



impetrante sustenta o excesso na dosimetria da pena, pois o Juízo Criminal, ao fixá-la, levou em conta a existência de diversas anotações na folha de antecedentes criminais, para então assentar a ausência de primariedade e de bons antecedentes. Aduz que, à época da prolação da sentença, o paciente era primário, ante a inexistência de trânsito em julgado de qualquer outro processo-crime. Ainda que assim não fosse, haveria de ser reconhecida a inconstitucionalidade do disposto no artigo 61, inciso I, do Código Penal, no que determina seja considerado o delito anterior, para fins de reincidência, punindo-se o acusado, duas vezes, pelo mesmo fato.

Pede a concessão da ordem visando anular a sentença condenatória, determinando-se que outra seja proferida com observância dos critérios estabelecidos no artigo 59 do Código Penal, especialmente das condições favoráveis ao paciente no momento da consumação do crime.

Vossa Excelência determinou a realização de diligências, ante a deficiência da instrução processual, e solicitou informações (folha 14). As diligências foram cumpridas e as informações prestadas (folha 21 a 45).

A Procuradoria Geral da República, no parecer de folha 49 a 51, manifestou-se no sentido do indeferimento da ordem, por não vislumbrar erro no processo de individualização da pena e não ser possível utilizar o *habeas corpus* para questionar o merecimento, ou não, da sanção penal. Para assim concluir, destacou que, não sendo da mesma espécie os crimes de roubo e extorsão, o caso é de concurso material (Código Penal, artigo 69); para os delitos de roubo e extorsão qualificados, a pena-base foi a mesma, fixada em sete anos de reclusão, considerada a vida pregressa desabonadora. Incidindo o aumento de um terço pelo crime qualificado, chegou-se a nove anos e quatro meses. Diante da reincidência, majorou-se a pena em seis meses, totalizando a sanção penal em vinte anos de reclusão.

Aduz que o aumento de seis meses pela reincidência, que deveria ser considerado na segunda fase, foi agregado depois da qualificadora, em descompasso com o artigo 68 do Código Penal. Entretanto, diz da ausência de prejuízo para o paciente, que, na verdade, teria sido beneficiado, porquanto o aumento de um terço da qualificadora incidira sobre a agravante.

Lancei visto no processo em 14 de outubro de 2011, liberando-o para ser julgado na Turma a partir de 25 seguinte seguinte, isso objetivando a ciência do impetrante.

É o relatório.

Em elaboração

25/10/2011

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 98.960 RIO DE JANEIRO

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Eis a narração do procedimento criminoso, tal como transcrito, na sentença, o trecho respectivo, reproduzido da denúncia:

Consta dos autos do IP 066/99 da 79ª Delegacia Policial que aos vinte e dois dias de outubro de 1999, por volta de 21h40min, na localidade denominada Charitas, nesta cidade de Niterói, os ora denunciados, livre e conscientemente, constrangeram Rodrigo Kelly Amim, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, a que se dirigisse a um “Caixa Eletrônico” onde, utilizando um cartão de crédito da vítima, lograram arrecadar a quantia de R\$ 260,00 em espécie. Naquele contexto, os denunciados também se apoderaram de um relógio, um cordão de ouro, um talonário de cheque e a carteira de identidade da vítima.

[...]

Ao que tudo indica, na peça primeira da ação penal, o Ministério Público apenas requereu a condenação presente o tipo do artigo 158, § 1º, do Código Penal – extorsão. Em alegações finais, veio a pleitear fosse o ora paciente condenado também por roubo qualificado. O Juízo assentou o concurso material. Observem estarem a extorsão e o roubo em título único – “Dos crimes contra o patrimônio”. São da mesma espécie, muito embora diferentes. Essa premissa é conducente à conclusão de incidir o disposto no artigo 70 do referido Código. Houve ação única, resultando dela dois crimes – a extorsão quanto ao saque no caixa eletrônico e, a um só tempo, a subtração, mediante violência contra a pessoa, do relógio, do cordão de ouro, de um talonário de cheque e da carteira de identidade da

vítima.

Ainda sob o ângulo da existência de crimes da mesma espécie, confirmam que os artigos 157 e 158 do Código Penal estão no Capítulo II do Título II, que versa sobre o roubo e a extorsão.

Ora, a definição do concurso formal abrange o episódio no que o artigo 70 preceitua:

Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.

Parágrafo único - Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código.

Os crimes foram cometidos contra o patrimônio e em um único acontecimento: a submissão da vítima à violência perpetrada. Assim, não se trata, no caso, de desígnios autônomos. Ainda que se pudesse entendê-los praticados em mais de uma ação, haveria a continuidade delitiva ante as condições de tempo, lugar e maneira de execução, chegando-se a acréscimo idêntico ao estabelecido para o concurso formal. Repito: ocorreu a subtração, por meio de grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, de quantia em espécie mediante o saque em caixa eletrônico, apoderando-se os agentes de um relógio, de um cordão de ouro, de um talonário de cheque e da carteira de identidade da vítima. Insubsistente surge a observância do concurso material ao invés do formal. Os dois crimes possuem o mesmo balizamento em termos de pena. Para o roubo qualificado, prevê-se o mínimo de quatro anos e o máximo de dez, com aumento de um terço – prática por duas ou mais pessoas ou com emprego de arma de fogo. Isso também se verifica quanto à extorsão. Então, considero a pena-base fixada de sete anos de reclusão e

sessenta dias-multa, aumentada de um terço em razão da qualificadora, chegando-se a nove anos e quatro meses de reclusão e oitenta dias-multa.

No caso, em visão até mais favorável ao acusado, observou-se a agravante após a causa de aumento. Essa parte da sentença, por não consubstanciar o *habeas* ação de mão dupla, não pode sofrer alteração. Em síntese, levando em conta a pena fixada pelo Juízo para cada um dos crimes – dez anos de reclusão e oitenta dias-multa –, majoro-a em um sexto em virtude de dois terem sido os crimes praticados. Com isso, concludo pela pena final de onze anos e oito meses de reclusão e noventa e três dias-multa. É como voto, assentando que nada há a retocar, no título condenatório, quanto às circunstâncias judiciais e que a problemática da agravante, de ter-se efetuado o cálculo com a causa de aumento, não pode ser modificada.