



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 288.929 - SP (2014/0036510-4)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DÉBORA REZENDE DANTAS MOTTA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RENAN FELIPE DOS SANTOS SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO TRIPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA ARMADA. 1) CONCOMITÂNCIA ENTRE OS DELITOS DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE PESSOAS E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA (QUADRILHA OU BANDO) ARMADA. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. 2) UTILIZAÇÃO DE ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E PERÍCIA. COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS DE PROVA. POSSIBILIDADE. 3) CRITÉRIO MATEMÁTICO DE AUMENTO DE PENA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 4) CONTINUIDADE DELITIVA. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REEXAME APROFUNDADO DE PROVAS. INADMISSIBILIDADE DA VIA ELEITA. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– O STJ, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

– Inexiste *bis in idem* em razão da condenação concomitante pelos delitos de roubo majorado pelo emprego de arma de fogo e concurso de pessoas e de associação criminosa armada, antigo quadrilha ou bando armado, porquanto os delitos são independentes entre si e tutelam bens jurídicos distintos.

– A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a incidência da majorante da utilização de arma prescinde da apreensão e perícia no objeto, uma vez comprovada sua utilização por outros meios de prova, como o testemunho das vítimas, como ocorreu no caso dos autos.

– Nos termos do disposto na Enunciado n. 443 da Súmula desta Corte, "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". Ressalva do entendimento deste Relator.

– Na hipótese, embora as circunstâncias fáticas do delito em tela justificassem um aumento mais elevado, as instâncias ordinárias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentaram o aumento da pena em fração superior a 1/3 com base unicamente no critério matemático, a evidenciar a necessidade de aplicação da fração mínima.

– O reconhecimento da continuidade delitiva, em detrimento da prática dos delitos com desígnios autônomos, em reiteração criminosa, como estabelecido pelas instâncias de origem, requer o revolvimento do conteúdo fático-probatório dos autos, o que não é cabível na estreita via do *habeas corpus*.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena aplicada ao paciente unicamente quanto aos delitos de roubo.

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*, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 16 de abril de 2015(Data do Julgamento).

MINISTRO ERICSON MARANHÃO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 288.929 - SP (2014/0036510-4)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : DÉBORA REZENDE DANTAS MOTTA - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : RENAN FELIPE DOS SANTOS SILVA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem pedido de liminar, impetrado em benefício de RENAN FELIPE DOS SANTOS SILVA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido no julgamento da Apelação n. 0085200-39.2011.8.26.0050.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, como incurso no art. 288, parágrafo único, do Código Penal - CP, à pena de 2 anos de reclusão, e como incurso no art. 157, § 2º, I, II e IV, por quatro vezes, c/c art. 61, II, d e h, na forma do art. 69, todos do CP, às penas de 22 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 56 dias-multa (fls. 36/37).

Em sede de apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso defensivo e deu provimento ao recurso ministerial, elevando a reprimenda para os delitos de roubo ao patamar de 28 anos e 4 meses de reclusão e 60 dias-multa (fl. 90). O acórdão ficou assim ementado:

Condenação por roubo agravado pelas circunstâncias de ter sido a ameaça exercida com arma e na execução haver concurso de pessoas e restrição da liberdade das vítimas, e quadrilha ou bando armado (CP, arts. 157, § 2º, I, II e V, e 288, parágrafo único). Confissões e negativas em juízo. Força probatória das declarações das vítimas sobre acusados não conhecidos antes dos fatos causadores da ação penal (CPP, art. 201, caput). Coincidência e harmonia presentes, afastando o propósito de mentir (CPP, art. 155). Validade probatória do depoimento de policial, prestado em juízo, sem suspeita de parcialidade decorrente de circunstância anterior ao caso (CPP, arts. 202 e 214, 1ª parte). Concatenação na prova suficiente para formar a convicção do juiz (CPP, art. 155). Demonstração da autoria das subtrações, pelos reconhecimentos pessoais dos acusados, bem como pelas apreensões



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do veículo usado na prática do crime, de parte do produto da rapina e de chaves mixas, além de um "virador".

