

31/05/2016

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 131.871 PARANÁ

RELATOR : **MIN. DIAS TOFFOLI**
PACTE.(S) : **CRISTIANO SOARES CASTELO**
IMPTE.(S) : **VINICIUS ZACHARIAS DE QUEIROZ**
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

EMENTA

***Habeas corpus*. Penal. Homicídios simples (art. 121, caput, CP). Pena-base. Circunstâncias judiciais. Pretendido reexame. Descabimento. Crime continuado simples (art. 71, caput, CP). Critério de exasperação de pena. Número de infrações cometidas. Crime continuado qualificado (art. 71, parágrafo único, CP). Majoração não adstrita ao número de infrações praticadas. Hipótese em que poderá o juiz, “considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo”. Aumento de 2/3 (dois terços). Fundamentação amparada apenas no número de crimes praticados (dois). Ausência de valoração negativa dos vetores previstos no art. 71, parágrafo único, do Código Penal. Inadmissibilidade. *Writ* parcialmente concedido para anular em parte a dosimetria e determinar que seja adequadamente fundamentada a fração de aumento de pena decorrente da continuidade delitiva.**

1. A via estreita do **habeas corpus** não permite que se proceda à ponderação e ao reexame de circunstâncias judiciais valoradas negativamente na sentença condenatória. Precedentes.

2. Segundo a jurisprudência da Suprema Corte, o **quantum** de exasperação da pena, no crime continuado simples (art. 71, **caput**, CP), deve ser proporcional ao número de infrações cometidas (RHC nº 107.381/DF, Segunda Turma, Relatora a Ministra **Cármen Lúcia**, DJe de 14/6/11; HC nº 99.245/RJ, Segunda Turma, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, DJe de 21/9/11; AP nº 470/DF-EDj-décimos sétimos, Relator o

HC 131871 / PR

Ministro **Joaquim Barbosa**, DJe de 10/10/13).

3. Diversamente, no crime continuado qualificado, a majoração da pena não está adstrita ao número de infrações praticadas, haja vista que o art. 71, parágrafo único, do Código Penal, determina que poderá o juiz, “considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo”.

4. Logo, a fração de aumento de pena no crime continuado qualificado lastreia-se nos vetores em questão, e não apenas no número de infrações praticadas.

5. Na espécie, embora se tratasse de crime continuado qualificado, o tribunal local expressamente fundamentou o aumento de 2/3 (dois terços) da pena somente no número de crimes praticados (dois), deixando de valorar negativamente os vetores do art. 71, parágrafo único, do Código Penal.

6. Logo, tratando-se de apenas duas infrações, não houve motivação idônea, como seria de rigor, para a majoração em patamar superior ao piso de 1/6 (um sexto).

7. Ordem de **habeas corpus** parcialmente concedida para anular, em parte, a dosimetria da pena e determinar que seja adequadamente fundamentada a escolha da fração de aumento decorrente da continuidade delitiva.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conceder em parte a ordem de **habeas corpus**, para, anulada em parte a dosimetria da pena, determinar que seja adequadamente fundamentada a escolha da fração de aumento decorrente da continuidade delitiva, nos termos do voto do Relator.

HC 131871 / PR

Brasília, 31 de maio de 2016.

MINISTRO DIAS TOFFOLI

Relator

31/05/2016

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 131.871 PARANÁ

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI
PACTE.(S) : CRISTIANO SOARES CASTELO
IMPTE.(S) : VINICIUS ZACHARIAS DE QUEIROZ
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado em favor de Cristiano Soares Castelo, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que não conheceu do HC nº 294.094/PR, Relator o Ministro **Leopoldo de Arruda Raposo**.

Sustenta o impetrante a existência de constrangimento ilegal, ao fundamento de que o paciente foi “submetido a uma pena exacerbada e aplicada em patamar errôneo; em total contrariedade ao disposto no art. 71 do Código Penal, e ao art. 5º XLVI, da Constituição Federal, entre outros” .

