



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 197.680 - RJ (2011/0033504-8)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
IMPETRANTE : KATIA VARELA MELLO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : PAULO CESAR DANTAS NUNES
PACIENTE : TATIANE DA SILVA BARROS

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. PRETENSÃO RELATIVA À EXCLUSÃO DA REINCIDÊNCIA. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE. AUMENTO DE PENA SUPERIOR A 1/6 SEM MOTIVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. TRÊS INFRAÇÕES. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/5. EXCESSO EVIDENCIADO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.
2. O réu deve se defender dos fatos narrados na exordial acusatória e não da capitulação legal dada pela denúncia. Na espécie, a sentença, ao reconhecer o cometimento dos três delitos informados, guarda a necessária correlação com os fatos descritos na peça acusatória. Nulidade por cerceamento de defesa afastada.
3. Não gera os efeitos da reincidência a condenação anterior transitada em julgado já alcançada pelo período depurador de cinco anos, cuja contagem se inicia do cumprimento ou da extinção da pena, informação sem a qual não é possível verificar a existência de constrangimento ilegal relativo à consideração da referida circunstância agravante.
4. A jurisprudência desta Corte Superior já firmou o entendimento de que, embora a legislação não estabeleça frações específicas para o aumento ou diminuição em razão das circunstâncias agravantes e atenuantes, a fração de 1/6 (um sexto) deve ser considerada razoável, sendo que o acréscimo superior a esse patamar exige motivação específica.
5. O aumento de pena em face da continuidade delitiva, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), deve ser calculado em função do número de delitos praticados, sendo que, no caso de três infrações, deve ser aplicada a fração de 1/5 (um quinto).
6. Hipótese em que as instâncias ordinárias não fundamentaram o aumento de 1/4 (um quarto) da pena em face da reincidência e elevaram a reprimenda em 1/2 (um meio) em razão das três infrações em continuidade delitiva.
7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para ajustar o aumento de pena em face da reincidência e da continuidade delitiva e, por conseguinte, redimensionar as reprimendas impostas aos pacientes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Reynaldo Soares da Fonseca, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 08 de setembro de 2015 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 197.680 - RJ (2011/0033504-8)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial impetrado em favor de PAULO CESAR DANTAS NUNES e TATIANE DA SILVA BARROS, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Consta dos autos que, em primeira instância, os pacientes foram condenados, pela prática do delito tipificado no art. 157, § 2º, II, c/c o art. 14, II, na forma do art. 71 (três vezes), todos do Código Penal, à pena de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 90 (noventa) dias-multa, no valor unitário mínimo (fls. 24/26).

Em sede de apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso da defesa (fls. 27/32).

No presente *writ*, a impetrante sustenta que: (a) os pacientes foram denunciados pela prática de dois roubos e, por isso, não podem ser condenados por três infrações, tal como decidido pela sentença condenatória; (b) em relação ao paciente PAULO, a reincidência não está caracterizada; e (c) os aumentos da pena em face da reincidência, em 1 (um) ano, e da continuidade delitiva, na metade (1/2), são exagerados.

Prestadas as informações (fls. 44/55).

O MPF opina pela conhecimento parcial do *habeas corpus* e, nessa extensão, pela concessão da ordem, em parecer assim ementado (fl. 59):

Habeas Corpus. Roubo majorado. Pedido de reconhecimento da ocorrência de apenas duas infrações. Impossibilidade. Supressão de instância. Exclusão da agravante da reincidência para Paulo César Dantas Nunes. Redução do *quantum* de aumento pela reincidência para Tatiane da Silva Barros. Crime continuado. Aumento no patamar de 1/5 ante o cometimento de três crimes. Parecer pelo conhecimento parcial e, nessa extensão, pela concessão da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 197.680 - RJ (2011/0033504-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante.

Pois bem, como cediço, o réu deve se defender dos fatos narrados na exordial acusatória e não da capitulação legal dada pela denúncia. Precedentes: HC 314.832/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 19/08/2015; HC 281.832/AC, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 01/06/2015.

No caso dos autos, a denúncia narra que os pacientes tentaram subtrair ao menos três vítimas na sua empreitada criminoso. Confira-se, com grifos adicionados (fl. 12):

No dia 29 de julho de 2009, por volta das 22:00h, na Av. Sargento de Milícias, em frente ao n. 1249, Pavuna, nesta comarca, os denunciados, agindo de forma livre e consciente, previamente ajustados, e em comunhão de ações e desígnios, mediante grave ameaça, consubstanciada no uso de expressões ameaçadoras e no emprego de simulacro de arma de fogo, subtraíram, para os mesmos, **um relógio e um aparelho de telefonia celular da vítima JOSÉ ANTÔNIO ROCHA DA CUNHA e um aparelho de telefonia celular do filho menor desta vítima, bem como, um relógio de pulso, um aparelho de telefonia celular, um anel de ouro e a quantia em espécie de R\$ 90,00 da vítima LAUDELINO JOSÉ DE FREITAS FILHO.**

Nesse contexto, verifica-se que a sentença, ao reconhecer o cometimento dos três delitos informados, guarda a necessária correlação com os fatos descritos na peça acusatória, inexistindo, pois, a nulidade por cerceamento de defesa.