Impossível o afastamento da qualificadora do emprego de arma e concurso de agentes. Condenação pelo crime de quadrilha ou bando armado. Compatível a cumulação desse crime com o de roubo majorado pelo emprego de arma e concurso de pessoas. Exasperação das penas-base. Necessidade. Agressividade e violência exacerbadas na execução dos delitos. Aumento de penas pela existência das três agravantes (arma, concurso de agentes e restrição das liberdades das vítimas). Continuidade delitiva. Não ocorrência. Criminosos habituais. Manutenção do regime inicial fechado (CP, art. 33, § 3º). Apelações do Ministério Público provida e dos réus improvidas (fls. 65/66).

Na presente impetração, a defesa alega a ocorrência de *bis in idem* pelo reconhecimento das causas de aumento do concurso de pessoas e do emprego de arma nos delitos de roubo em concomitância com o delito de associação criminosa armada.

Em outro ponto, aduz ser incabível a majorante do emprego de arma no caso em tela em razão da falta de sua apreensão e perícia com o fim de comprovar a lesividade do objeto.

Ainda, a impetrante alega violação ao enunciado da Súmula n. 443 do STJ, uma vez que houve aumento da pena na terceira fase da dosimetria em 5/12 em decorrência da quantidade de majorantes. Por fim, sustenta a continuidade delitiva entre os delitos de roubo praticados.

Requer, assim, a concessão da ordem para excluir as majorantes do concurso de pessoas e do emprego de armas e, subsidiariamente, adotar o incremento da pena em função das majorantes no patamar mínimo de 1/3. Ainda, pede o reconhecimento da continuidade delitiva em detrimento do concurso material quanto aos delitos de roubo.

Sem pedido liminar, as informações de estilo foram dispensadas (fl. 99). O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 104/111).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 288.929 - SP (2014/0036510-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) (Relator):

O presente *habeas corpus* não merece conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio (HC n. 109956, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe 11/9/2012). Contudo, se constatada a existência de manifesta ofensa à liberdade de locomoção do paciente, é possível a concessão da ordem de ofício (HC 271.890/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 03/09/2014).

Assim, passo a analisar as alegações trazidas pelo impetrante, ante a possibilidade da existência de alguma flagrante ilegalidade que justifique a concessão de ordem de ofício.

Conforme consignado, busca-se na presente impetração o reconhecimento de *bis in idem*, com o respectivo afastamento das majorantes relativas ao concurso de pessoas e emprego de arma de fogo; o redimensionamento da pena imposta, ante a redução do incremento da reprimenda na terceira fase da dosimetria; e o reconhecimento da continuidade delitiva entre os delitos de roubo.

Inicialmente, quanto à existência de *bis in idem* pela condenação dos delitos de roubo mediante concurso de pessoas e emprego de arma em concomitância com o delito de associação criminosa armada, a jurisprudência deste STJ posicionou-se no sentido de que os delitos tutelam bens jurídicos diversos e são independentes entre si, sendo, portanto possível sua imputação concomitante. Cito precedentes:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. CRIMES DE ROUBO MAJORADOS E FORMAÇÃO DE QUADRILHA (ATUAL ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA). TESE DE FRAGILIDADE DA PROVA. VIA IMPRÓPRIA. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DA PROVA. DOSIMETRIA. PRETENSÃO DE REDUÇÃO DAS PENAS. ILEGALIDADE OU EXCESSO NÃO DEMONSTRADOS. PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 288 DO CP. NOVA REDAÇÃO PELA LEI N. 12/850/2013. LEX MITIOR. REDUÇÃO DO AUMENTO DO DOBRO PARA A METADE. TESE DE BIS IN IDEM,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PELA APLICAÇÃO CONCOMITANTE DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA, NO CRIME DE ROUBO, COM A MAJORANTE DA QUADRILHA ARMADA, NO CRIME DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA (ATUAL ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA). NÃO OCORRÊNCIA. CRIMES AUTÔNOMOS E INDEPENDENTES. 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. O exame das alegações de fragilidade das provas para a condenação quanto a ambos os delitos, de roubo e formação de quadrilha, bem como de imputação indevida ao art. 288 do Código Penal, ao argumento de não figurarem os mesmos partícipes, na medida em que demanda análise aprofundada do material cognitivo produzido nos autos, mostra-se inviável em habeas corpus. Precedentes.

3. Com o advento da Lei n. 12.850/2013, foi dada nova redação ao art. 288 do CP (formação de quadrilha), o qual passou a denominar-se crime de associação criminosa, reduzindo-se, ainda, o aumento do parágrafo único do dobro à metade, razão pela qual deve o novo regramento, mais benéfico, retroagir, para alcançar os delitos praticados anteriormente à sua vigência.

