATINGIDAS PELO PERÍODO DEPURADOR DE 5 ANOS. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. PARA ELEVAÇÃO DA PENA-BASE. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO CONTIDA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DE PROVAS. PRESENÇA DE MAUS ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE REQUISITOS PARA RECONHECIMENTO DA BENESSE. REGIME FECHADO. ADEQUADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. SUSPENSÃO OU SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA. DESCABIMENTO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. AUSÊNCIA DE REQUISITOS PREVISTOS NOS ARTS. 44 E 77, DO CP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

II - Embora o Supremo Tribunal Federal ainda não haja decidido o mérito do RE n. 593.818 RG/SC - que, em repercussão geral já reconhecida (DJe 3/4/2009), decidirá se existe ou não um prazo limite para se sopesar uma condenação anterior como maus antecedentes -, certo é que, por ora, este Superior Tribunal possui o entendimento consolidado de que, decorrido o prazo de cinco anos entre a data do cumprimento ou a extinção da pena e a infração posterior, a condenação anterior, embora não possa prevalecer para fins de reincidência, pode ser sopesada a título de maus antecedentes. Precedentes.

III - Diante da existência de precedentes em ambos os sentidos e tendo em vista a ausência de definição da matéria pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, não há como qualificar de abusiva ou de ilegal a decisão que opta por uma das duas correntes.

[...]

V - Segundo a jurisprudência deste Tribunal Superior, a condenação anterior existente, ainda que alcançada pelo período depurador de cinco anos previsto no art. 64, I, do Código Penal, embora não seja apta a caracterizar a agravante da reincidência, configura maus antecedentes, razão pela qual fica impedida a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, diante da ausência do preenchimento dos requisitos legais.

VI - As anotações configuradoras de maus antecedentes foram consideradas já na primeira fase da dosimetria para aumentar a pena-base. Desse modo, fixada a pena acima de 4 anos e existindo circunstância judicial desfavorável, fica afastada a possibilidade de fixação do regime diverso do fechado, nos termos do art. 33, § 2º, "b" e § 3º, do Código Penal.

VII - Mantida a pena cominada ao paciente em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão, resta prejudicado o pedido de suspensão ou substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos, pois não preenchidos os requisitos estabelecidos nos arts. 44 e 77, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido (HC 446.042/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2018, DJe 29/05/2018).

PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONDENAÇÃO ANTERIOR COM PERÍODO DEPURADOR SUPERIOR A 5 ANOS. MAUS ANTECEDENTES. CONSIDERAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. Este Superior Tribunal de Justiça detém entendimento pacificado de que as condenações alcançadas pelo período depurador de cinco



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

anos, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem a configuração de maus antecedentes, permitindo, assim, o aumento da pena-base acima do mínimo legal, como ocorrido na espécie.

[...]

3. *Recurso provido (REsp 1720112/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 28/05/2018).*

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS E RECEPÇÃO. EXASPERAÇÃO DAS PENAS-BASES. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES ALCANÇADAS PELO PERÍODO DEPURADOR. FUNDAMENTOS VÁLIDOS. CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE VALORADAS NEGATIVAMENTE. CONDENAÇÕES DEFINITIVAS. IMPOSSIBILIDADE. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO DESTA CORTE. READEQUAÇÃO PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU PORTADOR DE MAUS ANTECEDENTES. INAPLICABILIDADE. REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E NÃO EXCEDENTE A 8 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA EM PARTE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. A jurisprudência deste Tribunal é reiterada no sentido de que, para a configuração dos maus antecedentes, a análise das condenações anteriores não está limitada ao período depurador quinquenal, previsto no art. 64, I, do CP, tendo em vista a adoção pelo Código Penal do Sistema da Perpetuidade. Precedentes.

[...]

7. *Reconhecidos os maus antecedentes do paciente, não se admite a aplicação da mencionada benesse, porquanto ausente o preenchimento dos requisitos legais.*

8. *Fixada a sanção corporal definitiva em 6 anos, 4 meses e 20 dias de reclusão e considerando a aferição desfavorável de circunstâncias judiciais, o regime inicial fechado é o mais cabível para o cumprimento de pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal. Precedente.*

9. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir as penas-bases dos delitos de tráfico de entorpecentes e receptação, ficando a sanção final em 6 anos, 4 meses e 20 dias de reclusão e pagamento de 531 dias-multa, mantido o regime inicial fechado (HC 421.729/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 30/05/2018).*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Insurge-se, ainda, contra o incremento da pena pela *suposta “agressão” contra a vítima Gabriel*, por constituir *a própria elementar do delito de roubo, consistente na violência, não podendo também ser valorada negativamente na etapa da dosimetria da pena* (fl. 6).

Entretanto, tal fundamento já foi devidamente acolhido pela Corte local, conforme se depreende do seguinte trecho extraído do acórdão impugnado:

No mais, em relação ao roubo praticado contra o réu Gabriel, o fato de ter havido violência não se mostra apto a justificar a majoração. Tal se dá, pois a violência é elementar do crime de roubo e não há nos autos elementos que atestem que esta tenha ocorrido de forma a indicar maior reprovabilidade da conduta, ou, então, que tenha causado lesões significativas ao ofendido.