Conforme dispõe o art. 64, I, do Código Penal, não gera os efeitos da reincidência a condenação anterior transitada em julgado já alcançada pelo período depurador de cinco anos, cuja contagem se inicia do cumprimento ou da extinção da pena.

A esse respeito:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. REEXAME DE PROVAS. NÃO OCORRÊNCIA. OFENSA À APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL. ART. 64, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. PERÍODO DEPURADOR. TERMO A QUO. DATA DO CUMPRIMENTO DA PENA REFERENTE AO CRIME ANTERIOR OU DA DECLARAÇÃO DE SUA EXTINÇÃO. INFRINGÊNCIA A



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. VIA INADEQUADA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

[...]

2. O art. 64, inciso I, do Estatuto Repressivo prevê o que se denomina período depurador, ou seja, decorrido o prazo de cinco anos entre a data do cumprimento da pena referente ao crime anterior, ou a declaração de sua extinção, e a prática do novo delito, aquela condenação perde o efeito de gerar a reincidência.

3. Viola o art. 64, inciso I, do Código Penal, o acórdão que considera como termo a quo para a contagem do período depurador, a data do trânsito em julgado da condenação anterior à prática do novo delito.

[...] (AgRg no REsp 1.191.237/SE, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 14/04/2015, DJe 24/04/2015).

CONSTITUCIONAL. PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA MAJORADA ANTE O RECONHECIMENTO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA (CP, ART. 61, INC. I). IMPOSSIBILIDADE. TRANSCURSO DO PERÍODO DEPURADOR (CP, ART. 64, INC. I). REGIME PRISIONAL. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. SÚMULA 440 DO STJ E SÚMULA 719 DO STF. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

[...]

02. Dispõe o Código Penal que, "para efeito de reincidência" (art.

64), "não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação" (inc. I).

Presentes esses pressupostos, impõe-se o afastamento da reincidência e a readequação da pena privativa de liberdade.

03. De acordo com a Súmula 440 desta Corte, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito"; com a Súmula 719 do Supremo Tribunal Federal, "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

Faltante a motivação idônea, o regime prisional para cumprimento da pena privativa de liberdade deve ser readequado.

04. Habeas corpus não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para redimensionar a pena privativa de liberdade aplicada ao paciente e estabelecer o regime semiaberto para seu cumprimento inicial.

(HC 293.542/SP, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC), QUINTA TURMA, julgado em 07/04/2015, DJe 17/04/2015)

Na espécie, a impetrante não logrou demonstrar a data do cumprimento ou da extinção da pena decorrente da condenação anterior imposta ao paciente PAULO, informação sem a qual não é possível verificar a existência de constrangimento ilegal relativo à consideração da referida circunstância agravante. Já em relação à paciente TATIANE, consta a informação de que foi extinta a punibilidade da pena anterior em 09/07/2007 (fl. 16), ou seja, antes de completado cinco anos do cometimento no novo delito em comento (29/09/2009).

Quanto à dosimetria, assiste razão à impetrante.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na segunda etapa, em razão da reincidência, as instâncias ordinárias aumentaram as penas dos pacientes de 4 (quatro) para 5 (cinco) anos de reclusão, o que representa uma elevação na fração de 1/4 (um quarto).

Ocorre que a jurisprudência desta Corte Superior já firmou o entendimento de que, embora a legislação não estabeleça frações específicas para o aumento ou diminuição em razão das agravantes e atenuantes, a fração de 1/6 (um sexto) deve ser considerada razoável, sendo que o acréscimo superior a esse patamar exige motivação específica, inexistente na espécie (fls. 25/26).

A esse respeito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. AUMENTO EM 1/4 NA SEGUNDA FASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DUPLA REINCIDÊNCIA E REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. AUMENTO NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. CONCURSO DE AGENTES E USO DE ARMA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA.

[...]

2. O legislador não estabeleceu limites mínimo e máximo para as agravantes e atenuantes genéricas previstas, respectivamente, nos arts. 61 e 65 do Código Penal. Assim, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que é possível a aplicação de fração superior a 1/6 pelo reconhecimento de agravante, desde que haja a devida motivação.

3. In casu, as instâncias ordinárias elevaram a pena-base em 1/4, considerando a dupla reincidência do paciente, inclusive com uma reincidência específica.

[...] (HC 293.460/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 03/08/2015).

Por fim, no que tange ao crime continuado, a jurisprudência desta Corte Superior orienta que o aumento da pena, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), deve ser calculado em função do número de delitos praticados.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2.º, I E II, POR DUAS VEZES, NA FORMA DO ART. 71, E ART. 288, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) MAJORANTES. QUANTUM DE ACRÉSCIMO. SÚMULA Nº 443 DESTA CORTE. ILEGALIDADE MANIFESTA. (3) CONTINUIDADE DELITIVA. QUANTUM DE AUMENTO. NÚMERO DE INFRAÇÕES. (4) NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, o acréscimo requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um aumento mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de majorantes presentes para o aumento da fração. Súmula n.º 443 desta Corte. Ilegalidade flagrante.