4. No mais, quanto à dosimetria das penas, não se vislumbra qualquer ilegalidade ou desproporcionalidade a ser sanada.

5. Tampouco se vislumbra constrangimento ilegal, nem há falar em bis in idem, pela imputação concomitante da majorante do emprego de arma do crime de roubo com a majorante da quadrilha armada - prevista no parágrafo único do art. 288 do CP (em sua antiga redação) -, na medida em que se trata de delitos autônomos e independentes, cujos objetos jurídicos são distintos - sendo, quanto ao crime de roubo: o patrimônio, a integridade jurídica e a liberdade do indivíduo e, quanto ao de formação de quadrilha (atual associação criminosa): a paz pública -, bem como diferentes as naturezas jurídicas, sendo o primeiro material, de perigo concreto, e o segundo formal, de perigo abstrato. Precedentes.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas, para, mantida a condenação, reduzir o aumento, na terceira fase, pela majorante do parágrafo único do art. 288 do CP, à metade, nos termos da Lei n. 12.850/2013, totalizando as penas dos delitos de roubo majorados e formação de quadrilha (atual associação criminosa): 16 (dezesesseis) anos, 1 (um) mês e 5 (cinco) dias de reclusão, e 31 (trinta e um) dias-multa. (HC 131.838/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 10/06/2014, DJe 01/07/2014)

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO
CIRCUNSTANCIADO (ART. 157, § 2.º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL) E QUADRILHA ARMADA (ART. 288, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL). ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM. IMPROCEDÊNCIA. AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA ENTRE OS CRIMES. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. É perfeitamente possível a coexistência entre o crime de formação de quadrilha ou bando armado e o de roubo circunstanciado pelo uso de arma e concurso de agentes, porquanto os bens jurídicos tutelados são distintos e os crimes, autônomos. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

2. Ordem de habeas corpus denegada. (HC 250.219/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/10/2012, DJe 23/10/2012).

Quanto ao pleito de afastamento da majorante relativa ao emprego de arma de fogo, ante a ausência de apreensão e perícia do artefato, a Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento do EREsp n. 961.863/RS, pacificou o entendimento no sentido de que a incidência da aludida majorante prescinde de apreensão e perícia da arma, notadamente quando comprovada sua utilização por outros meios de prova, tais como a palavra da vítima ou mesmo de testemunhas.

Assim, uma vez comprovado, como no caso dos autos, por meio do depoimento das vítimas, a utilização de armas de fogo, e identificado o paciente como um dos agentes, a ausência de apreensão e posterior perícia do objeto não é capaz de afastar a incidência da causa de aumento de pena, prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal.

Nesse sentido, confira-se:

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. APREENSÃO DA ARMA E A REALIZAÇÃO DE EXAME PERICIAL PARA QUE INCIDA O AUMENTO NA PENA POR USO DE ARMA EM ROUBO. DESNECESSIDADE. REGIME. GRAVIDADE CONCRETA. MODO INICIAL FECHADO QUE SE MOSTRA DEVIDO. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento dos EREsp n. 961.863/RS, pacificou o entendimento de serem dispensáveis a apreensão da arma e a realização de exame pericial para que incida o aumento na pena por uso de arma em roubo, quando existirem nos autos outros elementos probatórios que levem a concluir pela sua efetiva utilização no crime.

2. A Súmula n. 440 do Superior Tribunal de Justiça estabelece que, "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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

delito." 3. Não obstante a pena-base haja sido estabelecida no mínimo legal e o quantum de pena tenha alcançado, ao final, 5 anos e 4 meses de reclusão, sendo primário o paciente, o regime inicial fixado foi o fechado.

4. Entenderam as instâncias ordinárias devida a fixação do regime inicial fechado de cumprimento de pena não apenas com base na gravidade genérica do delito cometido ou dos malefícios gerados pelo crime de roubo à sociedade como um todo, como também porque o ora paciente voltou a delinquir enquanto cumpria pena por condenação anterior no regime mais brando, e, ainda, em razão do modus operandi com que foi perpetrado o delito - perseguição ao carro da vítima, que foi fechado, e a vítima cercada, com posterior anúncio do roubo.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 274.279/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/11/2014, DJe 17/11/2014).