Portanto, quanto ao ponto, não se verifica o necessário interesse de agir.

Na segunda fase da dosimetria, o Tribunal *a quo* manteve o aumento da pena, pela reincidência do paciente, ao fundamento de que a reincidência deveria preponderar sobre a confissão espontânea.

Ocorre que, conforme o entendimento já pacificado desta Corte, no julgamento dos Embargos de Divergência nº 1.154.752/RS, inexistiu preponderância entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, sendo forçosa a compensação dessas circunstâncias legais.

Ademais, a Terceira Seção desta Corte, em julgamento ocorrido em 11/10/2017, nos autos do HC n. 365.963/SP, assentou que a reincidência específica não é óbice para a compensação integral da atenuante da confissão com a agravante de reincidência, restando configurado, portanto, o constrangimento ilegal imposto pelo acórdão impugnado quanto ao ponto.

De outro lado, quanto ao roubo praticado contra a vítima Felipe, o Tribunal *a quo* exasperou a pena na fração de 1/5, em razão da reincidência específica do paciente,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

porquanto, em relação ao referido delito, não houve confissão. Nesse ponto, não está caracterizado o constrangimento ilegal, uma vez que a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que é possível a aplicação de fração superior a 1/6, para exasperar a pena na segunda fase da dosimetria, tendo em vista a reincidência específica do réu.

Assim, colaciono o seguinte precedente:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. FRAÇÃO DE AUMENTO SUPERIOR À 1/6 (UM SEXTO) NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA.

POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - Consoante entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, a aplicação de fração superior à 1/6 (um sexto), pelo reconhecimento das agravantes e das atenuantes genéricas, exige motivação concreta e idônea.

III - Verifica-se que houve fundamentação idônea a lastrear o valor fracionário utilizado em patamar diverso à 1/6 (um sexto), em razão da reincidência específica ostentada pelo réu. Precedentes.

IV - O v. acórdão combatido está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior, inexistindo flagrante ilegalidade no aumento operado em patamar diverso à 1/6 (um sexto), em razão da reincidência específica ostentada pelo réu.

V - Ante o exposto, dou provimento ao agravo regimental para restabelecer o aumento operado pelas instâncias ordinárias, na segunda fase da dosimetria, na fração de 1/4 e fixar a pena definitiva do réu EMERSON GOMES em 8 (oito) e 3 (três) meses de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 20 (vinte) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

Agravo regimental provido (AgRg no HC 403.600/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2018, DJe 08/05/2018).

Quanto ao aumento da pena na terceira fase da dosimetria, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o critério para a exasperação da pena, em razão das causas de aumento no crime de roubo, não deve ser apenas matemático, mas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

subjetivo, a ser evidenciado pelas circunstâncias do caso concreto. O referido entendimento foi expresso no enunciado n. 443 da Súmula desta Corte, segundo o qual:

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.

Conforme se observou do trecho destacado da sentença, confirmada pelo Tribunal *a quo*, na terceira fase da dosimetria da pena foi aplicado o acréscimo em fração superior a 1/3 considerando apenas a quantidade de majorantes imputadas, deixando de evidenciar de que forma a conduta do paciente desbordou para um comportamento mais grave, fundamentação concreta que justificaria a majoração da pena em fração superior ao mínimo de 1/3.

Assim, também quanto ao referido ponto, necessária a realização de nova dosimetria.

Por fim, quanto à continuidade, o art. 71 do Código Penal prescreve que há 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, de forma que os delitos subsequentes devem ser havidos como continuação do primeiro. Nesse contexto, a jurisprudência desta Corte Superior firmou entendimento no sentido de que a caracterização da continuidade delitiva pressupõe 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).

No caso, pretende a impetrante o reconhecimento da continuidade delitiva, de forma a se afastar o concurso material entre os crimes ocorridos no estabelecimento comercial, contra as vítimas Gabriel e Doralice, e o roubo cometido contra a vítima Felipe.

O Tribunal *a quo*, ao ratificar a sentença ao aplicar o concurso material entre os crimes, enfatizou que os delitos foram praticados em contextos distintos (fl. 49), afastando, com robustez, a aplicação do disposto no art. 71 do Código Penal, conforme se depreende do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seguinte trecho (fls. 69/70):

Não assiste razão à defesa ao pleitear o reconhecimento da continuidade delitiva entre as infrações praticadas em datas diversas, uma vez que as circunstâncias das execuções foram diferentes entre si, em especial a diferença na quantidade de agentes envolvidos em cada infração, e o emprego de violência nos crimes ocorridos dentro do estabelecimento comercial.

Desse modo, não estão preenchidos os requisitos do art. 71, do Código Penal, devendo ser mantida a aplicação do concurso material.

Assim, a Corte regional, ao julgar a apelação criminal, considerou que os furtos foram praticados em condições diversas, além de inexistir unidade de desígnios entre as ações, razão pela qual refutou a aplicação da continuidade delitiva, o que está em consonância com o entendimento firmado nesta Corte acerca do tema.