3. É pacífica a jurisprudência deste Sodalício, em se tratando de aumento de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 2 (duas) infrações cometidas pelo réu, por lógica da operação dosimétrica, deve-se considerar o aumento de 1/6 (um sexto).

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, no tocante à Ação Penal n.º 050.09.087780-2, Controle n.º 1.684/09, da 11.ª Vara Criminal Central/SP, a fim de reduzir a reprimenda do paciente para 7 (sete) anos, 3 (três) meses e 3 (três) dias de reclusão, mais 16 (dezesesseis) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão (HC 265.385/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 08/04/2014, DJe 24/04/2014).

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO EM CONTINUIDADE DELITIVA. TRÊS INFRAÇÕES. PERCENTUAL DE AUMENTO. ILEGALIDADE. READEQUAÇÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. É pacífica a jurisprudência desta Corte ao dizer que o aumento de pena pela continuidade delitiva deve levar em conta o número de infrações, sendo que esta Quinta Turma tem considerado correta a exacerbação da pena em 1/5 (um quinto) no crime continuado, no caso de 3 (três) delitos.

2. Uma vez estabelecida a pena-base dos Pacientes, réus primários, no mínimo legal, porque ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, não é cabível infligir regime prisional mais gravoso.

Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal. Aplicação das Súmulas n.º 440 do Superior Tribunal de Justiça e n.os 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

3. Habeas corpus concedido para fixar a pena dos Pacientes em 06 anos, 04 meses e 24 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de quinze dias-multa (HC 231.956/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 03/05/2012).

Em face disso, verifica-se que a elevação da pena em 1/2 (metade) mostra-se excessiva, tendo em vista que o roubo atingiu três patrimônios distintos, devendo ser reduzida a fração para 1/5 (um quinto).

Passo, portanto, ao redimensionamento das penas.

Quanto ao paciente PAULO CESAR DANTAS NUNES, tal como fez as instâncias ordinárias, fixo a pena-base no mínimo legal, de 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa. Na segunda etapa, em face da reincidência, aumento a pena na fração em 1/6 (um sexto), perfazendo 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa. Na terceira fase, presente a causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, II, do Código Penal, mantenho em 1/3 (um terço) o aumento da pena, elevando-a para 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 14 (quatorze) dias-multa. Ainda nessa etapa, em face do cometimento de três delitos em continuidade delitiva, acresço à pena privativa de liberdade a fração de 1/5 (um quinto), resultando em 7 (sete) anos, 5 (cinco) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, e multiplico os dias-multa pelo número de delitos, totalizando 42 (quarenta e dois) dias-multa. Por fim, em face da tentativa, reduzo a pena na mesma proporção já definida pelas instâncias de origem, de 1/3 (um terço), tornando definitiva a reprimenda em 4 (quatro) anos, 11



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(onze) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão e 17 (dezessete) dias-multa.

Quanto à paciente TATIANE DA SILVA BARROS, tal como fez as instâncias ordinárias, fixo a pena-base no mínimo legal, de 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa. Na segunda etapa, em face da reincidência, aumento a pena na fração em 1/6 (um sexto), perfazendo 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa. Na terceira fase, presente a causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, II, do Código Penal, mantenho em 1/3 (um terço) o aumento da pena, elevando-a para 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 14 (quatorze) dias-multa. Ainda nessa etapa, em face do cometimento de três delitos em continuidade delitiva, acresço à pena privativa de liberdade a fração de 1/5 (um quinto), resultando em 7 (sete) anos, 5 (cinco) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, e multiplico os dias-multa pelo número de delitos, totalizando 42 (quarenta e dois) dias-multa. Por fim, em face da tentativa, reduzo a pena na mesma proporção já definida pelas instâncias de origem, de 1/3 (um terço), tornando definitiva a reprimenda em 4 (quatro) anos, 11 (onze) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão e 17 (dezessete) dias-multa.

Mantenho o regime inicial fechado, em face da reincidência, e o valor do dia-multa no mínimo legal.

Diante do exposto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*. CONCEDO a ordem para, de ofício, ajustar o aumento de pena em face da reincidência e da continuidade delitiva e, por conseguinte, redimensionar as reprimendas impostas aos pacientes PAULO CESAR DANTAS NUNES e TATIANE DA SILVA BARROS para 4 (quatro) anos, 11 (onze) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, em regime fechado, e 17 (dezessete) dias-multa, no valor unitário mínimo.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0033504-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 197.680 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1937963620098190001 20090011944026

EM MESA

JULGADO: 08/09/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : KATIA VARELA MELLO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : PAULO CESAR DANTAS NUNES
PACIENTE : TATIANE DA SILVA BARROS

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 Reynaldo Soares da Fonseca, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.