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2.º, I E II, DO CÓDIGO PENAL. (1) WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. (2) AUSÊNCIA DE APREENSÃO DA ARMA DE FOGO UTILIZADA. IRRELEVÂNCIA. (3) AFASTAMENTO DO AUMENTO DE PENA PELO CONCURSO DE AGENTES. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. (4) MAJORANTES. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. JUSTIFICATIVA IDÔNEA. (5) WRIT PREJUDICADO, EM PARTE, NO MAIS NÃO CONHECIDO.

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

2. A Terceira Seção pacificou o entendimento no sentido da desnecessidade de apreensão e perícia da arma de fogo para que seja configurada a causa de aumento prevista no art. 157, § 2.º, I, do Código Penal, desde que os demais elementos probatórios demonstrem sua utilização na prática do delito. Ressalva de entendimento da relatora.

3. O afastamento do aumento de pena pelo concurso de agentes demanda necessário revolvimento de provas, fato que não se coaduna com a via estreita do mandamus.

4. Não há manifesta ilegalidade a ser reconhecida. Em se tratando de roubo circunstanciado, a majoração da pena acima do mínimo legal requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, o que se verifica no caso em apreço. Ademais, o paciente foi beneficiado com a progressão para o regime semiaberto.

5. Habeas corpus prejudicado quanto ao regime inicial de cumprimento da pena e, no mais, não conhecido (HC 272.145/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/08/2014, DJe 18/08/2014).

Noutro ponto, em relação à pena imposta na terceira fase da dosimetria, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sentença consignou o seguinte:

Havendo multiplicidade de causas de aumento, a pena deve ter acréscimo adicional, motivo pelo qual não aplico a Súmula 443 do STJ, a qual fere, com a devida vênia, o princípio da individualização da pena, pois parece evidente que quem pratica roubo com mais de uma qualificadora merece sanção mais severa do que quem o faz com apenas uma, pois certamente isso contribui para o sucesso da ação criminosa:

[...]

Passo, então, à fixação da pena que será aplicada:

Na fase do artigo 59 do Código Penal, não observo razão a justificar a majoração das penas-base, fixadas em quatro anos de reclusão e dez dias-multa para cada roubo e dois anos de reclusão para a quadrilha armada.

Os crimes foram praticados contra idosos e com meio cruel. Ademais, Tiago e Rodrigo são reincidentes (fls. 20 e 29 do apenso). Porém, diante de sua confissão espontânea, ainda que a de Rodrigo tenha sido parcial, mantenho as penas naquele patamar, o mesmo ocorrendo com Renan, que é menor relativo.

Comprovadas as três causas de aumento relativamente aos roubos, majoro as sanções para cinco anos e oito meses de reclusão e quatorze dias-multa.

Como foram quatro subtrações praticadas em concurso material, somo as penas, atingindo vinte e dois anos e oito meses de reclusão e cinquenta e seis dias-multa, salientando que as pecuniárias foram aplicadas na forma do artigo 72 do Código Penal.

Inexistindo outros fatores a apreciar, torno definitivas as penas acima (fls. 35/36).

Do mesmo modo, o Tribunal de origem assim argumentou:

Na terceira fase, tendo em vista as três causas de aumento, as sanções foram acrescidas de 5/12, de forma correta.

De feito, incidindo, no caso, três das cinco causas especiais de aumento previstas em lei (= qualificadoras), o acréscimo deve ser estabelecido em percentual superior ao mínimo (1/3), mas inferior ao máximo (1/2) dos parâmetros legais (Cód. Pen., art. 157, § 2º), qual seja, de cinco doze avos (5/12). Até porque, no processo de individualização das sanções, condutas diferentes devem receber tratamento também diferente. Demais, na aplicação concreta das penas, o magistrado deve analisar todos os seus aspectos para uma verdadeira individualização, nos termos do art. 5º, inc. XLVI, da Constituição da República.

A existência de três causas especiais de aumento das sanções é, sem dúvida, indicativa de maior periculosidade e reprovação da conduta delituosa (fl. 86).

Esta Corte Superior firmou o entendimento de que o critério para a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

elevação da pena, em função das causas de aumento no crime de roubo, não deve ser meramente matemático, mas subjetivo, a depender das circunstâncias do caso concreto.

O aludido entendimento culminou a elaboração do 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.

No mesmo sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. DESVIRTUAMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES (DUAS VEZES). ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA E RESTRIÇÃO DE LIBERDADE DA VÍTIMA. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. 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. Súmula n. 443 do STJ.