Aduz que “erroneamente foi atribuída a **fração de 2/3 (dois terços)** para a **continuidade delitiva** verificada no caso, sendo que o paciente foi condenado por **dois crimes**. *In casu*, o **único ‘fundamento’** utilizado para a fixação da fração no patamar de 2/3 (dois terços) foi a **quantidade de fatos**” (fl. 2 da inicial – grifos do autor).

Nesse contexto, esclarece que

“a pena imposta ao paciente deveria ter um acréscimo de somente 1/6 (um sexto) em razão da adoção da fração adequada de aumento pela continuidade delitiva, principalmente quando o egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná não apresentou outro fundamento para concluir pela fração de 2/3 (dois terços); limitando-se apenas à quantidade de fatos” (fl. 9 da inicial – grifos do autor).

HC 131871 / PR

Prossegue argumentando que a primeira fase da dosimetria da pena seria nula, por ausência de fundamentação idônea que justificasse a fixação da pena-base imposta ao paciente pelo delito de duplo homicídio (CP, art. 121, **caput**).

Sustenta, por fim, que a eventual reforma da pena acarretaria a possibilidade de o paciente “ser transferido ao **regime aberto**, haja vista ter cumprido a fração de tempo exigido (1/6), para progressão de regime, tanto o fechado quanto o semiaberto, pois está preso desde o dia 27/05/2009” (fl. 17 da inicial).

Requer o deferimento da liminar para permitir que o paciente aguarde em liberdade o julgamento do **habeas corpus** e, no mérito, pede a concessão da ordem, ainda que de ofício, para que

“seja recalculada e **diminuída a pena-base**, considerando-se favoráveis a culpabilidade e as circunstâncias do crime, bem como, para que seja **aplicada a fração adequada de aumento pela continuidade delitiva, que é de 1/6 (um sexto)**, por haver somente dois crimes em continuidade (...)” (fl. 19 da inicial – grifos do autor).

O pedido de liminar foi por mim indeferido.

Solicitei informações ao Juízo de Direito da 2ª Vara Privativa do Tribunal do Júri de Curitiba/PR, que foram devidamente prestadas.

O Ministério Público Federal, pelo parecer do Subprocurador-Geral da República **Edson Oliveira de Almeida**, opinou pelo não conhecimento da impetração.

É o relatório.

31/05/2016

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 131.871 PARANÁ

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Como exposto, trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Cristiano Soares Castelo, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que não conheceu do HC nº 294.094/PR, Relator o **Ministro Leopoldo de Arruda Raposo**.

Narra o impetrante, na inicial, que

“o ora paciente foi condenado pela 2.^a Vara Privativa do Tribunal do Júri de Curitiba/PR como incurso nas sanções do art. 121, *caput*, do Código Penal - por duas vezes - em concurso material. Na sentença, a pena privativa de liberdade foi fixada em 18 (dezoito) anos e 8 (oito) meses de reclusão.

Inconformado, o então acusado interpôs o **recurso de apelação**, do qual decorreu a **reforma da sentença**, na medida em que a Colenda 1.^a Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, reconheceu o crime continuado e **diminuiu a pena inicialmente imposta para um total de 15 (quinze) anos 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão**.

Entretanto, com relação à fixação da pena-base, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná entendeu que a fundamentação do juízo *a quo* teria sido adequada, *in verbis*:

‘(...) Assim, tendo o Magistrado apresentado fundamentação adequada e vinculada ao caso concreto ao considerar desfavoráveis ao réu as circunstâncias judiciais da culpabilidade e das circunstâncias do crime, a pena-base não merece correção neste aspecto. (...)’ Fls. 636.

Ademais, a Colenda 1.^a Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Paraná aumentou uma das penas

HC 131871 / PR

imposta ao ora requerente em 2/3 (dois terços) por força da continuidade delitiva, **com fundamento exclusivo no cometimento de apenas dois crimes**, transitando em julgado o processo.