Para concluir-se em sentido contrário, seria necessário o revolvimento do acervo fático-probatório, inviável na via estreita do remédio heroico.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO MAJORADO. CONTINUIDADE DELITIVA. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. VÍNCULO SUBJETIVO. AUSÊNCIA. DESCONSTITUIÇÃO DO JULGADO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. Na espécie, o Tribunal de origem concluiu pela existência do concurso material de delitos, salientando que as condutas imputadas se deram mediante desígnios autônomos, circunstância a afastar o vínculo subjetivo entre as ações criminosas, e assim a forma continuada delitiva. Consignou ainda que as ações criminosas se deram de modo distinto.

2. Acerca do tema, esta Corte Superior de Justiça orienta-se no sentido de que o reconhecimento da ficção jurídica do crime continuado demanda a prática de delitos em idênticas condições de tempo, lugar e modo de execução, assim como a unidade de desígnios entre as condutas.

3. Em julgado anterior assentou-se no âmbito deste Sodalício que "Segundo a jurisprudência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal de Justiça, para efeito de reconhecimento da continuidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

delitiva, é indispensável que o réu tenha praticado as condutas delituosas em idênticas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, e, ainda, que exista entre elas um liame a indicar a unidade de desígnios do agente (precedentes)" (HC 369.517/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 05/04/2017).

4. Dessarte, constata-se que o Tribunal local, ao acolher o recurso ministerial com o fim de reconhecer o concurso material de delitos, alinhou-se à jurisprudência desta Corte Superior de Justiça sobre o tema.

5. Aferir se estariam presentes as circunstâncias exigidas para o reconhecimento da ficção jurídica da continuidade delitiva, tornaria necessária a apreciação aprofundada dos fatos e provas constantes dos inquéritos policiais e da ação penal instaurada contra o recorrente, providência inadmissível na via do recurso especial, consoante entendimento perfilhado por esta Corte Superior de Justiça.

6. Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1711154/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 28/05/2018).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. UM FURTO SIMPLES E DOIS QUALIFICADOS COM ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO E EM CONCURSO MATERIAL. PRETENDIDA APLICAÇÃO DA BENESSE DA CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. FURTOS PRATICADOS EM CONDIÇÕES DIVERSAS. INEXISTÊNCIA DE UNIDADE DE DESÍGNIOS. REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA DO REMÉDIO HEROICO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

- O art. 71 do Código Penal prescreve que há 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. - A jurisprudência desta Corte Superior firmou entendimento no sentido de que a caracterização da continuidade delitiva pressupõe 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).

- A Corte regional, ao julgar a apelação criminal, considerou que os furtos foram praticados em condições diversas, além de inexistir unidade de desígnios entre as ações, razão pela qual refutou a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicação da continuidade delitiva, entendimento que está em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior.

- Conclusão em sentido contrário ao manifestado, demandaria, à evidência, o revolvimento do acervo fático-probatório, inviável na via estreita do remédio heroico.

- Agravo regimental não provido (AgRg no HC 402.314/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 13/03/2018).

Analizados os temas suscitados na presente impetração, passo a realizar a nova dosimetria da pena.

Na primeira etapa, fica mantido o aumento das penas-base operado pelas instâncias ordinárias – 5 anos e 4 meses de reclusão, e 13 dias-multa.

Na segunda fase, quanto ao delito praticado contra o estabelecimento comercial e as vítimas Gabriel e Doralice, reconhecida a atenuante de confissão, compenso-a com a agravante de reincidência, de forma que resta mantido o patamar de pena acima indicado. Quanto ao delito praticado contra a vítima Felipe, ante a ausência de confissão, mantenho o aumento na fração de 1/5 aplicado pelo Tribunal *a quo*, pela reincidência específica, resultando em uma pena provisória de **6 anos, 4 meses e 24 dias de reclusão, e 15 dias-multa**.

Na terceira fase da dosimetria, aplico a fração mínima de 1/3, fixando a pena de **7 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, e 17 dias-multa**, para o delito cometido contra o estabelecimento comercial e as vítimas Gabriel e Doralice e **8 anos, 6 meses e 12 dias de reclusão, e 20 dias-multa**, para o delito cometido contra a vítima Felipe.

Ante o concurso formal de crimes ocorridos no interior do estabelecimento comercial, mantenho a exasperação da pena em 1/5, a qual resulta em uma sanção de **8 anos, 6 meses e 12 dias de reclusão, e 20 dias-multa**, a qual deve ser somada à pena aplicada pelo delito cometido contra a vítima Felipe, resultando em uma pena definitiva de **17 anos e 24 dias, e 40 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação**.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concedo a ordem, de ofício, para reduzir as penas impostas ao paciente, nos termos da fundamentação acima expendida.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0103725-6

HC 398.752 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00477338420158260050 20170000136293 477338420158260050

EM MESA

JULGADO: 19/06/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

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	: ALEXANDRE ELIAS DOS SANTOS

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.