2. Em minha concepção - que não é acompanhada pela maioria da Sexta Turma - atende ao critério da proporcionalidade das penas, bem como ao efeito dissuasório, punir o autor do roubo que empunha arma de fogo e, no caso vertente, age em coautoria delitiva e mediante restrição da liberdade da vítima, com pena concretamente mais grave em relação à que caberia, *in thesis*, a outros perpetradores de roubo que, agindo sem comparsaria, apenas se valem de arma branca como meio intimidatório da vítima.

3. Contudo, as instâncias ordinárias não destacaram a maior temibilidade da conduta perpetrada pelos pacientes e tampouco fizeram qualquer esforço argumentativo para caracterizar as majorantes como indicativas de comportamento mais grave, o que se considera, na dicção da Turma, imprescindível para sua incidência.

4. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir, ao mínimo legal, o aumento de pena na terceira etapa da dosimetria e readequar a pena final de ANDERSON TADEU DA SILVA PINTO para 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão e a de RAMON CUNHA ROSA para 7 anos, 3 meses e 3 dias de reclusão (HC 303.429/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 11/12/2014).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2.º, I E II, C.C. ART. 70, E ART. 329, DO CÓDIGO PENAL. (1) WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. (2) PENA-BASE APLICADA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. (3) CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PARCIAL. UTILIZAÇÃO PARA EMBASAR A SENTENÇA. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. (4) MAJORANTES. QUANTUM DE ACRÉSCIMO. SÚMULA Nº 443 DESTA CORTE. ILEGALIDADE MANIFESTA. (5) 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. Inexiste ilegalidade na primeira fase da dosimetria da pena se instâncias de origem apontam motivos concretos para a fixação do patamar estabelecido. Em sede de habeas corpus não se afere o quantum aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório.

3. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão do réu, ainda que parcial ou retratada, for utilizada pelo magistrado para fundamentar a condenação, deve incidir a respectiva atenuante. Por envolver a personalidade do agente, a atenuante da confissão espontânea é igualmente preponderante e deve ser compensada com a agravante da reincidência.

4. 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. Súmula n.º 443 desta Corte. Ilegalidade flagrante.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente, apenas no tocante ao crime de roubo circunstanciado, para 8 (oito) anos, 3 (três) meses e 16 (dezesesseis) dias de reclusão, mais 19 (dezenove) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão (HC 289.934/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 03/12/2014).

Apesar do entendimento firmado nesta Corte, faço ressalva de meu entendimento pessoal quanto à questão.

A elevação progressiva da pena em razão da presença de maior ou menor número de circunstâncias majorantes é a que melhor representa o critério da proporcionalidade na retribuição penal. Não se pode apenar o agente que comete delito com incidência de uma única causa de aumento da mesma maneira que outro que o cometa utilizando-se de duas causas de aumento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Há que se ponderar que a ausência de reflexão, na dosimetria, a respeito do número de circunstâncias presentes pode servir como estímulo à prática de delitos mais graves, uma vez que os roubos praticados sob tais circunstâncias – em concurso de agentes, com arma de fogo ou com restrição da liberdade das vítimas, por exemplo – têm maior chance de não serem frustrados durante sua execução.

Por outro lado, a adoção de um critério que aprecie as majorantes de forma quantitativa não impede que o julgador realize a dosimetria, também, pelo prisma qualitativo. Assim, acaso presente uma circunstância de especial gravidade, o magistrado pode exasperar a pena de modo conforme. Sempre em atenção ao princípio da proporcionalidade, é possível que um crime praticado com uma única causa de aumento de pena seja tão reprovável quanto um praticado com a presença de todas. É justo que a majoração da pena incida em nível máximo em ambos os casos, e não apenas no primeiro.

Todavia, a despeito de tais ponderações, com ressalva de meu entendimento pessoal, acolho o posicionamento da maioria.

No caso dos autos, verifica-se, que embora as circunstâncias fáticas do delito em tela justificassem um aumento mais elevado, as instâncias ordinárias, majoraram a pena em 2/5 salientando unicamente da presença de três causas de aumento, não apresentando fundamentação concreta para o acréscimo em fração superior ao mínimo, sendo, portanto, necessária a realização de nova dosimetria, para reduzir a exasperação da pena para o patamar mínimo de 1/3.