De fato, as **ilegalidades supracitadas foram chanceladas pela autoridade coatora ao denegar a ordem nos autos de habeas corpus nº 294.094/PR, (...)**” (fls. 2/3 – grifos do autor).

Transcrevo a ementa do julgado ora impugnado:

“*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTO DE RECURSO. CRIMES DE HOMICÍDIO SIMPLES. DOSIMETRIA. REVISÃO DA PENA-BASE. CULPABILIDADE. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. MAIOR REPROVABILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA. INCIDÊNCIA DA REGRA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 71 DO CP. EXECUÇÃO. PROGRESSÃO DE REGIME E LIVRAMENTO CONDICIONAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. 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 casos de flagrante legalidade.

2. Na dosimetria, o julgador, dentro dos parâmetros de discricionariedade conferidos pelo art. 59 do Código Penal, deve analisar as peculiaridades do caso e apontar fundamentos concretos que justifiquem a avaliação das circunstâncias judiciais para alterar a pena-base, de modo a aplicar uma reprimenda justa.

4. Na espécie, as adequações feitas pelo Tribunal revisor estão dentro dos parâmetros de discricionariedade conferidos pelo art. 59 do Código Penal, que autorizam a exasperação da

HC 131871 / PR

reprimenda na primeira fase da dosimetria. As instâncias ordinárias adotaram fundamentação suficiente para justificar a exasperação da pena-base, em razão da avaliação negativa de circunstâncias judiciais. Destacaram aspectos que desbordam a tipificação dos crimes praticados e que se mostram idôneos para aferir maior reprovabilidade à conduta, não havendo, portanto, qualquer ilegalidade flagrante ou teratologia na dosimetria que autorize, por meio de *habeas corpus*, a concessão da ordem de ofício.

5. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a exasperação da pena, pelo reconhecimento da continuidade delitiva nos crimes dolosos contra vítimas distintas, não está vinculada ao número de infrações, visto que a própria norma penal autoriza o agravamento até o triplo, motivadamente, observadas as balizas do art. 70, parágrafo único e do art. 75, ambos do Código Penal.

6. No caso concreto, ao aumento de 2/3 (dois terços) aplicado não se mostra exacerbado e desprovido de fundamentação, porquanto o paciente apresenta circunstâncias judiciais desfavoráveis, o que autoriza o aumento da pena.

7. Quanto ao pleito de obtenção de benefícios inerentes à execução penal, observa-se que não houve manifestação do Tribunal impetrado, de modo a atrair a competência do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art. 105, II, *a*, da Constituição Federal. Por essa razão, não pode ser analisado diretamente por esta Corte Superior, sob pena de configurar indevida supressão de instância.

8. *Habeas corpus* não conhecido” (fls. 1/2 – anexo 13 - grifos do autor).

Essa é a razão por que se insurge o impetrante.

Preliminarmente, observo que

“[a] dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente

HC 131871 / PR

objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas e às Cortes Superiores, em grau recursal, o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrárias” (HC nº 120.095/MS, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe de 20/5/14).

Feito esse registro, o inconformismo do impetrante em relação à pena-base não procede.

Como bem anotado no voto condutor do julgado ora hostilizado,

“as instâncias ordinárias adotaram fundamentação suficiente para justificar a exasperação da pena-base, em razão da avaliação negativa de circunstâncias judiciais da culpabilidade e circunstâncias do crime. Destacaram a violência da conduta, pois as vítimas foram abordadas em casa (local tido como inviolável pela Constituição Federal) e atingidas por diversos disparos de arma de fogo na presença de uma criança, à época com 7 (sete) anos, filha de uma das vítimas. Essa conjuntura, para mim, revela aspectos que desbordam a tipificação dos crimes e que se mostram idôneos para aferir maior reprovabilidade, não havendo, portanto, qualquer ilegalidade flagrante ou teratologia na dosimetria que autorize, por meio de *habeas*”.