Por fim, o Magistrado de primeiro grau reconheceu o concurso material entre os delitos de roubo cometidos pelo paciente, consignando que:

Nos exatos termos da postulação acusatória, entendo que os crimes foram praticados em concurso material, não em continuidade, pois a hipótese é de reiteração criminosa: (fl. 35)

O Tribunal de origem, por sua vez, afastou o pleito de reconhecimento da continuidade delitiva, no seguintes termos:

Finalmente, entendo que o concurso material foi corretamente reconhecido, porquanto indispensável que os delitos sejam perpetrados mediante o aproveitamento das mesmas relações e oportunidades ou com a utilização de ocasiões nascidas da primitiva situação, para que seja aplicada a continuidade delitiva.

Cuida-se, aqui, do chamado criminoso habitual (consuetude



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

delinquendi), que faz do crime uma profissão e demonstra possuir um desajuste social incorrigível. Tal comportamento é incompatível com o espírito da continuidade delitiva prevista na lei brasileira (fls. 87/88).

Quanto ao ponto, é certo que o art. 71 do Código Penal permite a aplicação da ficção jurídica da continuidade delitiva quando o agente, mediante mais de uma conduta, praticar dois ou mais crimes da mesma espécie com semelhantes condições de tempo, lugar, modo de execução.

Assim, considerando a teoria mista, adotada nesta Corte Superior, a configuração do crime continuado depende tanto do preenchimento dos requisitos objetivos, mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução, como também da demonstração da existência da unidade de desígnios entre os delitos praticados.

No mesmo sentido, vejam-se os seguintes precedentes:

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 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 43.601/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 18/06/2014)

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EXISTÊNCIA DE MAIS DE UMA CAUSA DE AUMENTO. MAJORAÇÃO DA PENA NA FRAÇÃO MÍNIMA. EXCLUSÃO DE UMA DAS MAJORANTES. FALTA DE INTERESSE. CONTINUIDADE DELITIVA. INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS. DECISÃO FUNDAMENTADA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES E DO TRIBUNAL DE ORIGEM. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA PARA REEXAME DE PROVAS. PRECEDENTES. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA.

1. Se as instâncias ordinárias reconheceram a existência de mais de uma causa de aumento de pena no delito de roubo, mas efetivaram o incremento da reprimenda na fração mínima de 1/3 (um



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

terço), não há interesse na discussão acerca da configuração de apenas uma das majorantes - no caso, a relativa ao emprego de arma de fogo -, uma vez que sua eventual exclusão não produzirá nenhum reflexo no quantum da pena ou no regime inicial de cumprimento. Precedentes da Quinta Turma desta Corte.

2. Para o reconhecimento da continuidade delitiva, exige-se, 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.

3. Quanto ao pleito de reconhecimento da continuidade delitiva, o Juízo a quo e a Corte estadual concluíram que o longo período que entremeou um delito e outro obsta o reconhecimento do crime continuado, configurando-se, assim, o concurso material delineado no art. 69, do Código Penal. Entender diversamente, outrossim, ocasionaria acurada avaliação probatória, o que, na angusta via do habeas corpus, não se admite.

4. Habeas Corpus parcialmente conhecido e nessa parte denegado (HC 206.784/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 29/06/2012)

Na hipótese dos autos, verifica-se que, como bem observado pelas instâncias ordinárias, restou ausente a comprovação dos requisitos necessários ao reconhecimento da continuidade delitiva, tendo em vista que os delitos foram praticados com desígnios autônomos, tratando-se, portanto, de reiteração delitiva.

Nesse contexto, resta incabível, na presente impetração, a análise da ocorrência ou não dos elementos objetivos e subjetivos para a configuração da continuidade delitiva, por demandar o revolvimento do conjunto fático-probatório, inadmissível na via estreita do *habeas corpus*. Nesse sentido:

No mesmo sentido, cito os precedentes:

PENAL. ESTELIONATO. CONTINUIDADE DELITIVA. ART. 71 DO CP. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITO SUBJETIVO. AUSÊNCIA. DELINQUÊNCIA HABITUAL. DILAÇÃO PROBATÓRIA. VEDAÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça entende que, para a caracterização da continuidade delitiva (art. 71 do Código Penal), é necessário que estejam preenchidos, cumulativamente, os requisitos de ordem objetiva (pluralidade de ações, mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução) e o de ordem subjetiva, assim entendido como a unidade de desígnios ou o vínculo subjetivo havido entre os eventos delituosos.

2. A Corte local concluiu que os crimes foram perpetrados com desígnios autônomos, elemento que demonstra a ausência de preenchimento do requisito subjetivo, indispensável ao reconhecimento da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

continuidade delitiva.

3. Consoante orientação desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal, a reiteração indicativa de delinquência habitual ou profissional é suficiente para afastar a caracterização do crime continuado.

4. O mandamus não é a via apta para a realização de juízo de constatação da existência de suporte probatório a amparar a tese defensiva, o que seria necessário para a averiguação da ocorrência da continuidade delitiva. Precedentes.

5. Habeas corpus não conhecido. (HC 297.624/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 02/03/2015)

PROCESSUAL E PENAL. HABEAS CORPUS. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) CRIMES DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. DUAS VÍTIMAS. CRIME ÚNICO EM RELAÇÃO ÀS CONDUTAS PRATICADAS CONTRA CADA UMA DAS VÍTIMAS. LEI Nº 12.015/09. (3) CONTINUIDADE DELITIVA RELATIVA ÀS CONDUTAS PRATICADAS CONTRA AS DUAS VÍTIMAS. UNIDADE DE DESÍGNIOS. AUSÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. (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 ordinário.

2. Com o advento da Lei n.º 12.015/09, as práticas de conjunção carnal e de ato libidinoso passaram a ser tipificadas no mesmo dispositivo legal, deixando de configurar crimes diversos, de estupro e de atentado violento ao pudor, para constituir crime único, desde que praticados no mesmo contexto. Tal compreensão, por ser mais benéfica, deve retroagir para alcançar os fatos anteriores.

Com isso, a dosimetria da reprimenda deve ser refeita, não ficando o magistrado da execução vinculado às penas-bases fixadas anteriormente, pois agora deverá avaliar a maior reprovabilidade da prática de conjunção carnal e de ato libidinoso diverso em um mesmo momento. Esclareça-se que o reconhecimento de crime único se refere às condutas (conjunção carnal e coito anal) praticadas contra cada vítima; não há falar em crime único quanto aos atos praticados contra as duas vítimas.

3. Este Sodalício pacificou sua jurisprudência no sentido de que o reconhecimento da continuidade delitiva demanda o preenchimento cumulativo dos requisitos objetivos e subjetivos, negando a concessão do benefício quando evidenciada a presença de desígnios autônomos, como no caso dos autos. Ademais, para se concluir de maneira diversa demandaria revolvimento fático-probatório, não condizente com a via do writ, eis que as instâncias de origem concluíram pela existência de desígnios



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

autônomos no que se refere aos atos praticados contra as duas vítimas.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Juízo das Execuções proceda à nova dosimetria da pena, nos termos da Lei n.º 12.015/09, analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. (HC 274.848/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 04/02/2015)

Assim, passo a refazer a dosimetria da pena para sanar a ilegalidade aqui reconhecida pela inobservância da Súmula n. 443 do STJ. Fica mantida a pena provisória fixada na segunda fase de 5 anos de reclusão e 11 dias-multa (fl. 85).

Na terceira etapa, presentes as causas de aumento de pena do emprego de arma, do concurso de agentes e da restrição de liberdade, reduzo a elevação das penas ao mínimo legal de 1/3, resultando em 6 anos e 8 meses de reclusão, e 14 dias-multa. Finalmente, em razão do concurso material entre os quatro delitos de roubo, a pena para os delitos de roubo alcança o patamar de 26 anos e 8 meses de reclusão e 56 dias-multa, o que torno definitiva ante a ausência de outras causas de aumento ou diminuição.

Diante do exposto, não conheço do *habeas corpus*. No entanto, concedo a ordem de ofício para reduzir as penas impostas ao paciente somente quanto aos delitos de roubo ao patamar de 26 anos e 8 meses de reclusão e 56 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0036510-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 288.929 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00852003920118260050 122311 12232011 15112011 852003920118260050

EM MESA

JULGADO: 16/04/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: DÉBORA REZENDE DANTAS MOTTA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: RENAN FELIPE DOS SANTOS SILVA
CORRÉU	: RODRIGO SANTOS DA SILVA
CORRÉU	: TIAGO VINICIUS DE ALBUQUERQUE PEREIRA

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, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.