Esse entendimento se harmoniza com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que não admite o manejo do **habeas corpus** para o revolvimento do conjunto fático-probatório, com o objetivo de se redimensionar a pena imposta.

Como assentei no HC nº 122.838/SP, Primeira Turma, de **minha relatoria**, DJe de 21/11/14:

“Habeas corpus. Impetração contra decisão monocrática do relator de *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça.

HC 131871 / PR

Decisão não submetida ao crivo do colegiado. Ausência de interposição de agravo interno. Não exaurimento da instância antecedente. Matéria não analisada por aquela Corte. Supressão de instância. Ponderação e reexame de circunstâncias judiciais valoradas negativamente. Descabimento. Condenação transitada em julgado. Writ sucedâneo de revisão criminal. Inadmissibilidade. Precedentes. Habeas corpus extinto.

1. Não se admite a impetração de **habeas corpus** contra decisão monocrática do relator da causa no Superior Tribunal de Justiça não submetida ao crivo do colegiado por intermédio do agravo interno, por falta de exaurimento da instância antecedente. Precedentes.

2. O Supremo Tribunal Federal não pode apreciar, em exame **per saltum**, questão não analisada pelo Superior Tribunal de Justiça. Precedentes.

3. O **habeas corpus** não pode ser utilizado como sucedâneo de revisão criminal. Precedentes.

4. A via estreita do **habeas corpus** não permite que se proceda à ponderação e ao reexame de circunstâncias judiciais valoradas negativamente na sentença condenatória para a fixação da pena e do regime prisional.

5. **Habeas corpus** extinto, por inadequação da via eleita.”

Nesse sentido, vide: RHC nº 105.150/MG, Primeira Turma, de **minha relatoria**, DJe de 4/5/12; RHC nº 121.092/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro **Luiz Fux**, DJe de 12/5/14; HC nº 118.602/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro **Teori Zavascki**, DJe de 11/3/14; HC nº 111.398/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJe de 3/5/12; HC nº 120.146/SP, Primeira Turma, de **minha relatoria**, DJe de 3/6/14 e HC nº 100.371/CE, Primeira Turma, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJe de 21/5/10.

Como registrado no RHC nº 100.837/RJ-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro **Roberto Barroso**, DJe de 3/12/14,

HC 131871 / PR

“[a] dosimetria da pena é questão relativa ao mérito da ação penal, estando necessariamente vinculada ao conjunto fático probatório, não sendo possível às instâncias extraordinárias o exame dos dados fáticos da causa para redimensionar a pena finalmente aplicada, notadamente após o trânsito em julgado da condenação”.

Assim, “[n]ão é viável, na via estreita do **habeas corpus**, o reexame dos elementos de convicção considerados pelo magistrado sentenciante na avaliação das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal” (HC nº 127.454/RJ-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Teori Zavascki**, Dje de 12/8/15).

Melhor sorte assiste ao impetrante quanto à fração eleita para a majoração da pena por força da continuidade delitiva.

Dispõe o art. 71 do Código Penal:

“Art. 71. 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, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Parágrafo único - Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código”.

De acordo com **Damásio Evangelista de Jesus**, são duas as espécies de crime continuado: o crime continuado **simples** (art. 71, *caput*, CP) e o crime continuado **qualificado**, o qual se dá em casos de crimes dolosos

HC 131871 / PR

praticados com violência ou grave ameaça contra vítimas diferentes (art. 71, parágrafo único, CP) - **Direito penal**. Parte Geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 652.

Quanto ao crime continuado **simples**, é pacífica a jurisprudência da Suprema Corte no sentido de que o **quantum** de exasperação da pena deve ser proporcional ao número de infrações cometidas (RHC nº 107.381/DF, Segunda Turma, Relatora a Ministra **Cármen Lúcia**, DJe de 14/6/11; HC nº 99.245/RJ, Segunda Turma, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, DJe de 21/9/11).

Como consignado no julgamento da AP nº 470/DF-EDj-décimos sétimos, Relator o Ministro **Joaquim Barbosa**, DJe de 10/10/13, o critério de majoração da pena no crime continuado simples

“foi estabelecido, de maneira cristalina, em voto longamente fundamentado do Ministro Celso de Mello (fls. 58.548/58.550; 58.667) e **acolhido pela maioria do Plenário, no julgamento do mérito desta ação penal** .

Assim se pronunciou o Ministro Celso de Mello, no voto acompanhado pela maioria:

‘O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Proponho, Senhor Presidente, consideradas as divergências registradas a propósito do art. 71 do CP, que dispõe sobre a regra pertinente ao crime continuado, a adoção, por esta Corte, de critério objetivo que tem sido utilizado pelos Tribunais em geral, além de legitimado por autores eminentes. Esse critério objetivo, que se ajusta ao próprio espírito da regra legal em questão e que se mostra compatível com a finalidade benigna subjacente ao instituto do delito continuado, que representa abrandamento do rigor decorrente da cláusula do cúmulo material, apoia-se na relação entre o número de infrações delituosas e as correspondentes frações de acréscimo penal, como abaixo indicado:

NÚMERO DE INFRAÇÕES/FRAÇÃO DE ACRÉSCIMO

HC 131871 / PR

02: um sexto (1/6)

03: um quinto (1/5)

04: um quarto (1/4)

05: um terço (1/3)

06: metade (1/2)

Mais de 06: dois terços (2/3)

(...)'

Como se pode perceber, a causa de aumento consubstanciada na **continuidade delitiva** é balizada pela quantidade de crimes praticados, segundo o entendimento pacífico da doutrina.”

Diversamente, no crime continuado **qualificado**, a majoração da pena não está adstrita ao número de infrações praticadas, haja vista que o art. 71, parágrafo único, determina que poderá o juiz, “considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo”.

Logo, a fração de aumento de pena no crime continuado **qualificado** lastreia-se nos vetores em questão, e não exatamente no número de infrações praticadas.

Na espécie, o juízo de primeiro grau, na sentença condenatória, reconheceu o concurso material entre os dois crimes imputados ao paciente.

O Tribunal de Justiça do Paraná, ao prover em parte a apelação do paciente, assentou que

“a hipótese se amolda à continuidade delitiva específica, conforme art. 71, parágrafo único, do Código Penal, uma vez que o apelante, mediante mais de uma ação, praticou dois crimes da mesma espécie (homicídio), com identidade das condições de tempo, lugar e forma de execução, características estas que façam presumir a continuidade delitiva, ou seja, o crime subsequente deve ser havido como continuação do

HC 131871 / PR

primeiro.

O crime continuado específico exige, além dos requisitos do crime continuado simples, a ocorrência de crime doloso, praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, contra vítimas diversas, tal como ocorre no caso em julgamento.

Desse modo, a dosimetria da pena merece ser corrigida neste aspecto, afastando-se a regra da cumulativa aplicação das penas (concurso material), para aplicar-se somente uma das penas acrescida de 2/3 (dois terços), percentual este adequado e proporcional, nos termos do art. 71, caput, parte final, do Código Penal, **uma vez que estamos diante de dois crimes**".

Como se observa, embora se tratasse de crime continuado **qualificado**, o tribunal local **expressamente** fundamentou o aumento de 2/3 (dois terços) da pena somente no número de crimes praticados (dois), deixando de valorar negativamente, como seria de rigor, as circunstâncias judiciais que levaram à exacerbação da pena-base.

Conclui-se, portanto, que, por se tratar de apenas duas infrações, **não houve motivação idônea, como seria de rigor**, para a majoração em patamar superior ao piso de 1/6 (um sexto).

Impõe-se, portanto, a anulação, em parte, da dosimetria da pena, para que seja adequadamente fundamentada a majoração decorrente da continuidade delitiva, respeitado o total da pena anteriormente fixado, sob pena de **reformatio in pejus**.

Ante o exposto, concedo em parte a ordem de **habeas corpus**, para, anulada em parte a dosimetria da pena, determinar que seja adequadamente fundamentada a escolha da fração de aumento decorrente da continuidade delitiva.

É como voto.

31/05/2016

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 131.871 PARANÁ

D E B A T E

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE)
Ministro Toffoli, só fazer uma pergunta: será que não seria o caso de, mantida a condenação, quero dizer, cassada a dosimetria ...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Devolver...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) -
Devolver ao juiz para que, agora, seguindo essas diretrizes...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Fundamentar-se dentro dos parâmetros legais.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Isso nos remete a um problema, que um dia teremos que enfrentar. Considerando que aceitamos o *habeas corpus* como substitutivo de recurso, em algum momento teremos que nos debruçar sobre o âmbito da devolutividade desse substituto recursal. Será cabível, sem agravar a pena, mantê-la por outro fundamento? Pelo que Vossa Excelência está dizendo, seria possível. Talvez.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Até porque a gente, aqui, quanto ao Superior Tribunal...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Não. Agravar a pena, não.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Agravar, não. Manter a pena, mas por outro fundamento.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Mas manter a pena e

HC 131871 / PR

mudar o fundamento, porque para o Superior Tribunal várias vezes nós dissemos que não poderia.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Eu estou dizendo que, mantida a condenação, devolveríamos para fazer a ...

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Sim, a pergunta é se não poderíamos fazer desde logo. Talvez seja melhor fazer isso.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - É que nós... é, talvez isso que o Ministro Gilmar...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Eu me ponho de acordo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - É porque eu acho que nós não poderíamos fazer isso, Ministro Teori, porque nós cansamos de dizer que o Superior Tribunal ou que outro tribunal não poderia ter feito.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Aqui não é um recurso extraordinário, aqui é um *habeas corpus*.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

É porque, qual é a situação que eu tenho presente? Ele não qualificou as circunstâncias para aplicar os dois terços. Aplicou dois terços porque eram dois crimes. Na nossa doutrina, aplicada na Ação Penal 470, que é um paradigma, dois crimes levam a um sexto de majoração.

O SENHOR ODIM BRANDÃO FERREIRA (SUBPROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA) - O problema, se me permite, é que esse raciocínio de Vossa Excelência parte da premissa que (inaudível) ao parágrafo, não ao *caput*. Aí o Tribunal volta a fixar a pena com base no *caput*. Então, talvez seja melhor declarar a nulidade da decisão, porque ela se rege pelo parágrafo, e estabelece a proibição de reformar.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - É.

HC 131871 / PR

Mantida a condenação.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Não, não. Mas mantido o teto da condenação, sem dúvida nenhuma.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - É, isso tem que manter.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) – É.

Tem de manter. Mantida a condenação.

31/05/2016

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 131.871 PARANÁ

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Então, assento a nulidade do fundamento da dosimetria quanto aos dois terços do crime continuado; determino que se faça uma nova fundamentação, respeitada a pena máxima já aplicada.

Fica assim a conclusão de meu voto.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 131.871

PROCED. : PARANÁ

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

PACTE.(S) : CRISTIANO SOARES CASTELO

IMPTE.(S) : VINICIUS ZACHARIAS DE QUEIROZ (0040557/PR)

COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma, por votação unânime, concedeu em parte a ordem de *habeas corpus*, para, anulada em parte a dosimetria da pena, determinar que seja adequadamente fundamentada a escolha da fração de aumento decorrente da continuidade delitiva, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. **2ª Turma**, 31.5.2016.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão a Senhora Ministra Cármen Lúcia e os Senhores Ministros Dias Toffoli e Teori Zavascki. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Odim Brandão Ferreira.

Ravena Siqueira
Secretária